



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado en Ciencias Sociales

La persona humana. Integración europea, inclusión social e
identidad personal en el problema de la inmigración.

Autor:
Claudia Di Nitto

Director:
Dr. D. César Augusto Giner Alegría

Murcia, julio de 2021



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado en Ciencias Sociales

La persona humana. Integración europea, inclusión social e
identidad personal en el problema de la inmigración

Autor:
Claudia Di Nitto

Director:
Dr. D. César Augusto Giner Alegría

Murcia, julio de 2021

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

El Dr. D. César Augusto Giner Alegría como Director ⁽¹⁾ de la Tesis Doctoral titulada “La persona humana. Integración europea. Inclusión social e identidad personal en el problema de la inmigración” realizada por D. Claudia Di Nitto en el Programa de Doctorado en Ciencias Sociales, **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento al Real Decreto 99/2011 de 28 de enero, en Murcia a 2 de septiembre de 2021.



⁽¹⁾ Si la Tesis está dirigida por más de un Director tienen que constar y firmar ambos.

"Soy un ciudadano, no de Atenas o Grecia, sino del mundo". *Sócrates*.

RESUMEN

El presente Proyecto de Tesis Doctoral tiene por objeto abordar la problemática del flujo migratorio actual al que asistimos diariamente, además de haber asumido proporciones enormes, es la consecuencia de un total cambio geopolítico; es decir un cambio de condiciones generales de vida que no conciernen a un solo continente (tampoco a Naciones individuales). Esto implica una comparación entre culturas y tradiciones que superan los confines nacionales, por la necesidad de resolver los problemas objetivos relacionados con la inclusión y la integración social de los migrantes: integración entre todos los individuos que debe ser investigada en el ámbito de esos valores y principios puestos en base de aquella identidad europea, donde el valor de la persona humana impone el rechazo de cada discriminación, en la exigencia de garantizar la igualdad entre todos los hombres.

El primer tema para tratar es en relación a la ciudadanía, porque las actuales problemáticas, no pueden ser solucionadas atendiendo al concepto tradicional de ciudadanía. Ésta define la relación que un individuo tiene con la comunidad social, política, territorial que pertenece y es síntesis de los derechos y los deberes que el individuo tiene hacia la misma comunidad de pertenencia. Por tanto, eso revela la insuficiencia del concepto tradicional mismo de ciudadanía, en cuánto que la compleja realidad social se extiende más allá de los confines nacionales.

Se examinará en detalle a lo largo de la Tesis el concepto de ciudadanía europea como ciudadanía dual instituida antes con el Tratado de Maastricht, reiterada en el Tratado de Ámsterdam, art.17.1, y por último en el Tratado de Lisboa, art. 9 T.U.E. y art. 20 T.F.U.E. En cuanto a la complejidad de las ciudadanía de los Estados miembros y de la

ciudadanía europea se desprende que el extranjero es sólo el que no pertenece a ninguno de los Estados de la Unión.

Lo que se ha expuesto deja claro cómo la formal atribución de la ciudadanía no es idónea de por sí para solucionar de manera eficaz el problema de la integración y la inclusión social del individuo, teniéndose en cuenta prioritariamente los problemas que el multiculturalismo pone y cómo éste es elemento indefectible del fenómeno migratorio.

También se hará mención a los inmigrados: en efecto, aunque pudiendo aceptar los valores y los principios europeos, por un lado, no renuncian a la ciudadanía originaria y, por otro y principal lado, conservan usos, tradiciones, costumbres del País de procedencia, manteniendo inalterada la misma identidad de cultura y lengua.

A la luz de todo eso, se quiere dar un enfoque jurídico al problema de la inmigración que se traduce en lo concreto de la inclusión social y en las objetivas exigencias de integración, la solución tiene que investigarse sobre un plan diferente.

Al respeto, la premisa más importante que hace falta mover en primer lugar es que la inmigración debe ser gobernada y no sufrida y, en segundo lugar, la inmigración, si bien gobernada, puede no ser un problema, sino traducirse en un recurso.

Y así, queriendo intentar proceder hacia esta dirección con un enfoque jurídico diferente, el fenómeno migratorio puede ser indagado bajo la diferente óptica de los *status*, trasladando el plan de la atención sobre el terreno de los principios y los valores.

En esta perspectiva, donde el *status* describe la posición de un sujeto con respecto del ordenamiento y a la ciudadanía es síntesis de las prerrogativas a ello reconducido y viene a destacar la relación entre el *status civitatis*, que indica la participación a la organización política estatal

y el *status personae*, que expresa la posición jurídica del hombre en la comunidad. Por tanto, es síntesis de los derechos inviolables y también de los deberes inderogables intrínsecos a la vida de relación en aquel contexto.

En definitiva, se pretende decir que, si las políticas en materia de inmigración deben conjugar reglas de legalidad y reglas de inclusión social, en la relación entre *status civitatis* y *status personae* puede identificar la solución a la concreta integración y cohesión social. En cuanto al problema de los derechos humanos no concierne a su fundamento sino a la exigencia de protección y, en última instancia, su efectividad.

Otro aspecto que será tratado con especial atención, es la perspectiva teológica del fenómeno migratorio.

Indagada bajo esta luz, la persona se vuelve el "instrumento" jurídico para:

1- Aflojar la contraposición entre igualdad y diversidad, en armonía con los principios de las Constituciones.

2- Se analizará la ciudadanía en España en comparación con otros ordenamientos jurídicos.

3- Actuar plenamente y sin contradicciones al ideal de integración, en cuánto que es la igual dignidad social el instrumento que otorga a cada uno el derecho al "respeto", inherente a la calidad de hombre, además, garantiza la 'pretensión' de cada uno de ser puesto en las condiciones idóneas para ejercitar las mismas aptitudes personales.

4- Se analizarán los aspectos problemáticos de la disciplina, proponiendo una alternativa al modelo de desarrollo económico de ayuda.

Sobre el plan concreto, siguiendo este camino en que al extranjero podría no ser reconocido con plena posición jurídica de ciudadano, éste

podría ver garantizado el total respeto de los derechos fundamentales por ellos reconocidos:

1- Los derechos por respeto de la personalidad humana: vida, integridad física, integridad moral, libertades civiles, intimidad privada, identidad personal, paternidad moral.

2- Los derechos por solidaridad: igualdad, trabajo y pago, asistencia moral y material, seguridad social y salud.

En definitiva, lo que se pretende hacer es llegar a una legislación más ágil mediante una Carta Europea que pueda identificar el ciudadano en calidad de europeo.

PALABRAS CLAVE

Persona Humana, Ciudadanía, Inmigración, Inmigración irregular, Integración Europea, Gobernanca, Identidad Nacional Europea, Polivitas, Blockchain, Covid-19.

ABSTRACT

The Thesis aims at addressing the problem of the current migratory flow, which has assumed enormous proportions as the consequence of an ultimate geopolitical change, meaning a change in general living conditions that does not concern only a single continent (nor individual nations). It is necessary to make a comparison between cultures and traditions, beyond national borders. There is a necessity to solve objective problems related to the social inclusion and integration of migrants. The integration between all individuals is central, especially in the context of those values and principles based on the European identity, in which the value of the human person determines the rejection of discrimination to guarantee equality between all men.

The first issue to be addressed is “citizenship”, because its traditional concept cannot solve current problems. It defines the relationship that an individual has with the social, political and territorial community to which he/she belongs. It is a synthesis of the rights and duties that the individual has towards the same community. Therefore, this reveals the insufficiency of the traditional concept of citizenship itself, insofar as the complex social reality goes beyond national borders.

The concept of European citizenship as a dual citizenship, previously instituted by the Treaty of Maastricht, reiterated in the Treaty of Amsterdam, art. 17.1, and finally in the Treaty of Lisbon, art. 9 TEU and art. 20 TFEU, will be examined in detail throughout the Thesis.

The formal attribution of citizenship is not sufficient to effectively solve the problem of integration and social inclusion of the individual, taking into

account the priority of the problems posed by multiculturalism and how this represents an unfailing element of the migration phenomenon.

Although immigrants may accept European values and principles, on the one hand, they do not renounce their original citizenship and, on the other hand, and most importantly, they retain the customs and traditions of their country of origin, maintaining the same cultural and linguistic identity.

In the light of a legal approach, to promote social inclusion and the objective integration, the solution has to be researched on a different plan.

In this respect, firstly, the most crucial premise is that immigration should be governed and not suffered. Secondly, immigration, although governed, may not be a problem, but instead, turn into a resource.

Thus, by trying to proceed in this direction with a different legal approach, the migration phenomenon can be investigated from the different viewpoint of statuses, promoting principles and values.

In this perspective, the "status" describes the position of a subject concerning the legal system and the citizenship. It is a synthesis of the single prerogatives. It highlights the relationship between *status civitatis*, which indicates the participation in the political organisation of the state, and *status personae*, which expresses the legal position of human beings in the community. It is a synthesis of the inviolable rights and the duties in the relationship in that context.

In short, if immigration policies must combine rules of legality and social inclusion, it can identify the solution to concrete integration and social cohesion in the relationship between *status civitatis* and *status personae*. As for the problem of human rights, it does not concern their foundation but the demand for protection and, ultimately, their effectiveness.

Another aspect that will be treated with special attention is the theological perspective of the migration phenomenon.

Investigated in this light, the person becomes the legal "instrument" for:

1- Discourage the antagonism between equality and diversity, in harmony with the principles of the Constitutions.

2- Citizenship in Spain will be analysed in comparison with other legal systems.

3- To act fully and without contradiction to the ideal of integration, insofar as equal social dignity is the instrument that grants each person the right to "respect", inherent in the quality of human beings, and guarantees the 'claim' of each person to be placed in the ideal conditions to exercise the same personal aptitudes.

4- The problematic aspects of the discipline will be analysed, proposing an alternative to the economic development support model.

In this path in which the full status of citizen could be unrecognised, the foreigner could count on the full respect of the fundamental rights:

1- Rights regarding human personality: life, physical integrity, moral integrity, civil liberties, personal privacy, personal identity, moral paternity.

2- Rights based on solidarity: equality, work and compensation, moral and material assistance, social security and health.

In short, the purpose is to achieve a more flexible legislation through a European Charter which can identify the citizen as "European".

KEY WORDS

Human Person, Citizenship, Immigration, Irregular Immigration, European Integration, Governance, European National Identity, Polivitas, Blockchain, Covid-19.

MENCIÓN INTERNACIONAL

SOMMARIO

Introduzione

La migrazione a livello internazionale si sta affermando come un elemento tipico del nostro tempo, coinvolgendo milioni di persone globalmente e causando inevitabili conseguenze nella tutela legale dei loro diritti e della dignità umana.

Ma il fenomeno migratorio non è certo nuovo; appartiene a una realtà secolare, che oggi ha assunto dimensioni quasi "bibliche" e che, in molti casi, ha determinato episodi di violenza, sofferenze inaudite e morti drammatiche.

Individui o intere popolazioni in tutto il mondo sono stati costretti a fuggire dalle persecuzioni.

Ci sono molte ragioni che possono portare una persona a lasciare il proprio paese di origine: motivi di lavoro, economici e professionali. All'interno di questi ultimi si possono distinguere, da un lato, le migrazioni per esigenze esistenziali o per migliorare la situazione lavorativa e, dall'altro, le migrazioni finalizzate all'ottenimento di qualifiche o di formazioni professionali.

Altre situazioni sono il risultato di estrema povertà e dell'assoluta mancanza di prospettive, o di regimi politici totalitari in cui la vita degli oppositori può essere in pericolo.

Ciò implica un confronto tra culture e tradizioni che va oltre i confini nazionali, per la necessità di risolvere i problemi oggettivi legati all'inclusione sociale e all'integrazione dei migranti. L'integrazione tra tutti gli individui deve essere perseguita nell'ambito di quei valori e principi basati sull'identità europea, in cui il valore della persona umana impone il rifiuto di ogni discriminazione, nell'esigenza di garantire l'uguaglianza tra tutti gli uomini.

Oggi ci sono decine di migliaia di migranti e rifugiati politici provenienti dall'Africa che arrivano a rischio della loro vita sulle nostre coste o che, dai territori del Medio Oriente, attraverso le regioni dell'Europa dell'Est, cercano di spostarsi nel cuore dell'Europa.

Pur accettando i valori e i principi europei, gli immigrati non rinunciano alla loro cittadinanza originale. D'altro lato (forse è questa la questione più rilevante) conservano usi, tradizioni, costumi del Paese di origine, mantenendo inalterata la medesima identità di cultura e lingua.

Sono temi che la legislazione europea ha affrontato per decenni, ma in considerazione delle dimensioni che il problema ha acquisito negli ultimi tempi, i vari governi nazionali coinvolti e le organizzazioni internazionali sono stati chiamati a studiare nuovi interventi legislativi.

Sul piano concreto, seguendo questo percorso in cui lo straniero poteva non essere riconosciuto con piena posizione giuridica di cittadino, questi poteva vedere garantito il totale rispetto dei diritti fondamentali (i diritti che si riferiscono alla personalità umana: vita, integrità fisica, integrità morale, libertà civili, intimità privata, identità personale, paternità morale; e

i diritti che si riferiscono alla solidarietà: uguaglianza, lavoro e retribuzione, assistenza morale e materiale, assistenza sociale, salute).

Sulla base di queste riflessioni è necessario un lavoro di approfondimento, sia dal punto di vista umano che della disciplina giuridica, per definire la peculiarità della situazione attuale rispetto al passato.

L'evoluzione storica e giuridica del concetto di persona ci permette di comprendere i cambiamenti avvenuti nel corso dei secoli, determinati da modifiche socio-culturali, politiche, filosofiche e giuridiche, anche a livello concettuale.

Inevitabilmente la condizione di persona è legata al concetto di cittadinanza, per il fatto di appartenere a una comunità. Concetto, questo, che cambia nel corso dei secoli assumendo particolarità diverse. Oltre alla nozione di dignità della persona in relazione alla legge, si mostra l'importanza della persona attraverso il diritto che garantisce la convivenza umana, regolandola internamente mediante i diritti umani.

La cittadinanza comporta il riconoscimento di diritti e doveri a ciascun cittadino, che costituiscono un *unicum* con gli elementi che lo caratterizzano: appartenenza, identità, origini, tradizioni, territorio. La distinzione tra lo status di cittadino e la posizione degli stranieri è stata gradualmente stabilita, riflettendo la duplice funzione di inclusione ed esclusione tipica della cittadinanza.

La concezione classica della cittadinanza si sta ora aprendo ad una visione più che nazionale, europea, senza limiti e confini, verso un concetto di cittadinanza cosmopolita o di cittadinanza universale. La cittadinanza europea non supera totalmente quella originaria, ma contribuisce a delineare uno *status* derivato e dipendente dalla cittadinanza originaria, che è separato dal concetto di nazionalità,

determinando una stratificazione e dando luogo all'aggiunta di ulteriori cittadinanze.

Non è facile valutare a chi spetterà determinare il destinatario di questa nuova cittadinanza e chi dovrà applicarla, ma, secondo un principio consolidato del diritto internazionale, la disciplina della cittadinanza è regolata a discrezione di ogni Stato sovrano.

Alla luce di ciò, se il problema dell'immigrazione si traduce nella questione concreta dell'inclusione sociale e nelle esigenze oggettive dell'integrazione, la soluzione deve essere studiata su un piano diverso.

Il primo diritto proprio di ogni cittadino europeo è la libertà di circolazione e di soggiorno all'interno dell'Unione Europea. La libertà di circolazione tra gli Stati membri è stata, fin dall'inizio, uno degli obiettivi fondamentali del processo di integrazione europea.

Uno dei grandi sviluppi nell'Unione Europea in termini di libera circolazione dei cittadini e di lotta contro la criminalità organizzata all'interno dell'Unione è stato l'accordo stabilito il 14 giugno 1985, noto come Trattato di Schengen.

L'Europa è stata in gran parte proattiva nell'accogliere gli immigrati, ma allo stesso tempo è stata protagonista di una continua "lotta contro l'immigrazione irregolare", un tipo di immigrazione che colpisce soprattutto gli Stati di confine.

Si analizzerà l'evoluzione del concetto di asilo dall'antichità sino alla sua applicazione giuridica, secondo il diritto internazionale tradizionale e le norme relative all'asilo presenti nelle Costituzioni o leggi degli Stati sovrani, fino a giungere alla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 nel suo articolo 14.1, alla Convenzione di Ginevra sullo status dei rifugiati del 1951 insieme al protocollo di New York del 1967.

La base del moderno concetto di asilo si trova nel testo della Costituzione repubblicana del 1793 (che non è mai entrata in vigore), sancita nell'articolo 120: il popolo francese "offre asilo agli stranieri espulsi dal loro Paese per la causa della libertà, e non ai tiranni".

PAROLE CHIAVE

Persona Umana, Cittadinanza, Immigrazione, Immigrazione irregolare, Integrazione Europea, Governance, Identità Nazionale Europea, Polivitas, Blockchain, Covid-19.

Obiettivi

Il presente lavoro scientifico propone una revisione e un aggiornamento della regolamentazione del diritto dell'immigrazione suggerendo, in particolare, una Carta personale europea.

Sono stati stabiliti tre obiettivi:

A) Dal punto di vista giuridico, avanzare nella conoscenza di un diritto che merita una ricapitolazione, a seguito delle modifiche legislative dei diversi paesi dell'Unione Europea.

B) Fornire un'alternativa al modello di sviluppo economico degli aiuti.

C) La creazione di un'identità nazionale europea

Seguendo questa linea si valuteranno i seguenti punti:

2- Studio della nozione di cittadinanza spagnola, dal confronto semantico tra nazionalità e cittadinanza e le modalità di acquisizione persa e riacquisizione, attraverso profili di comparazione.

3- All'interno del quadro comunitario, analisi del fenomeno dell'immigrazione e dell'integrazione sociale nell'Unione Europea, attraverso lo studio del diritto alla libertà, alla libera circolazione delle persone fino alle dinamiche governative attualmente sviluppate.

4- Analizzare gli aspetti problematici della disciplina relativa ai minori accompagnati e non accompagnati, all'immigrazione irregolare e clandestina in Spagna e in Europa, alla questione delle ONG e ai problemi della tratta di esseri umani e del traffico di migranti, per concludere con la presentazione di un'alternativa al modello di sviluppo economico basato sull'aiuto.

5- Le richieste di protezione in materia di inclusione sociale, legate alle politiche di integrazione dell'area Schengen e ai suoi strumenti di difesa, si concludono con una proposta di riforma che confermi l'identità di tutti i cittadini dei paesi membri dell'Unione Europea.

Metodologia

Il metodo di investigazione del presente lavoro si basa su una ponderazione prudente degli strumenti recuperati nella ricerca scientifica, e su un ragionamento originale a partire dagli stessi, che ha potuto svilupparsi grazie ad una riflessione sulle fonti (anche di carattere storico), sulla bibliografia pertinente, e sulla relativa riflessione giurisprudenziale e dottrinale, al fine di delineare e sviluppare il tema oggetto dell'investigazione.

L'analisi metodologica è prettamente teorica, e parte da una fondata analisi ed osservazione documentale.

Il contenuto viene arricchito da una serie di spunti, riflessioni e proposte personali, per comprendere appieno la possibilità di integrazione ed inclusione sociale nel moderno contesto europeo, sempre più caratterizzato dal fenomeno dell'immigrazione.

La base teorica, accompagnata dai suggerimenti presentati, consente di strutturare un miglior apprezzamento delle fattispecie concrete, spesso presenti nella stesura del lavoro, nonché di presentare risposte e soluzioni ad un fenomeno complesso e in continua evoluzione.

Il metodo utilizzato, essenzialmente induttivo-deduttivo, trova il suo fondamento nell'attenta analisi qualitativa delle varie fattispecie presenti, delle fonti e degli approfondimenti scientifici sul tema in questione.

La documentazione analizzata comprende lavori monografici, giurisprudenza, articoli di riviste del settore nazionali ed internazionali, capitoli di libri, saggi in opere collettive fonti demografiche e fonti storiche.

Conclusioni

Lo studio intrapreso in questa tesi mostra come il diffuso fenomeno delle migrazioni abbia acquisito dimensioni particolarmente complesse. A questo proposito, è imprescindibile realizzare un'analisi dell'evoluzione giuridica storica di due concetti fondamentali: il soggetto di diritto e di cittadinanza, che inevitabilmente si riferiscono al concetto sostanziale di persona.

Sin dall'origine del concetto di persona si è verificata una metamorfosi di significato, che è cambiata in diversi periodi storici e ha

dato luogo ad un legame indissolubile relazionato alla condizione della persona nel contesto sociale di una comunità statale, che attraverso il passaggio al costituzionalismo nazionale, nelle convenzioni internazionali, così come nel diritto positivo, ha proceduto in una direzione di tutela della persona da parte del diritto. Dato che la legge è stata creata dall'uomo e per l'uomo, ciò implica una stretta relazione tra la vita umana e lo stesso diritto.

Le Costituzioni del dopoguerra evidenziano un nuovo punto di connessione tra la persona e la dignità, visto che le precedenti insistevano su una diversa nozione: la rivendicazione dell'uguaglianza. È importante segnalare come, nel 1948, la Dichiarazione Universale dei Diritti Umani (UDHR) favorisca l'evoluzione della persona, garantendo la convivenza umana nel rispetto dei diritti.

Il Trattato dell'Unione Europea (TUE) rappresenta un momento decisivo per l'Europa. Gli interessi europei cominciano a cambiare, sempre più orientati verso il nuovo concetto di cittadinanza europea. Il Trattato di Schengen, del 1985, costituisce una delle più importanti evoluzioni dell'Unione Europea.

La differenza terminologica tra i termini "cittadinanza" e "nazionalità" per alcuni Stati ha richiesto un esame di natura semantica e concettuale, attraverso l'analisi delle diverse dottrine, fonti normative e Costituzioni in materia, e successivamente delle modalità di acquisizione della stessa cittadinanza o nazionalità definita sulla base dei sistemi statali.

L'analisi di dati, prima individuali e poi comparativi, sull'acquisizione della nazionalità nel caso spagnolo e della cittadinanza nel caso italiano, dimostra una relativa correlazione tra di loro, e ciò ha condotto alla deduzione di un possibile principio di causalità che ha prodotto un flusso migratorio comune di fondo tra Italia e Spagna. Si è successivamente

concluso, nel confrontare le due mappe, che non esisteva un principio di causalità tra Spagna e Italia perché i paesi di origine delle persone che hanno deciso di acquisire la nazionalità erano diversi.

Sulla base di questa ricerca, è stato effettuato un confronto con il resto dei Paesi dell'Unione Europea, evidenziando una significativa diminuzione dell'acquisizione della nazionalità in Europa calcolata nel periodo 2013-2018.

Da questa analisi può affermarsi che le nuove acquisizioni di nazionalità in tutta Europa si richiedono solamente in cinque Paesi. Così, è stato possibile osservare dove si stanno dirigendo i flussi migratori.

L'exkursus storico sul diritto d'asilo e sullo status di rifugiato ha permesso di comprendere lo sviluppo dei concetti, ma allo stesso tempo anche i loro limiti, le differenze con lo stato attuale, e i progressi fatti finora.

A causa del numero significativo di flussi migratori, l'Unione Europea è intervenuta nel campo della migrazione in molti modi, soprattutto in vista della moltiplicazione dei movimenti verso l'Europa a partire dal 2015.

Si stanno implementando riforme per realizzare un'immigrazione legale, sviluppando una serie di misure in Europa. In particolare, si evidenziano:

- L'Agenda europea per le migrazioni, finalizzata al controllo delle frontiere esterne.

- Il salvataggio di vite umane attraverso atti di collaborazione con gli Stati europei.

- La creazione della Guardia costiera e di frontiera Europea

- Creare *hotspot* nei punti di crisi.

- Implementazione di un programma di nuova ubicazione adeguato e più rapido.

Nonostante la mancanza di preparazione iniziale, l'UE è stata in grado di reagire a circostanze impreviste. In particolare, ha dovuto affrontare l'emergenza della pandemia di Covid-19 e, malgrado non fosse preparata per un'emergenza globale, ha effettuato controlli adeguati ed opportuni.

Non mancano però criticità nelle misure adottate durante lo stato di emergenza, in particolare sul piano organizzativo, come quelle che dispongono circa l'accoglienza degli immigrati in luoghi dove è quasi impossibile mantenere la distanza. Per non parlare dei minori non accompagnati che vengono usati come oggetti da parte di adulti che si definiscono "parenti" ma che in realtà mettono a rischio la loro vita facendogli attraversare il Mediterraneo.

Finora, i Paesi economicamente sottosviluppati sono stati aiutati, ma ciò che si può dire osservando l'operato dell'UE è che gli aiuti economici non eliminano il problema. Anzi, questi costituiscono la causa di una maggiore povertà in alcuni settori più vulnerabili alla corruzione.

Per evitare questo problema, è necessario creare rapporti diretti tra cittadini europei ed extra-europei, escludendo gli interessi dello Stato, per favorire lo sviluppo delle risorse economiche in modo consapevole. Ciò porterebbe ad un sistema decentralizzato.

Gli incentivi per la creazione di un sistema economico decentralizzato sarebbero:

- La creazione di un fondo di sicurezza, per garantire i movimenti imprenditoriali che partono da iniziative europee.

- Il secondo incentivo risiede nell'operazione economica stessa, visto che il beneficio potenziale rispetta gli interessi di entrambe le parti

- Le risorse dell'investitore dovrebbero essere garantite attraverso la protezione da parte dell'UE, salvaguardando al contempo il destinatario delle risorse.

Gli strumenti tecnologici utilizzati per proteggere l'area Schengen e gli Stati dell'UE per quanto riguarda le frontiere esterne sono stati certamente innovativi, ma allo stesso tempo poco efficaci nel controllo dell'immigrazione irregolare.

Inoltre, per quanto riguarda i cittadini dell'Unione Europea che decidono di trasferirsi in un altro Stato membro dell'UE per più di 3 mesi, per motivi di studio, lavoro o economici, sorge un problema, in quanto i requisiti burocratici risultano eccessivi e limitanti anche per i cittadini europei.

La soluzione a questo problema verrebbe individuata nella Carta personale europea:

- Elimina la burocrazia tra gli Stati membri dell'Unione
- Definisce l'Europa non solo a livello teorico, ma anche a livello effettivo, un continente competitivo con le altre nazioni del mondo.

Ciò sarebbe possibile con la costituzione di un'*identità nazionale europea*. Per il cittadino europeo, ciò implicherebbe un complemento alla propria identità nazionale.

Lo strumento che permetterebbe a livello tecnologico di implementare efficacemente la Carta personale europea sarebbe una Blockchain gestita dall'Europa, aprendo così una via digitale trasversale.

Tra i problemi esistenti in materia di immigrazione, è opportuno riflettere sulla necessità di:

- una politica di azioni dei singoli Stati orientata alla cooperazione tra gli organismi e le autorità competenti e, inoltre, adattata alle esigenze degli stessi Stati.

- un'estensione delle vie legali e la prevenzione che politiche migratorie troppo restrittive diventino esse stesse causa di irregolarità.

- Poiché l'obiettivo principale dell'Unione e degli Stati è stato quello di stabilire meccanismi e misure per limitare le irregolarità: prevenzione dell'ingresso irregolare di stranieri e/o espulsione di coloro che si trovano in una situazione irregolare nel territorio degli Stati membri. È necessario sviluppare un percorso legale in cui l'espulsione non rappresenti l'unica soluzione per gli Stati.

- In particolare, dal punto di vista penale, sugli strumenti giuridici attuati contro la "tratta di persone" e la "tratta di esseri umani", sarebbe necessario un ulteriore intervento e un'azione di prevenzione. A titolo probatorio, può essere auspicabile conoscere le caratteristiche e i dati specifici di questo fenomeno. Così può consentirsi una più facile identificazione delle vittime e degli autori di questo reato, in modo che i primi non siano sfruttati e i secondi possano essere adeguatamente perseguiti a livello penale e non chiamati a rispondere di reati minori. Attualmente, anche se gli Stati sono obbligati a stabilire misure e azioni per combattere la "tratta" e il "contrabbando" per proteggere e sostenere le vittime e per perseguire i colpevoli, c'è ancora un grande divario tra l'aspetto normativo della questione e ciò che è e dovrebbe essere attuato per ottenere risultati ottimali.

L'integrazione è una categoria che appartiene al sociale e all'emotivo. Tra immigrazione e integrazione può collocarsi l'accoglienza. È molto difficile gestire l'accoglienza in modo concreto: l'empatia non basta.

Un fenomeno di tale portata e complessità produce confusione e un senso di impotenza. Accanto ai problemi concreti legati, per esempio, alla garanzia della sussistenza da parte dei Paesi che accolgono, c'è la difficoltà per chi proviene da terre e culture lontane di cambiare il modo di

vivere, così come i sistemi di valori secolari. E vi è ancora chi considera l'*hospes* come *hostis*.

Si dimentica spesso che una conquista dell'età moderna è proprio il riconoscimento dei "diritti umani": espressione, quest'ultima, che indica un concetto più universale rispetto a quella che nel XVIII secolo era la nozione di "diritti dell'uomo", che rimanda solo a un progetto etico - politico.

Di fronte a situazioni estremamente difficili, l'Unione Europea, una costruzione di per sé imperfetta, ha dimostrato tutte le sue carenze, specialmente nella mancanza di coordinamento delle azioni e delle risoluzioni. Per quanto riguarda la questione della circolazione delle persone, sembrava che le applicazioni del trattato di Schengen (libera circolazione delle persone e delle merci) della Convenzione di Dublino (diritto d'asilo), oltre che della Convenzione di Ginevra del 1951, (status di rifugiato), potessero essere risolutive. La crisi di questi ultimi mesi, o di questi giorni, d'altra parte, ha dimostrato che non è così e che ogni Paese procede con ordine indipendente o casuale.

Nella complicata attribuzione delle quote di rifugiati in ogni Paese, si è aggiunto il problema intrinseco della pandemia dovuta alla Covid-19, che ha reso ancora più difficoltose le situazioni migratorie, in particolare quella irregolare.

Una pressione insopportabile è stata esercitata sui Paesi di confine come la Spagna, l'Italia, la Grecia: "il diritto d'asilo è valido all'interno del primo Paese in cui è stato richiesto e concesso"... in questi giorni, un'alternativa ricca di speranza è la proposta di modificare il sistema di Dublino attraverso un meccanismo di solidarietà per il ricollocamento e il rimpatrio.

Finora la politica dell'Unione Europea ha subito gravi ritardi: sono andati persi almeno 20 anni.

Il presente studio ha affrontato l'esame di tutti gli aspetti caratteristici del complesso problema. Si sono esaminate le norme ancora in vigore, e si è giunti alla convinzione che devono essere riformate, sulla base del concetto di cittadinanza. Non si può dire che ci siano "buoni cittadini", se è ancora così difficile diventare cittadini europei.

Nessun paese, inoltre, ha la formula magica nelle sue mani!

Kofi Annan, ex Segretario Generale dell'ONU: "I muri non fermeranno il flusso di migranti!

Il messaggio più ricco di speranza e di fiducia viene da Papa Francesco quando riceve il "Carlo Magno", il premio più prestigioso, simbolo dell'Unione Europea: *"che l'Europa sia portatrice nel mondo di un nuovo umanesimo; che sappia accogliere i poveri e i sofferenti. Essere migranti non è un crimine!"*.

ÍNDICE GENERAL

AUTORIZACIÓN DEL DIRECTOR	
RESUMEN	
PALABRAS CLAVE	
ABSTRACT	
KEY WORDS	
MENCIÓN INTERNACIONAL – SOMMARIO	
PAROLE CHIAVE	
ÍNDICE GENERAL	
I – INTRODUCCIÓN	39
II – OBJETIVOS	49
III – METODOLOGÍA	53
IV – EL SUJETO DE DERECHO Y LA CIUDADANÍA	57
4.1 GÉNESIS DEL CONCEPTO DE PERSONA	57
4.2 MATRIZ CRISTIANA TEOLÓGICA.....	59
4.3 LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONA ENTRE LA EDAD MEDIA Y LA EDAD MODERNA.....	62
4.4 PERSONA Y CIUDADANÍA	65
4.5 EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA HUMANA	75
4.6 LA TRANSICIÓN DE SUJETO DE DERECHO A LA PERSONA EN LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS DE LA POSGUERRA.....	81
4.7 LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN EUROPEA.....	90
4.8 LA CIUDADANÍA EN LA UNIÓN EUROPEA	96
4.9 LA CIUDADANÍA EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA	109
4.10 CIUDADANÍA EUROPEA EN EL TRATADO DE SCHENGEN.....	124

5.3 LA ADQUISICIÓN	153
5.4 LA PÉRDIDA Y LA RECUPERACIÓN	172
5.5 PERFILES DE COMPARACIÓN.....	179
VI – INMIGRACIÓN E INTEGRACIÓN SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA.....	192
6.1 LOS DERECHOS DE LIBERTAD	192
6.2 LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS	194
6.3 MOVILIDAD INTERNACIONAL Y SUS EVOLUCIONES.....	208
6.4 ORIGEN DEL CONCEPTO DE ASILO Y SUS APLICACIONES PRÁCTICAS.....	210
6.5 DERECHO DE ASILO Y <i>STATUS</i> DE REFUGIADO ENTRE LAS DOS GUERRAS.....	216
6.6 EL CUADRO NORMATIVO INTERNACIONAL	218
6.7 LAS INTERVENCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA EN LOS ESTADOS INDIVIDUALES SOBRE EL FENÓMENO MIGRATORIO	231
6.8 COVID-19, MIGRACIONES Y <i>GOVERNANCE</i> EN EL CONTEXTO EUROPEO	243
6.9 LA IGLESIA Y EL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN.....	252
VII – LOS ACTUALES ASPECTOS PROBLEMATICOS DE LA DISCIPLINA	260
7.1 LOS MENORES ACOMPAÑADOS Y NO ACOMPAÑADOS	260
7.2 LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA	267
7.3 LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA EN EUROPA	273
7.4 LAS ONG: LÍCITO E ILÍCITO.....	279
7.5 LA PROBLEMÁTICA DEL <i>HUMAN TRAFFICKING</i> Y <i>SMUGGLING OF MIGRANTS</i> : LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL.....	286
7.6 ALTERNATIVAS AL MODELO DE DESARROLLO ECONÓMICO DE AYUDA.....	295
VIII – EXIGENCIAS DE TUTELA Y PROSPECTIVAS DE REFORMA ..	308
8.1 LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE LAS REGLAS DE LEGALIDAD Y REGLAS DE INCLUSIÓN SOCIAL.....	308
8.2 EL RECIENTE FENÓMENO MIGRATORIO ENTRE POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN Y RAZONES DE SEGURIDAD SOCIAL: LA CRISIS DE SCHENGEN.....	318
8.3 ESPACIO Y COOPERACIÓN SCHENGEN: HERRAMIENTAS DE DEFENSA	328

8.4 PROPUESTA DE LA "CARTA PERSONAL EUROPEA" QUE UNIFIQUE LA IDENTIDAD DE TODOS LOS CIUDADANOS DE PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA.....	335
8.4.1 OBJETIVOS DE LA PROPUESTA.....	338
8.4.2 LA IDENTIDAD NACIONAL EUROPEA.....	344
8.4.3 POLIVITAS: LA CARTA PERSONAL EUROPEA.....	348
8.4.4 VALIDAD TÉCNICA DA LA CARTA PERSONAL EUROPEA.....	349
8.4.5 SMART CONTRACTS.....	355
8.4.6 UNA BLOCKCHAIN EUROPEA.....	355
IX – CONCLUSIONES	367
X – REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	377
10.1 LIBROS Y REVISTAS CIENTÍFICAS.....	377
10.2 JURISPRUDENCIA Y FUENTES.....	395
10.3 SITOGRAFÍA.....	402

I - INTRODUCCIÓN

I – INTRODUCCIÓN

La migración a nivel internacional se afirma como elemento típico de nuestro tiempo, involucrando en el fenómeno global a millones de personas y causando consecuencias inevitables en la protección jurídica de sus derechos y de la dignidad humana.

Sin embargo, el fenómeno de la migración ciertamente no es nuevo, pertenece a una realidad secular, que hoy en día ha asumido dimensiones casi “bíblicas” y que, en muchos casos, ha derivado en consecuencias de violencia, sufrimientos inauditos y muertes dramáticas.

De hecho, individuos o poblaciones enteras de todo el mundo se han visto obligados a huir de las persecuciones que se les han infligido.

Son muchos los motivos que pueden llevar a una persona a trasladarse de un País: motivos laborales, económicos y los motivados por factores profesionales. Dentro de los últimos se puede distinguir, por una parte, las migraciones para necesidades existenciales o para mejorar la situación laboral y por otra parte las migraciones encaminadas a conseguir cualificaciones profesionales o formación profesional.

Otras situaciones, tratan de pobreza extrema y absoluta carencia de perspectivas o regímenes políticos totalitarios en los que la vida de opositores puede estar en peligro.

Esto implica una comparación entre culturas y tradiciones que superan los confines nacionales, por la necesidad de resolver los problemas objetivos relacionados con la inclusión y la integración social de los migrantes: integración entre todos los individuos que debe ser investigada en el ámbito de aquellos valores y principios puestos en base de aquella identidad europea donde el valor de la persona humana impone

el rechazo de cada discriminación, en la exigencia de garantizar la igualdad entre todos los hombres.

En la actualidad hay decenas de miles de migrantes y refugiados políticos procedentes de África que llegan arriesgando la vida a nuestras costas o que, desde los territorios del Medio Oriente, a través de las regiones de Europa del Este, intentan trasladarse al corazón de Europa.

Los inmigrados, en efecto, aunque pudiendo aceptar los valores y los principios europeos, por un lado, no renuncian a la ciudadanía originaria; y, por otro y principal lado (quizás el más importante) conservan usos, tradiciones, costumbres del País de procedencia, manteniendo inalterada la misma identidad de cultura y lengua.

Ellos son los sujetos sobre los que la legislación europea ha tratado durante décadas, pero que, dadas las dimensiones que ha adquirido el problema, en los últimos tiempos han obligado a los diferentes gobiernos nacionales implicados y organizaciones internacionales a estudiar nuevas intervenciones legislativas inexploradas.

Sobre el plan concreto, siguiendo este camino en que el extranjero podría no ser reconocido con plena posición jurídica de ciudadano, éste podría ver garantizado el total respeto de los derechos fundamentales por ellos reconocidos (los derechos por respeto de la personalidad humana: vida, integridad física, integridad moral, libertades civiles, intimidad privada, identidad personal, paternidad moral; y los derechos por solidaridad: igualdad, trabajo y pago, asistencia moral y material, seguridad social, salud).

Por lo tanto, sobre la base de estas reflexiones, es necesario un trabajo de profundización, tanto desde el punto de vista humano, como

desde la disciplina jurídica para definir la peculiaridad de la situación actual con respecto a las del pasado.

La evolución histórica y jurídica del concepto de persona permite entender los cambios ocurridos por las modificaciones socioculturales, políticas, filosóficas y jurídicas a lo largo de los siglos, y también a nivel conceptual.

Inevitablemente la condición de persona está ligada al concepto de ciudadanía por el hecho de pertenecer a una comunidad, concepto, que cambia en el transcurso de los siglos asumiendo diferentes particularidades. Como también el concepto de dignidad de la persona en relación con el derecho, evidencia la importancia de la persona por el derecho que garantiza la convivencia humana, regulándola en su interior mediante los derechos humanos.

La ciudadanía conlleva derechos y deberes atribuidos a cada ciudadano, que constituyen un *unicum* con los elementos que la caracterizan: la pertenencia, la identidad, los orígenes, las tradiciones, el territorio. Se ha ido determinando la distinción entre *status* de ciudadanos y posición de los extranjeros, que refleja la dúplice función de inclusión, exclusión típica de la ciudadanía.

La concepción clásica de ciudadanía, actualmente, se está abriendo a una visión más que nacional, de carácter europeo, sin limitaciones ni confines, hacía un concepto de ciudadanía cosmopolita o ciudadanía universal. A pesar de que la ciudadanía europea no supera totalmente aquellas originarias, contribuye a delinear uno *status* derivado y dependiente de la ciudadanía originaria, que se separa del concepto de nacionalidad, determinando una estratificación de las ciudadanía, dando lugar a que se agreguen otras nuevas a la originaria.

No es fácil evaluar a quién corresponderá determinar el destinatario de esta nueva ciudadanía y quién debería aplicarla, pero, según un principio de derecho internacional establecido, la disciplina de la ciudadanía está regulada a discreción de cada Estado soberano.

A la luz de todo eso, si el problema de la inmigración se traduce en lo concreto de la inclusión social y en las objetivas exigencias de integración, la solución tiene que investigarse sobre un plan diferente.

El primer derecho del que es titular todo ciudadano europeo es la libertad de circulación y residencia de las personas dentro de la Unión Europea. Además, la libertad de circulación entre los Estados miembros era, desde el principio, uno de los objetivos fundamentales del proceso de integración europea.

Una de las grandes evoluciones de la Unión Europea en materia de libre circulación de los ciudadanos y lucha contra la criminalidad organizada dentro la misma Unión, fue el acuerdo establecido el 14 de junio del 1985 llamado Tratado de Schengen.

Europa ha sido en gran medida proactiva en términos de acogida a los inmigrantes, pero al mismo tiempo ha hecho una continua "lucha contra la inmigración irregular", inmigración que afecta principalmente los Estados fronterizos.

Se analizará la evolución del concepto de asilo desde la antigüedad hasta la aplicación jurídica del mismo, según el derecho internacional tradicional y las normas relacionadas al asilo incorporado en las Constituciones o las leyes de los Estados soberanos, hasta llegar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 14.1, la Convención de Ginebra sobre el *status* de refugiados de 1951 juntos al protocolo de Nueva York de 1967 en el cual han encontrado aplicación las normas relacionadas al asilo.

La base del concepto moderno de asilo se encuentra recogido en el texto de la Constitución Republicana de 1793 (que nunca entró en vigor) y se exponía en el artículo 120: el pueblo francés "*da asilo a los extranjeros expulsados de su patria por la causa de la libertad, y no a los tiranos*".

Se puede decir que el estado actual en materia de asilo y refugiados es el resultado de un proceso que comienza después del Primer Conflicto Mundial. El 26 de febrero de 1921, el Consejo de la Sociedad de las Naciones aprobó la primera resolución sobre los refugiados y, el 27 de junio de 1921, hubo una propuesta para constituir un Alto Comisario para los Refugiados encabezado por Fridtjof Nansen premio Nobel por la paz en el 1922.

Actualmente, sin embargo, el fenómeno de los refugiados ha evolucionado, ya que millones de personas están experimentando situaciones personales similares sin caer en esta definición. De este modo, se llevó a cabo una extensión del mandato a través de la introducción de los "buenos oficios" del Alto Comisario de conformidad con el artículo 1 del Estatuto, en el que se invita a buscar soluciones duraderas y, el artículo 9, con el cual El Alto Comisario se compromete a realizar actividades adicionales, como la repatriación, para adaptarse correctamente a las condiciones actuales.

El Tratado de Schengen, que entró en vigor en 1990, se basó principalmente en la eliminación de los controles fronterizos. La Convención de Dublín de 1990, más tarde reemplazada por el Tratado de Dublín II, adoptado en 2003 por todos los Estados miembros y modificado en 2013 con el nuevo nombre de Dublín III, es competente para examinar las solicitudes de asilo o el reconocimiento de la condición del *status* de refugiado en virtud de la Convención de Ginebra.

En 1992 hubo un paso adelante con el Tratado de Maastricht, cuyo tercer pilar, entonces denominado "justicia y asuntos de internos", incluye la política de inmigración, la política de asilo y el cruce de las fronteras exteriores.

La cooperación es aún limitada y los actos emitidos en este sector no son muy vinculantes. La verdadera revolución es el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, y ha permitido el desarrollo del Sistema Europeo Común de Asilo (*Common European Asylum System – CEAS*) bajo el Título IV del Tratado de la CE que se llama "Asilo, Visados, Inmigración".

En Tempere, en octubre de 1999, el Consejo Europeo, en una reunión extraordinaria sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, tuvo que reafirmar las posibilidades que ofrece el Tratado de Ámsterdam en la sección de *Política Común de la UE en asilo e inmigración*:

"la importancia que la Unión y los Estados miembros reconocen al respeto absoluto del derecho a solicitar asilo. Acordó trabajar en el establecimiento de un régimen europeo común en materia de asilo, basado en la aplicación de la Convención de Ginebra en todos sus componentes, asegurando así que nadie se vea nuevamente expuesto a la persecución, es decir, manteniendo el principio de non-refoulement".

Con el trabajo actual, a partir de un análisis del fenómeno migratorio, se profundizarán en las fuentes normativas a nivel internacional, europeo y nacional, se ha también prestado atención a los principales instrumentos de contraste legislativo internacional desarrollados con el fin de combatir la trata de seres humanos y el tráfico ilegal de personas. Por otra parte, se pretende destacar las debidas diferencias y las implicaciones penales de

las dos figuras delictivas y la disciplina de las organizaciones no gubernamentales.

Las ONG en la sociedad actual han asumido el papel de protagonistas en la defensa de los derechos humanos y las ayudas internacionales, pero al mismo tiempo han sido objeto de numerosas críticas y controversias sobre su trabajo que, en algunos casos puede parecer bastante cuestionable y cerca de ilícito.

Unos de los primeros usos del derecho penal en el campo de la migración, se implementó a través de la doctrina estadounidense, sin embargo, la criminalización de la inmigración se ha extendido a Europa tomando diversas formas. En los países miembros de la Unión Europea encontramos dos formas de “criminalización”: a) *Human trafficking (Trata contra los seres humanos)*: se refiere a un crimen contra el individuo b) *Smuggling of migrants (tráfico de migrantes)*: se representa un crimen contra el Estado.

El proceso de criminalización en el contexto europeo se ha definido como *securitisation of migration*, que permite fortalecer la lucha contra la trata y el tráfico de seres humanos, al imponer un duro castigo a las organizaciones internacionales que lo dirigen.

Los flujos migratorios conllevan también el aumento constante de la realidad de los MENA, que dada la minoría de edad se encuentran en una condición de fragilidad. En un contexto multicultural como el nuestro, es necesario proteger al niño, a través de los valores de justicia y solidaridad. Valores reconocidos a todos los individuos, pero principalmente para el menor, que deberá afrontar la vida.

La movilidad internacional, en el mundo globalizado en el que vivimos tendría que representar una componente de enriquecimiento, pero

por causa de las limitaciones socio políticas los movimientos migratorios se transforman en un rechazo de la acogida.

Las ayudas económicas previstas no han favorecido en algunas circunstancias las migraciones, ya que las políticas de cooperación resultan actualmente limitantes, produciendo una mayor pobreza.

La profundización de esta investigación nos pone frente a varios interrogativos a los cuales intentaremos contestar en el curso de la tesis.

¿Es posible ayudar los migrantes en sus países de origen y resolver el problema desde la raíz?

¿Por qué las modalidades de ayudas enviadas hasta ahora no ha funcionado?

¿Cuál podrían ser las alternativas viables al problema?

¿Qué nos permitiría lograr el objetivo de una identidad nacional europea?

II - OBJETIVOS

II – OBJETIVOS

El objetivo científico que se busca con la realización de este trabajo de investigación es llevar a cabo una revisión y actualización de la regulación del derecho de inmigración y en particular la propuesta de una Carta Personal Europea.

Se establecen tres finalidades:

- A) Desde el campo del jurista, avanzar en el conocimiento sobre un derecho que merece una recapitulación después de los sucesivos cambios legislativos que se han producido en varios países de la Unión Europea.
- B) Poner una alternativa al modelo de desarrollo económico de ayuda.
- C) La creación de una Identidad Nacional Europea.

Siguiendo esta línea, y como método de estudio más exhaustivo, podemos atender a los siguientes puntos:

1- Analizar el concepto de sujeto de derecho y de ciudadanía mediante el análisis histórico – jurídico del concepto de persona desarrollado en el entorno nacional y europeo.

2- El estudio de la ciudadanía española, a partir de la comparación semántica entre Nacionalidad y Ciudadanía y las modalidades de adquisición perdida y readquisición, mediante los perfiles de comparación.

3- En el marco comunitario se desarrollará un análisis del fenómeno de la inmigración e integración social en la unión europea, mediante el estudio de los derechos de libertades, libre circulación de las personas hasta llegar a las dinámicas gubernamentales desarrolladas en la actualidad.

4- Analizar los aspectos problemáticos de la disciplina en el campo de los menores acompañados y no acompañados, la inmigración irregular

y clandestina en España y Europa, el tema de las ONG, y la problemática del *Human trafficking* y *Smuggling of migrants*, para concluir con una alternativa al modelo de desarrollo económico de ayuda.

5- Las exigencias de tutela en el tema de la inclusión social, conexas a las políticas de integración del espacio Schengen y sus herramientas de defensa, concluyendo con una propuesta de reforma que unifique la identidad de todos los ciudadanos de países miembros de la Unión Europea.

III - METODOLOGÍA

III – METODOLOGÍA

El método de investigación del presente trabajo se basa en una ponderación prudente de las herramientas recuperadas en la investigación científica, y en un razonamiento original basado en estas, que ha podido desarrollarse gracias a una reflexión sobre las fuentes (también de carácter histórico), sobre la bibliografía pertinente y sobre la reflexión jurisprudencial y doctrinal relacionada, con el fin de esbozar y desarrollar el tema objeto de investigación.

El análisis metodológico es estrictamente teórico, y parte de un análisis y observación documental fundamentados.

El contenido se enriquece con una serie de ideas, reflexiones y propuestas personales, para comprender plenamente la posibilidad de integración e inclusión social en el contexto europeo moderno, cada vez más caracterizado por el fenómeno de la inmigración.

La base teórica, acompañada de las sugerencias presentadas, permite estructurar una mejor apreciación de los casos concretos, a menudo presentes en la redacción del trabajo, así como presentar respuestas y soluciones a un fenómeno complejo y en constante evolución.

El método utilizado, principalmente inductivo-deductivo, encuentra su fundamento en el cuidadoso análisis de los diferentes casos presentes, las fuentes y las investigaciones científicas sobre el tema en cuestión.

La documentación analizada incluye trabajos monográficos, jurisprudencia, artículos de revistas del sector nacionales e

internacionales, capítulos de libros, ensayos en obras colectivas, fuentes demográficas y fuentes históricas.

IV – EL SUJETO DE DERECHO Y LA CIUDADANÍA

IV – EL SUJETO DE DERECHO Y LA CIUDADANÍA

El análisis del concepto de sujeto de derecho y el concepto de ciudadanía presupone un *excursus* histórico-jurídico que permita comprender el nacimiento de dos *status* que inevitablemente remiten al concepto sustancial de persona, dejando entender así las transformaciones de que han sido objeto, desde los albores hasta la actualidad, intentando observar el impacto de los mismos en el panorama europeo.

La noción de persona, sufriendo cambios durante el transcurso del tiempo, a través metamorfosis ocurridas por modificaciones socioculturales, pero también políticas, filosóficas y jurídicas, ha condicionado el devenir histórico, desde las épocas antiguas. Los orígenes se pueden identificar en los albores de la edad clásica, sucesivamente en la época romana y a través del punto de vista de la teología trinitaria cristiana, para luego llegar a la actualidad en una superior síntesis de la categoría jurídica de persona, que normalmente se remonta al cristianismo, pero que en realidad ya se arraiga en el período greco-romano.

4.1 GÉNESIS DEL CONCEPTO DE PERSONA

En el mundo Griego-Romano para expresar el concepto de persona en su generalidad, los intelectuales y juristas de la época, retomaron la antigua metáfora de la máscara, del griego *prósopon* y del latino *persona-ae*, dando lugar a numerosos debates y teorías, que no vienen

desatendidas por la filosofía clásica, todos interesantes para desarrollar con mayor precisión el valor del término¹.

*Prósopon πρόσωπον*² que, en la antigua Grecia, época en la que el drama teatral era muy difundido, correspondía a la máscara teatral y representaba el significado original de *persona*: en el drama que se iba a escenificar, se definía persona, el sujeto con el que se interactuaba a lo largo de la duración de un diálogo entre dos máscaras; la segunda máscara, exponía su pensamiento a la primera, permitiendo así suplantar el objeto en una tercera máscara, favoreciendo el acercamiento del objeto del discurso a la persona³.

Epicteto, estoico de la antigua Grecia, en algunos de sus escritos como el *Manual* capítulo XVII o *Enquiridion*, tratando el tema de la máscara y de la divulgación de la vida como comedia, afirmaba:

“Recuerda que eres actor de un drama, con el papel que quiera el director: si quiere uno corto, corto; si uno largo, largo; si quiere que representes a un pobre, represéntalo con nobleza: como a un cojo, un gobernante, un particular. Eso es lo tuyo: representar bien el papel que te han dado; pero elegirlo es cosa de otro”⁴.

Indudablemente la figura de la máscara en la edad griega, escenificada en los diálogos de los dramas teatrales, desarrollaba dos aspectos fundamentales del concepto de persona: persona como separada de las situaciones y persona como personaje, no teniendo en cuenta el sujeto presente detrás de la máscara.

¹ MARINI, S., *Dalla Persona Alla...Persona*, Milano 2008, p. 15.

² BELMONTE, M.G., «Los antecedentes remotos: prosopon en la literatura griega», en *Espíritu LXI* (2010), pp. 195- 205; pp. 195-196.

³ TRENDELENBURG, F. A., *Per la storia del termine persona*, Brescia 2015, pp. 61-62.

⁴ CASSANMAGNAGO, C., RADICE, R., GIRGENTI, G., BOMPIANI, Epicteti, *Enchiridion*, cap. XVII; Epicteto, *Manuale*, en *Tutte le opere*, Milano 2009, p. 987.

Los intelectuales del mundo latín, sobre los orígenes del término *persona*, desarrollaron una segunda doctrina en la que se sostenía que el término no fuese derivado del griego, sino originario del mundo latino y coincidente con la individualidad del sujeto.

Marco Terencio Varrón, que conocía el significado griego de *persona* lo asociaba al de *homo* y sucesivamente Cicerón le dio una acepción jurídica conjugándolo en relación con la sociedad: el ser humano, representa al individuo, que participa en una realidad social⁵. Cicerón, a la idea de máscara teatral de la antigua Grecia, sitúa el concepto de *personam genere* refiriéndose a la representación de otra persona o incluso a la propia esencia, a pesar de la puesta en escena de otro individuo, con el fin de no renunciar a la propia identidad, evitando erradicar la identidad de la persona que se interpreta⁶.

4.2 MATRIZ CRISTIANA TEOLÓGICA

En la matriz cristiana teológica, el tema de la *persona* viene afrontado en la época patrística, retomando el término y adaptándolo al dogma cristológico, se considera a Cristo poseedor de dos naturalezas: divina y humana, por tanto, según el dogma trinitario cristiano, Dios está presente en tres personas, pero no en un sentido de división, sino en un sentido de distinción⁷.

Este Dogma se analizó y relató en teología por primera vez por Tertuliano, que utilizaba el término griego *prosopon*, para distinguirlo de

⁵ TRENDELENBURG, F.A., cit., p. 63.

⁶ VIOLA, F., «El estatuto jurídico de la persona en perspectiva histórica», en *Derecho y Cambio Social* 12.40 (2015), p. 1-20; p. 3.

⁷ BURITICÁ ZULUAGA, D.A., «El concepto de persona humana en la tradición cristiana y su progresión hasta el personalismo», en *Cuestiones Teológicas* 41 (2014), pp. 467-493; pp. 471- 472.

las tres personas *Trinitas*, que están presentes en el Dios bíblico-cristiano⁸. Tertuliano en su tesis no define el verdadero significado del ser óntico, evitando utilizar el término *persona* y sustituyéndolo por distintos lemas como *species*, *forma*, *gradus*, mencionados en la obra *Adversus Praxeam* (cap. 2 y 8), que expresan el significado propio de *Trinitas*, fundada en la distinción del Padre, Hijo y Espíritu, pero con visión exclusivamente ideal⁹.

Por la gran relevancia de la temática sobre la *persona* en el 362, se decidió analizarla en el Concilio de Alejandría, tratando la concepción ortodoxa de la Trinidad: la Iglesia griega puso al Padre el Hijo y el Espíritu como tres *ὑποστάσεις*¹⁰ (personas), de la *ουσία*¹¹ (esencia), contrariamente a la Iglesia latina que juzgaba errónea esta posición, reflexionando que se perdería la unicidad de lo divino, pero los Padres de la Iglesia griega temían que se pudiera caer en la herejía sabeliana. Con el tiempo, el pensamiento se mantuvo divergente, pero las terminologías, en su mayoría equivalentes, aunque el término *persona* desarrollará su propia evolución¹².

En Occidente como Oriente el significado de los términos *persona* y *prosopon*, fue todavía objeto de discusión, tal que precisamente en el

⁸ TRENDELENBURG, F.A., *Per la storia del termine persona*, Brescia 2015, pp. 65-66.

⁹ IAMMARRONE, L., «"Persona" en Teología» en *Divus Thomas* 89/90 (1986), pp. 383-400; pp. 388-389, en <http://www.jstor.org/stable/45079616> (Consultado 23.11.2019).

¹⁰ RUNES, D. D. «(Ipostasi gr. *Hypóstasis* = quello che sta sotto e fa da supporto). In filosofia significa una sostanza singolare, chiamata anche dagli scolastici un supposto, *suppositum*, specialmente se la sostanza è un sussistente completo, vivente o no, razionale o no. L'espressione *ipostasi razionale* ha lo stesso significato del termine *persona*», en *Dizionario di Filosofia*, ed. MONDADORI, A., Milano, 1972, Volume primo A-K, p. 477.

¹¹ «*Ousía* (gr. = essenza, sostanza). In Platone, pur con molte oscillazioni, il termine sta ad indicare l'essenza. In Aristotele viene a significare innanzitutto la *sostanza* individuale, il *tóde ti*, il substrato ultimo, che non si predica mai di altra cosa, ma del quale le altre cose si predicano. In secondo luogo sono *ousíai* (*sostanze seconde*) anche le specie ed i generi, nelle quali gli individui sono contenuti», en *Dizionario di Filosofia*, ed. MONDADORI, A., Milano, 1972, Volume primo L-Z, p. 674.

¹² TRENDELENBURG, F.A., cit., p. 65.

curso de las controversias trinitarias y cristológicas surgió la necesidad de una formulación de una formulación unívoca del dogma empleando el término en griego *hypostasis* formado por *hypo-*, (bajo) y la raíz *sta* (tenerse)¹³, como sinónimo de *persona* significado que antes del siglo I d.C. representó un punto de partida con una alusión aún ideal y abstracta.

Sólo con Orígenes se irá a conferir un valor teológico al término *hypostasis* que representará a las tres personas de la Trinidad¹⁴. El término *hypostasis* con los términos *ousía* (esencia) y *hypokéimenon* (sustrato) formará *hypostaseis*, personas diferentes entre sí, según una clasificación de la dignidad y potencias en el que el Padre, Hijo y el Espíritu Santo, contendrían individuales y propias *hypostaseis*¹⁵. El Concilio de Calcedonia (451) definió precisamente en este sentido la equivalencia de *hypostasis* y *persona* en la formulación del dogma cristológico, uniformando así la terminología cristológica con la trinitaria¹⁶.

Agustín filósofo de la época latina, reafirma la importancia de la Trinidad, no sólo a nivel teológico como lo expuso anteriormente Orígenes, sino también en sentido antropológico: el concepto de *persona* se amplía alejándose del significado de “máscara” o “individuo”, definiéndolo en algunas de sus obras, hombre constituido por alma y cuerpo¹⁷.

En *De Trinitate*, obra que se remonta al año 399, San Agustín, intenta demostrar que no es posible una división de la Trinidad,

¹³ FERNÁNDEZ CASTELAO, P., MADRIGAL TERRAZAS, S., MARTÍNEZ OLIVERAS, C., MARTÍNEZ-GAYOL FERNÁNDEZ, N., RODRÍGUEZ PANIZO, P., URIBARRI BILBAO, G., *La lógica de la fe: Manual de Teología Dogmática*, Universidad Pontificia Comillas 2013⁶, p. 158.

¹⁴ CIPRIANI, N., «Il mistero trinitario nei Padri» en *PATH* 1(2003), pp. 47-70; p. 54, en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/theologica/pdf/PATH%20n.%201%20-%202003.pdf (Consultado 09.09.2020).

¹⁵ IAMMARRONE, L., cit., p. 389.

¹⁶ *Ivi.* p. 388.

¹⁷ MORESCHINI, C., «Oltre l'Antico La svolta antropologica di Agostino e la definizione boeziana di persona», en *Homo, caput, persona La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, ed. CORBINO, A., HUMBERT, M., NEGRI Pavia 2010, pp. 91-112.

sosteniendo que en Dios se encuentra la Trinidad en la acepción de la unidad de lo divino afirmando la igualdad perfecta de las tres personas divinas, reiterando la identidad de la sustancia y la trinidad de la persona¹⁸. En el *De Trinitate* la idea de comparar una persona, término relativo, con respecto al término *Trinitas* absoluto, resulta no apropiado, pero justificable en la acepción del hombre a imagen y semejanza de Dios¹⁹.

4.3 LA EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO DE PERSONA ENTRE LA EDAD MEDIA Y LA EDAD MODERNA

La edad media es una época en la que el concepto de persona se funda en la unicidad, contrariamente a lo que hemos observado, en el que la doctrina Trinitaria se desarrollaba en forma de relación.

Beocio define la noción de persona como *rationalis naturae individua substantia*²⁰, captando la distinción entre persona divina y persona humana, en efecto, aplica una doble connotación al término, considerando que su naturaleza es desde un cierto punto de vista racional, es decir, espiritual y por el otro, individual y presente en sí misma²¹. El autor, además, asociando el concepto de persona e individualidad, desarrolla en la Edad Media la idea del hombre individual personal, contrariamente al hombre universal e impersonal²².

La evolución del concepto de persona vendrá proseguida y completada con Tomás de Aquino, considerándola formada por un ser

¹⁸ ARIAS REYERO, M., «La Doctrina Trinitaria de San Agustín», en *Teología y vida* 30.4 (1989), pp. 249-270; p.256.

¹⁹ MORESCHINI, C., cit., p. 104.

²⁰ PIKAZA, X., *Enquiridion trinitatis: textos básicos sobre el Dios de los cristianos*, Salamanca 2005, p. 181.

²¹ TRENDELENBURG, F.A., cit., p. 35.

²² ZOLTÁN, B., «Comprensione di persona e concezioni della Trinità nel Medioevo», en *Studia Universitatis Babeş-Bolyai- Theologia Catholica Latina* 2 (2007), pp. 37-50.

propio, dirigido a la satisfacción personal, pero consciente de que existe, porque deriva de Dios²³. En su obra *Summa Theologiae*, precisamente en la *Pars I, quaestio 29, articulus 3* escribe: *Persona significat id quod est perfectissimum in tota natura, scilicet subsistens in rationali natura*, definiendo así a la persona como la más perfecta y racional, por encima de todas las naturalezas²⁴.

En el Renacimiento el contenido semántico de persona cambia, centrándose en una visión del hombre que se representa en una imagen dinámica: donde se desarrolla en dos caminos que irán a acrecentarse paralelamente: el del individuo mediante el desarrollo personal y aquello de la sociedad; a pesar de que el hombre produce el mundo, la humanidad no será entendida como una creación del hombre, siendo completamente exterior a él²⁵.

En el siglo XVII Hobbes, en una de sus importantes obras, el *Leviatán*, en la primera parte, en el capítulo XVI titulado: *Of person, Authors, and Things Personated*, define *persona ficta* a la *persona* como *cuerpo*, es decir, una persona que a través de sus acciones pueda dar una exposición de sí mismo o de una tercera persona; según el filósofo esta bipartición va a corroborar la distinción entre *persona natural* y *artificial*: se define como *persona natural* el que representa el objeto de sus acciones; *persona artificial* el que aparece en representación de otros²⁶.

El tema abordado nos remite a otro filósofo del siglo XVII, John Locke, según el cual la *persona*, es ser pensante, provisto de conciencia propia y, en consecuencia, con la capacidad de reflexionar y razonar. En

²³ TRENDELENBURG, F.A., cit., pp. 36-37.

²⁴ PIZZORNI, R., *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino*, Bologna 1999, p. 402.

²⁵ HELLER, A., YVARS, J.F., MOYA, A.P., *El hombre del Renacimiento*, Barcelona: Península 1980, p.7.

²⁶ HOBBS, T., and SÁNCHEZ SARTO *Leviatán, o, La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Ciudad de México 2017, p. 155.

particular Locke se detuvo, sobre el concepto de identidad personal, que se expuso en la segunda edición de *Ensayo sobre el entendimiento humano* en el año 1964. Esta obra suscitó muchas inquietudes e ideas controvertidas, ya que se iba a contraponer a la idea de hombre según las creencias religiosas de la época²⁷.

El filósofo, antepone al concepto de identidad personal, el de existencia, puesto que el ser, se encuentra en un determinado tiempo o espacio precisamente gracias a la existencia misma, que es anterior al ser, y que permitirá atribuir una identidad a las personas o cosas, que no cambiará, porque le ha sido reconocida por la existencia previa²⁸.

El ideal continuador del pensamiento de Locke es el filósofo del criticismo por excelencia Kant, que, retomando el concepto de *persona* y identidad personal, afronta la temática desde un punto de vista de la dignidad del ser humano como persona, a través algunos fragmentos de la obra "Antropología desde un punto de vista pragmático": "*El hecho de que el hombre pueda representarse a sí mismo lo eleva infinitamente por encima de todos los seres vivos en la tierra. Por esto es una persona y, en virtud de la unidad de conciencia, persistente a través de todas las alteraciones que pueden tocarlo, es una sola y misma persona*"²⁹.

Hegel limita el concepto de persona al campo del derecho. El derecho, representa el conjunto de las normas que regulan las relaciones intersubjetivas, por tanto, no es más que la voluntad individual que se ha dado realidad objetiva. El hombre sabe que es libre, y por tanto, es persona, titular de capacidad jurídica, pero esta voluntad libre para no permanecer abstracta como en Kant, debe darse una existencia y la

²⁷ LOCKE, J., *Ensayo sobre el entendimiento humano*, F.C.E., México 1992, Libro II, capítulo 27, párrafo 1.

²⁸ Ibid.

²⁹ GEMBILLO, G., *Filosofia e scienze: studi in onore di Girolamo Cotroneo*, Soveria Mannelli 2005, p. 201.

primera manifestación concreta de la libertad es la propiedad, de la que se derivan las categorías de derecho privado y de derecho penal: el contrato en el que se adquiere la propiedad, el ilícito que representa la negación del contrato, y la pena que *niega la negación* y restablece el derecho originario o la situación jurídica violada, así como el orden racional. Honrando la pena se reconoce al reo, persona, ser racional y exalta su verdadera esencia humana³⁰.

Además, Hegel considera que el Estado desempeña un papel central, ya que tiene la tarea de hacer cumplir la ley mediante la aplicación intransigente de la pena, pero al mismo tiempo define el derecho según una acepción negativa y limitante, porque en realidad quien debería aceptar y reconocer la necesidad de la pena es el delincuente, la aceptación, permitiría su verdadera eficacia. El filósofo, a través de estas posiciones, se aleja de las tesis iluministas, que atribuían a la pena la función de reeducación del condenado, como se recuerda en el Tratado *Dei delitti e delle pene* del 1764 de Cesare Beccaria³¹.

4.4 PERSONA Y CIUDADANÍA

El concepto de ciudadanía es inevitablemente ligado a la condición de persona para pertenecer a una comunidad. La expresión ciudadanía

³⁰ ROSSI, P., *Trattato di diritto penale*, Napoli 1853, p. 103.

³¹ BECCARIA, C., VOLTAIRE, LA MADELEINE, L. P., REMONDINI, G., *Dei delitti e delle pene*, Ed. novissima di nuovo corretta e accresciuta coi commenti del Voltaire, confutazioni ed altri opuscoli interessanti di vari autori, Venezia 1781. Cf. WIESNET, E., *Pena e retribuzione: La riconciliazione tradita*, Milano 1987, p. 117 y ss.

deriva del latino *civitas-civitatis*, locución que en su primera acepción indicó tanto el conjunto de los *cives*, como la condición del *civis*³².

La ciudadanía de carácter cerrado y distinto, especie en las comunidades primitivas, aparece como institución que directamente contempla la persona y que se conecta con la idea política del Estado personal, del Estado en el que se refleja y se expresa una comunidad política³³.

Posteriormente, el término *civitas* reemplazó el término *urbs*, es decir "agregado de viviendas". En el ordenamiento romano el *status* que evidenció "la condición del hombre libre frente al esclavo", precedió la dicción de *civitatis*³⁴.

El *status civitatis* reflejó la posición jurídica del sujeto respecto al ordenamiento jurídico del Estado desde el punto de vista de los derechos políticos y civiles. Inicialmente la aportación de la ciudadanía fue vista como un fenómeno colectivo y no individual³⁵.

En la época de las polis griegas y de la Roma republicana, la ciudadanía constituye la condición previa para la participación en la vida política y a los derechos a ella inherentes. Ésta sólo se transmite por

³² Voz Città, en «Lessico Universale Italiano», Voz, a cargo del Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1970, p. 31.; al respecto, cf., ROMANELLI GRIMALDI, C., «voz Cittadinanza», en *Enc. giur.*, VI Roma, 1988, p.1.

³³ Es importante observar como la recepción de un individuo, inicialmente extraño, como ciudadano solicita y ha siempre solicitado un acto ad hoc, particular o general, o valerse de condiciones in relación a las que puede siempre hablarse de una pronuncia de la comunidad política o del Etato. Cf. VON BAR, L., «Teoria e pratica del diritto internazionale privato, vol. I, trad. it. Buzzati», in *Bibl. sc. pol. e amm.*, XI, Torino 1986, 166), el que observa que el domicilio se diferencia de la adquisición de la ciudadanía, porque en el primero caso la recepción del extranjero en sentido a la comunidad se produce tácitamente, en el segundo expresamente. Forma expresa que tiene importancia porque permite el rechazo por razones de oportunidad o también arbitrariamente, rechazo que pero puede tener sentido solo cuando la aceptación del extranjero en el seno de la comunidad jurídica les concedes particulares derechos políticos e respectivamente sometes el a deberes particulares de la misma naturaleza.

³⁴ CRIFÒ, G., «Cittadinanza (dir. rom.)», en *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 129.

³⁵ Ibid.

filiación, en base a un rígido principio gentilicio presente en todas las comunidades antiguas. Las graduales derogaciones aportadas a tal principio culminan en la *Constitutio Antoniniana* del 212 d.C., a través de la cual la ciudadanía es extendida a todos los que forman parte del Imperio; eso comporta la transformación de la ciudadanía misma en mera sumisión³⁶.

El término *sumisión* expresa históricamente el aspecto de sujeción del individuo con respecto de la estructura soberana. Por tanto, es la expresión sumisión y no aquel de ciudadanía al que normalmente se presenta recurso en las épocas históricas en las que prevalecen conceptos patrimonialistas³⁷.

En los períodos siguientes y sobre todo en la época feudal los vínculos de sumisión se multiplican. En particular, la superposición de jerarquías, consiguientes de las relaciones de "protección" con los numerosos centros de poder público, muchas veces llega a prevalecer siempre sobre el vínculo de sujeción que liga los señores y los sometidos a la autoridad real o imperial³⁸.

³⁶ PHILLIPSON, C., *The international law and custom of ancient Greece and Rome*, London 1911, reprinted, New York 1979, spec. pp. 122, p. 182.; PAOLI, U. E., *Lo stato di cittadinanza in Atene*, en *Studi di diritto attico*, Firenze 1930, p. 195.; DE LAPRADELLE, A., *De la nationalité d'origine*, Paris 1893, p. 5.; CATINELLA, G., *Cittadinanza* (Storia – Diritto romano), Torino 1897, pero 1902, en *Dig. it.*, VII, 2, p. 206 ss; CRIFÒ, G., *Cittadinanza* (diritto romano), en *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, p. 127 ss.

³⁷ Cf. WERNER, A. R., «En el ordenamiento jurídico francés cercano al estado di citoyen français existía tradicionalmente, respecto a los nativos de las colonias aquel de sujet français», en *Essai sur la réglementation de la nationalité dans le droit colonial français*, 1936, pp. 18 e p. 40.

³⁸ CORTESE, E., «Cittadinanza (diritto intermedio)», en *Enc. dir.*, VII, 1960, p. 132; BIZZARRI, D., «Ricerche sul diritto di cittadinanza nella costituzione comunale», en *Studi di storia del diritto italiano*, Torino 1937, p. 63.; además por particular referencias al vínculo de "allegiance" que lleva origen de la época feudal y bajo de la influencia de esto desarrollada sobre normas en tema de ciudadanía; cf. DE CASTRO Y BRAVO, F., «La nationalité, la double nationalité et la supra-nationalité», en *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, t. 102, 1961-I, p. 521., spec. p. 527.; ID., «Los estudios históricos sobre la nacionalidad», en *Revista española derecho int.*, 1955, p. 218.

Con respeto a la época de las monarquías absolutas, la ciudadanía vuelve a identificarse con la sumisión, en homenaje a la concepción patrimonial del Estado. Se atenúa, pero no desaparece, la diferencia entre la condición jurídica del ciudadano y aquel del extranjero, subordinados al soberano territorial con base en el mismo título: "*Quisquis in territorio meo est, meus subditus est*".

El término ciudadanía sufre en el tiempo y en el espacio la influencia de los diferentes factores político-sociales en efecto, la idea de ciudadanía, en algunas épocas históricas o en sectores específicos de la comunidad universal, se dispersa en relación a formas determinadas de régimen político. Para tener una idea de este momento histórico, se hace referencia a las visiones de célebres filósofos de la época, que recuerdan el concepto de sumisión pertenecientes al período anterior a la Revolución Francesa. El sujeto es visto como un súbdito, sometido al Estado: no había discriminaciones entre los sujetos definidos súbditos y no había ningún tipo de diferencias sociales ni mucho menos étnicas porque todos eran iguales, pero al mismo tiempo inferiores bajo la grandeza y la magnificencia del Estado. Thomas Hobbes es uno de los partidarios de este pensamiento, que desarrollaba la diferencia entre súbditos (personas) y soberano, este concepto se expondrá en una de sus obras más importante, el *Leviatán*.

El hombre se define como igual y libre, siendo igual respecto a los otros hombres, para alcanzar sus objetivos utiliza todos los medios posibles. Se entiende por esta definición que, al ser el individuo visto como un sujeto egoísta, con una enorme sed de poder, el Estado de naturaleza es hacerse rico por ese deseo incesante de poder y a pesar de que el

sujeto coopera con la sociedad, al mismo tiempo busca principalmente sus propios objetivos e intereses³⁹.

El ser humano pierde parte de su valor principalmente en los regímenes de tipo territorial-patrimonialistas, en cuanto la pertenencia se considera accesoria al territorio.

Después de la Revolución francesa, en cambio, el término ciudadanía es reglamentado por la ampliación de su sentido, evidenciando la unión del sujeto con el Estado organizado democráticamente; se produce una transformación del Estado patrimonial en estado personal y de derecho, relacionando la atribución de los derechos políticos a los ciudadanos.

Genéricamente identificado, el concepto de ciudadanía como categoría histórico-política se contrapone, de un lado, a aquel de sumisión o de pertenencia al Estado; del otro, a aquel de distanciamiento dentro de la que forma parte también la apatridia, calidad de quién no pertenece a alguno Estado.

El concepto de ajenidad es meramente negativo, para localizar el criterio distintivo y característico de la ciudadanía o, genéricamente de la pertenencia al Estado o a sumisión en general, fueron propuestos criterios distintivos⁴⁰:

- La posesión del así llamado status *activae civitatis*, del así llamado *ius honorum*; o, recíprocamente la titularidad de obligaciones de naturaleza política y obligaciones militar;
- El así llamado deber de fidelidad contrapuesto al simple deber de obediencia que también incumbiría a los extranjeros;

³⁹ ZOLO, D., *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari 1999².

⁴⁰ Cf. STOERK, en «*Volkerrecht*», ed HOLT-ZENDORF, vol. II, pp. 594.

- El derecho de incolato que no les pertenecería a los extranjeros que pudieran ser expulsados;
- El derecho a la protección diplomática; y,
- la aplicación de la ley nacional en las cuestiones de estatuto personal.

Fue y es objetado actualmente por otros que el *status activae civitatis* puede tenerse, incluso en casos excepcionales, también a favor de extranjeros y que, por otro lado, no es imputable a todos los ciudadanos⁴¹. Es conocido que las legislaciones de muchos Estados de base nacional les atribuyen a los extranjeros, con determinadas características étnicas, derechos análogos a aquellos de los ciudadanos. Además, es subrayado que muchas categorías de ciudadanos carecen de un real *status activae civitatis*, (por ejemplo, actualmente la mujer no goza siempre de un *status activae civitatis* en ciertos Estados).

En lo que concierne a las obligaciones de naturaleza política y particularmente obligaciones militares, se argumenta que ellas también incumben a los apátridas y a unos extranjeros ex ciudadanos. Además, no les corresponden a los ciudadanos o en todo caso a todos los ciudadanos, como por ejemplo, en los Estados en que no existe el servicio militar obligatorio; otros señalan que les incumbe también a los extranjeros el deber de fidelidad: por ejemplo, el deber ex ciudadano extranjero de no llevar armas contra la *ex patria*⁴²; otros ponen de manifiesto que el

⁴¹ Cf. QUADRI, *La sudditanza...*, cit., p. 32.; Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, p. 161.

⁴² Cf. QUADRI, en *Studi senesi*, 1932, p. 365. Se puede añadir que los Estados de los apátridas exigen aquel complejo de cumplimientos que indebidamente son reconducidos a la idea de un "*deber de fidelidad*" contrapuesta al simple "*deber de obediencia*", en cuánto la fidelidad, como vínculo espiritual hacia el Estado, se realizaría en una gama más amplia e intensa de comportamientos positivos y negativos favorables a la búsqueda de objetivos (servicio militar, no derrotismo político, económico, etcétera). No existe en todo caso un "*deber de obediencia*" ni un "*deber de fidelidad*"; jurídicamente existen los individuales deberes consiguientes de las varias normas en vigor. El deber de obediencia

derecho de *incolato* (exilio), no es reconocido siempre por el ciudadano y que ello aparece en cambio como un reflejo de la libertad de los demás Estados de no acoger sobre el propio territorio a quienes no pertenezcan a ellos. Por los apátridas que se encuentran en el Estado se tiene una situación análoga, respecto de los cuales la posibilidad de expulsión produce algunos problemas⁴³.

Las razones expuestas ponen en crisis el concepto tradicional de ciudadanía sobre todo los movimientos migratorios pasados, presentes y futuros. Buscando así nuevas formas de ciudadanía más universales, que se actualicen al panorama europeo.

Son diferentes las propuestas, hay quien considera que se elimina completamente el concepto tradicional de ciudadanía, porque reconoce exclusivamente los derechos a los ciudadanos pertenecientes a un determinado Estado, discriminando así los sujetos que no tienen uno *status civitatis*, como expone Ferrajoli, y quien por el contrario, se suma a Tomas Humphrey Marshall⁴⁴, que apoya el tradicional concepto de ciudadanía, considerando que el *status* se concede a quienes son

(Gehorsampflicht) no es en realidad que una situación de subordinación que se correlaciona a la efectividad del poder estatal es decir su efectiva posición de supremacía. Ejerciendo el *imperium* el Estado exige algunas veces más (fidelidad), otras veces menos, pero en todo caso siempre exige obediencia.

El VON BAR (*Teoría* cit., p. 181, nota 5) niega que del así llamado deber de fidelidad se pueda hacer uno de los extremos de la definición de ciudadanía, apoyando que en realidad este deber no es absoluto, porque los demás Estados podrían impedir la observancia, para eso lo que valdría observado, antes que el derecho subjetivo del Estado a la fidelidad de los sujetos, sería una relación interestatal que consiste en el *ius avocandi*, etcétera, o sea que el Estado tendría derecho a que los demás Estados no obliguen el individuo a llevar las armas contra la patria, no impidan a lo mismo volver en patria para prestar el servicio militar, etcétera.

⁴³ En general, los autores apelan a la institución del exilio. Por ejemplo., JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, cit., p. 130; VON MARTIZ, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Leipzig 1888, pp. 14 y ss. También se alega que una especie de derecho de incolato existe a veces también en favor de extranjeros sobre una base convencional.

⁴⁴ MARSHALL. T.H., «Citizenship and Social Class», en *Class, Citizenship and Social Development*, ed. MARSHALL. T.H., Chicago 1964.

miembros de una comunidad y tengan pleno derecho, que teniendo el mismo *status* sean iguales y se dirijan hacia una idea de ciudadanía ideal.

Profundizando la teoría de Ferrajoli antes mencionada, artífice de las discriminaciones son los conceptos que ilustran la diferencia entre los derechos humanos y los derechos del ciudadano. Hay que hacer una precisión, que el hombre en cuanto tal tiene derechos que prescinden de los Estados y de las Constituciones internacionales que los legislan.

Los derechos del ciudadano, al estar legislados por las Constituciones de cada Estado, pueden modelarse a partir de las exigencias históricas actuales.

En cuanto a los derechos humanos nacidos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), adoptada por la Asamblea General de las Organización de las Naciones Unidas (ONU) el 10 diciembre de 1948, son derechos estáticos con respecto a los anteriores. El derecho de ciudadanía se consagra en la presente Declaración en el artículo 15, y también en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derecho Civiles Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966.

En cuanto a la segunda teoría de Thomas Humphrey Marshall, totalmente opuesta a la antedicha, observamos que se añade al concepto actual de ciudadanía nacional, exponiendo que no existirían discriminación, sino igualdad en pertenecer a un Estado y a la sujeción de sus leyes. Este concepto de ciudadanía expuesto por Marshall resulta muy actual. Sin embargo, no debemos poner en segundo plano también el contexto histórico-político en el que vivía, hablamos de la posguerra, período del *Welfare-State*, en el que se buscaba la serenidad dentro del Estado, que satisfacía y daba serenidad a los individuos que lo vivían.

Claramente, estas teorías sobre la ciudadanía son puramente hipotéticas, sobre todos si nos fijamos en la perspectiva de las migraciones actuales legisladas y protegidas por los Tratados que prevén la libre circulación de personas.

La Ciudadanía Europea, que comenzaremos solo a delinear en general, para desarrollarla posteriormente según los apartados siguientes del presente capítulo, se legisla jurídicamente en el Tratado de la Unión Europea (TUE), en el artículo 9⁴⁵, en Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), en el artículo 20⁴⁶ párrafo I, del antiguo artículo 17 párrafo I del Tratado que instituye la Comunidad Europea (TCE) de 25 de marzo de 1957. De hecho, al observar los artículos 9 del TUE, 20 del TFUE y 17 del TCE, las definiciones que figuran en los mismos son repetitivas, precisando que es ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. De este modo, se pretende dar a entender que la ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional, no sustituyéndola, sino completándola⁴⁷.

El nacimiento de la misma pretende suplir la visión exclusivamente nacional impuesta por los derechos y deberes de un sujeto que se inserta dentro de un Estado, es decir, la relación que se crea entre sujeto y Estado por la pertenencia a un determinado territorio. Con ello se pretende eliminar las discriminaciones que la clásica definición de ciudadanía impone inevitablemente a los sujetos que no tienen el *status civitatis*.

⁴⁵ Artículo 9 TUE: “La Unión respetará en todas sus actividades el principio de la igualdad de sus ciudadanos, que se beneficiarán por igual de la atención de sus instituciones, órganos y organismos. Será ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

⁴⁶ Artículo 20, párrafo I. (antiguo artículo 17 TCE): “Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”.

⁴⁷DRAETTA. U., PARISI. N., *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, Milano 2010³, p. 24.

La ciudadanía de la Unión está subordinada a la ciudadanía nacional en lo que respecta a la adquisición y pérdida de determinados derechos vinculados a ella, pero, como ya se ha señalado anteriormente en los artículos, no sustituye a la ciudadanía nacional.

Los siguientes puntos que trataremos en los apartados sucesivos, serán relacionados al tema de la ciudadanía observada desde el punto de vista jurídico italiano. Se analizará como el concepto de ciudadanía cambia en función del objeto inherente a las normas jurídicas respecto a las cuales se quiera definir, existiendo normas que tienen por objeto la adquisición, la pérdida y la posible recuperación del *status* de ciudadano italiano; normas jurídicas en las que la nacionalidad del sujeto sólo es relevante como un elemento del caso concreto, como condición para que el sujeto goce de determinados derechos subjetivos o imponiendo al sujeto determinadas obligaciones jurídicas⁴⁸.

El capítulo se concluirá con la visión de la Ciudadanía Europea en el Tratado de Schengen del 14 de junio de 1985, que representa una de las mayores evoluciones de la Unión Europea.

En primer lugar, será necesario analizar el contexto del espacio, seguridad y justicia garantizado por el Tratado de la Unión Europea (TUE), en el que algunos Países de la UE han adherido y gozan de los derechos, agilizaciónes y deberes impuestos por el Tratado de Schengen.

El TUE, tal como se establece en su artículo 3, párrafo 1, "*promueve la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos*". Este principio básico sirve de marco a otros puntos fundamentales incluidos en el mismo. Como ya se ha señalado, el TUE permite a los Estados de la Unión y, por tanto, a sus ciudadanos "*un espacio de libertad, seguridad y justicia, con la*

⁴⁸ Cicu, A., «Il concetto di "status", en *Studi giuridici in onore di Simoncelli*, Napoli 1917, pp. 5 ss., allo stato giuridico della persona fisica.

ausencia de fronteras interiores” como expone el artículo 3, párrafo 2. Esto permite a todos los sujetos que le pertenecen, circular libremente en su interior, favoreciendo los movimientos migratorios y previniendo la criminalidad. Esto favorece la formación de una comunidad de derecho, induciendo un control de los movimientos y actos realizado por los Estados. Se crea así un contexto en el que se unen tanto el espacio económico como el espacio que permite a las personas de moverse libremente⁴⁹. A diferencia de lo que ocurría antes, cuando sólo existía un espacio económico europeo basado exclusivamente en la circulación de mercancías.

4.5 EL CONCEPTO JURÍDICO DE PERSONA HUMANA

En el panorama jurídico la relación entre persona y derecho es una temática cada vez más recurrente, tal que, en el constitucionalismo nacional, en las Convenciones internacionales, además en el derecho positivo de los Estados se ha procedido en una orientación de protección de la persona por parte del derecho con puntuales referencias normativas.

En el lenguaje jurídico se actúa una distinción entre persona jurídica o ideal y física o humana⁵⁰:

- En el primer caso, se entiende no sólo a particulares individuos, sino a todos los sujetos de carácter individual o pluralista, como entidades, asociaciones, sociedades o fundaciones, ya sean públicos o privados, que sean sujetos de derecho titulares de capacidad jurídica;

⁴⁹ DRAETTA. U., PARISI. N., cit., pp. 5-7.

⁵⁰ MARTINES, T., *Diritto costituzionale*, Milano 2010¹², pp. 105-109.

- En el segundo caso, se alude a sujetos de derechos o a detentador de capacidad jurídica adquirida desde el nacimiento.

En este contexto se tratará exclusivamente del concepto jurídico de persona física o humana.

En un análisis histórico recordamos que en el derecho romano el concepto de persona difería del significado moderno: se definían personas, sin capacidad jurídica en cuanto el concepto era desconocido, todos los hombres pertenecientes a la sociedad incluso los esclavos. Gayo (1,9) expone: “*summa divisio de iure personarum haec, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*”⁵¹. Por lo tanto, la acepción de ser esclavo no comprometía o eliminaba el ser persona, sino que modificaba, en el devenir histórico, la capacidad de ejercicio.

La condición de sujeto de derecho, en cambio, estaba relacionada con el grupo social al cual se pertenecía, por lo que las personas eran calificadas según el *status*: de esclavo o libre, ciudadano romano o peregrino, *sui iuris* o *alieni iuris*, *sui iuris* si hubiera sido jefe de familia, *alieni iuris* si sometido al poder familiar de los demás⁵².

A lo largo de los siglos, aunque se haya debatido sobre el concepto de persona tanto desde un punto de vista filosófico como jurídico, la temática ha adquirido connotaciones cada vez más confusas y contradictorias, especialmente si conectada al derecho. A pesar de los frecuentes debates y referencias precisas de la filosofía política y de la jurisprudencia, se puede afirmar que solo a mediados del siglo XX, período marcado por los dos conflictos mundiales, se ha verificado una particular atención a la noción de persona humana y entre las reflexiones

⁵¹ BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1972⁴, p. 109.

⁵² TALCIANI, H. C., «Concepto Jurídico de Persona-Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria», en *Revista Chilena de Derecho* 17 (1990), pp. 301- 321; p. 303.

consideradas hasta ahora nos ha parecido oportuno mencionar la contribución de los juristas: Recaséns Siches y Fernández Sessarego.

El autor hispano Recaséns Siches ha tratado de aclarar la conjugación entre persona y derecho formulando cuatro preguntas⁵³:

- 1) “*Qué quiere decir persona en términos jurídicos*”;
- 2) “*Quiénes sean los entes sobre los que recaiga esa calificación jurídica de persona*”;
- 3) “*En qué consiste el ser de esos entes*”;
- 4) “*A quiénes el derecho debe conceder la personalidad jurídica*”.

1. En la primera pregunta Recaséns, afirma que el concepto jurídico de *persona* se determina en la teoría fundamental del derecho que establece en términos jurídicos generales esta definición: sujeto que detiene obligaciones y derechos subjetivos.

El autor, al no establecer diferencias entre individuos y entes, entre persona y persona jurídica, aplica un significado de alcance general, que permite una definición jurídica pura⁵⁴. Asimismo, indica que las diferencias alegadas jurídicamente entre sujetos individuales y entes colectivos son metajurídicas y no jurídicas, ya que no se han dado definiciones de *lo que significa persona en sentido jurídico en el derecho*, y menos aún de *que es la persona jurídica como categoría específica del derecho y cuando se aplica a los individuos humanos*⁵⁵.

2. La segunda pregunta, referida a quiénes son los entes sobre los que recae la calificación jurídica de persona, responde que, en el derecho positivo, es el ordenamiento jurídico de un

⁵³ RECASÉNS SICHES, L., *Introducción al estudio del Derecho*, México 1997, pp. 148-149.

⁵⁴ ID., *Vida Humana, Sociedad y Derecho*, Porrúa 1952, p. 159.

⁵⁵ *Ivi*, p. 161

determinado contexto histórico y estatal el que confiere el *status* de persona⁵⁶.

3. En la tercera pregunta, el autor define a la persona no sólo *mirando a las especiales dimensiones de su ser, sino descubriendo en ella la proyección de otro mundo distinto del mundo de la mera realidad*⁵⁷, por lo que es necesario observar sus valores éticos. La persona se define como aquel ente que debe cumplir su fin supremo y es distinto de todos los demás seres por la posesión de la dignidad. En esta pregunta, se relaciona la persona con la personalidad poseída por el hombre, que representa una tarea, el “*deber ser*” de la persona en el mundo, es decir, que la dimensión ideal del “*deber ser*” de valores, se transforme en una realidad efectiva en el mundo, de tal manera que los valores sean de impulso para el mundo real. Según el autor, *el soporte y agente de los valores ideales*, el ser humano, es sujeto diferente de los otros seres, porqué en contacto con los valores. En efecto, las elecciones a las que está sometido continuamente, realizadas según el libre albedrío, ya sean positivas o negativas, están centradas en los valores y la dignidad, que actúan como propulsores en el propio sujeto, siendo el titular. Por lo tanto, el concepto que debe ser claro, es que cada persona es individual y tiene sus propios valores, toma decisiones singulares, diferentes de otras y es un ser humano único.

4. La cuarta cuestión, dirigida a aclarar a quién el derecho debería conceder la personalidad jurídica, el jurista busca

⁵⁶ RECASÉNS SICHES, L., *Vida Humana*, cit.

⁵⁷ ID., *Introducción*, cit.

la respuesta en la filosofía del derecho o en la estimativa jurídica⁵⁸, que estudias los valores jurídicos, dentro de los cuales encontramos: la justicia, el orden, la paz, la seguridad, el bien común y corresponde a la Teoría política su aplicabilidad⁵⁹.

El jurista Fernández Sessarego sobre el tema de la relación entre persona y derecho, a diferencia de Recaséns, considera que el ser humano es terreno y por esta razón el concepto jurídico de persona no debe entenderse como parcial, sino en su totalidad y universalidad. Definiendo *persona* por el derecho, el sujeto de derecho: “es el ente al cual el ordenamiento jurídico positivo de cada país le atribuye situaciones jurídicas subjetivas”, afirmando que: “el derecho es una exigencia existencial del ser humano, en cuanto libre y coexistencia”. Por lo tanto, el derecho positivo debería sostener esencialmente que, la *persona* es sujeto de derecho porque precisamente el ser persona excluye a cualquier otra entidad, siendo la única digna de estar cualificada⁶⁰.

Al significado de ser de la *persona* Sessarego la define como un ser humano, completo y viviente, por lo tanto, la *persona* por el derecho es la *totalidad* del ser humano; en última instancia analizando la cuestión que indica a quién el derecho debería conceder la categoría de *persona*, considera que esta pregunta ya no es actual, porque la visión humanista ha sustituido la doctrina por una concepción formalista positivista. En efecto, dado que el ser humano es el centro del derecho, no es posible afirmar que no sea persona, ya que es necesario definirlo sujeto de derecho.

⁵⁸ RECASÉNS SICHES, L., *Introducción*, cit.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ FERNÁNDEZ SESSAREGO, C., «Que es ser Persona para el Derecho», en *Derecho PUCP* 54 (2001), pp. 289-333; pp. 318 y ss.

Cualquier política legislativa que se muestra contraria esta realidad, podría resultar incongruente al sentido de la vida humana y en consecuencia de la persona, porque el derecho ha sido creado para la libre, ordenada y legislada coexistencia de los seres humanos, que todos los hombres necesitan: *“el derecho creado, como exigencia existencial, por seres humanos libres y coexistentiales, que requieren de normas jurídicas, valiosamente concebidas, que le permitan realizar su personal proyecto de vida dentro del bien común”*⁶¹.

El examen de la temática expuesta hasta ahora según las diversas perspectivas confirma la convicción de que el derecho ha sido creado por el hombre y para el hombre, que es sujeto y “objeto” de estudio y regula el desarrollo social de la vida humana. En esta dirección los artículos 29 y 30 del Código Civil Español exponen: - Artículo 29 *“El nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”*, - Artículo 30 *“La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”*.

La persona humana como *príus* con respecto al derecho es sujeto de derecho primordial según su naturaleza humana, mientras que en sentido jurídico, la persona es sujeto de derecho activo y pasivo, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones, protegido concretamente por el derecho que le garantiza la libertad personal entendida como una forma de titularidad.

⁶¹ Ibid.

4.6 LA TRANSICIÓN DE SUJETO DE DERECHO A LA PERSONA EN LAS CONSTITUCIONES EUROPEAS DE LA POSGUERRA.

Las Constituciones de la posguerra reconocen la dignidad de la persona afirmando sus derechos y deberes en el seno de la sociedad, llegando así al paso de la noción de individuo definido como sujeto abstracto de derecho a la del individuo como persona. Es visible una clara discontinuidad con el pasado en el que no estaba presente la dualidad sustancial entre sujeto de derecho y persona.

En el período posguerra fue necesario analizar la condición del hombre a lo largo del tiempo y de la misma manera, la relación entre los individuos y las entidades jurídicas con referencia a los conceptos de subjetividad, personalidad y capacidad, nociones contenidas en los diferentes ordenamientos de la edad moderna⁶².

El paso de sujeto a persona enfatiza en la visión individualista de la misma, insertada en un contexto social basado en la dignidad del hombre, que implica una transacción del sujeto de derecho al sujeto de carne⁶³, signo de ruptura definitiva con el pasado.

Jurídicamente el ser humano y la persona no pueden conceptualmente representar dos sinónimos, ya que para que el ser humano sea definido como persona, debe beneficiarse de requisitos específicos, como la titularidad de situaciones jurídicas que lo definen por el derecho, como sujeto de derecho o persona.

El sujeto jurídico representa, el elemento personal del ordenamiento jurídico, siendo la persona destinataria de las normas (“del Estado” y “en el

⁶² PETRONGARI, M.A., «La soggettività giuridica del concepito», en *Legittimazione e limiti degli ordinamenti giuridici: XIV Colloquio giuridico internazionale*, ed. FALCHI, G. L., IACCARINO, A., Città del Vaticano 2012, pp. 599-622., p. 600.

⁶³ RODOTÀ, S., TALLACCHINI, M., (ed.). *Ambito e fonti del biodiritto*, 2010, p. 182.

Estado) y centro de imputación de intereses jurídicamente relevantes o “cualificaciones jurídicas”⁶⁴.

El derecho, por tanto, tiene como punto analítico inicial y al mismo tiempo como finalidad la persona, juntos con los derechos humanos.

El concepto de dignidad humana se expone por primera vez, a nivel supranacional, en la *Carta de la Naciones Unidas*⁶⁵ de 26 de junio de 1945 firmada en San Francisco, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*⁶⁶ (DUDH), adoptada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (ICCPR) de 16 de diciembre 1966, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, al artículo 10, apartado 1⁶⁷, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (ICESCR), artículo 13, apartado 1⁶⁸, concluidos en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 por las ONU, así como en la *Convención que constitutiva una Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura* (UNESCO) aprobada en Londres, el 16 de noviembre de 1945, en cuyo Preámbulo se afirma la importancia de la

⁶⁴ GUZZETTA, G., MARINI, F. S., *Diritto Pubblico Italiano ed Europeo*, Torino 2018⁴, p. 592.

⁶⁵ En el preámbulo expone: “Reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y las naciones grandes y pequeñas”.

⁶⁶ En el preámbulo expone el concepto de dignidad reconocido a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos, iguales e inalienables, constituye el fundamento de la libertad, la justicia y la paz en el mundo.

⁶⁷ Artículo 10, apartado 1: “Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

⁶⁸ Artículo 13, apartado 1: “Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y las libertades fundamentales. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

dignidad y el valor de la persona, renegados trágicamente y sustituidos por la ignorancia y los prejuicios en la historia de los conflictos mundiales.

En la *Declaración de la UNESCO sobre la raza y los prejuicios raciales*, de 27 de noviembre de 1978, artículos 4 párrafo I⁶⁹ y 9 párrafo I⁷⁰, y a nivel europeo, en la *Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales* (CEDH) de 4 noviembre de 1950, así como en la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea* proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, compuesta por un preámbulo introductorio y siete capítulos que recogen cincuenta y cuatro artículos. El primer capítulo está dirigido a la dignidad que adquiere un valor jurídico importantísimo, ya que el concepto está representado a nivel individual y separado de los demás principios presentes en ella; Al igual que en el *Tratado de Lisboa* de 13 de diciembre de 2007, se reconoce el respeto de la dignidad como primordial y fundamental.

Todos los documentos mencionados tienen como tema fundamental la dignidad humana.

Ahora bien, a los fines del análisis que nos ocupa, hay que observar que también en el marco constitucional de varios Estados se hace puntual referencia al concepto de dignidad humana, calificando al individuo abstracto en persona.

Tomando como punto de referencia la Constitución Italiana de (1948), Alemana (1949), Francesa (1958) y Española (1978) se observa que el principio de dignidad de la persona está presente en cada una de

⁶⁹ Artículo 4, párrafo I: “*Toda traba a la libre realización de los seres humanos y a la libre comunicación entre ellos fundada en consideraciones raciales o étnicas es contraria al principio de igualdad en dignidad y derechos, y es inadmisibile*”.

⁷⁰ Artículo 9, párrafo I: “*El principio de la igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos y de todos los pueblos, cualquiera que sea su raza, su color y su origen, es un principio generalmente aceptado y reconocido por el derecho internacional. En consecuencia, toda forma de discriminación racial practicada por el Estado constituye una violación del derecho internacional que entraña su responsabilidad internacional*”.

ellas, siendo calidad inherente a la misma condición humana. En efecto, mientras en las Constituciones anteriores se insistía en la reivindicación de la igualdad, en la posguerra se desarrolla un nuevo punto de conexión entre persona y dignidad, tema que se desarrolló ampliamente en la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (DUDH) aprobada el 10 de noviembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el artículo 3⁷¹, en la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* de 2000 en el artículo 1⁷², titulado *Dignidad humana*, artículo 2⁷³, titulado *Derecho a la vida*, artículo 3⁷⁴, titulado *Derecho a la integridad de la persona*.

El tema de la dignidad vinculado a la persona después de la Segunda Guerra Mundial se ve con un significado de compensación respecto a las guerras que habían llevado a la destrucción de la humanidad.

Entre las Constituciones mundiales, la italiana de 1948 es la primera que encuentra en la dignidad una forma de liberación de esos siglos de crisis humana.

En el texto italiano, el significado absoluto de dignidad humana ha sido confiado al artículo 2⁷⁵, en el que el constituyente enuncia la garantía

⁷¹ Artículo 3 (DUDH): "*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*".

⁷² Artículo 1: "*La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida*".

⁷³ Artículo 2: "*1. Toda persona tiene derecho a la vida. 2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado*".

⁷⁴ Artículo 3: "*1. Toda persona tiene derecho a su integridad física y psíquica. 2. En el marco de la medicina y la biología se respetarán en particular: - El consentimiento libre e informado de la persona que se trate, de acuerdo con las modalidades establecidas en la ley, - la prohibición de las prácticas eugenésicas, y en particular las que tienen por finalidad la selección de las personas, - la prohibición de que el cuerpo humano o partes del mismo en cuanto tales se conviertan en objeto de lucro, - la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos*".

⁷⁵ Artículo 2, Constitución Italiana: "*La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*".

de los derechos inviolables del hombre distinguiendo la dimensión absoluta del concepto, en combinación con el carácter social desarrollado en los artículos 3⁷⁶, 36⁷⁷ y 41⁷⁸, en los que la persona humana asume un papel primario, como expone el artículo 3, reconociendo a todos los ciudadanos la igual dignidad social, y, en el apartado 2⁷⁹, que trata de la eliminación de obstáculos por parte de la República, permitiendo el desarrollo de la persona dentro de la sociedad⁸⁰. El primer párrafo del artículo 36 está relacionado con el trabajo que favorece la independencia de la persona garantizando una vida digna y, en el segundo párrafo del artículo 41, la dignidad se recuerda en función de la actividad económica, que no debe constituir un obstáculo para la seguridad, libertad, pero especialmente a la dignidad humana.

Los derechos fundamentales de la República Federal de Alemania de 1949 se recogen en el capítulo I de la Constitución, titulado *Los derechos*

⁷⁶ Artículo 3, Constitución Italiana: “*Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*”

⁷⁷ Artículo 36, Constitución Italiana: “*Il lavoratore ha diritto ad avere una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi.*”

⁷⁸ Artículo 41, Constitución Italiana: “*L’iniziativa economica è libera. Non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l’attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.*”

⁷⁹ Artículo 3, párrafo 2, Constitución Italiana: “*E’ compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitano di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese.*”

⁸⁰ OCCHIOCUPO, N., *Costituzione e Corte Costituzionale. Percorsi di un rapporto “genetico” dinamico e indissolubile*, 2010, pp. 22-23.

*fundamentales*⁸¹. Las primeras disposiciones son de carácter general; el artículo 1 se titula: *Protección de la dignidad humana*⁸², el artículo 2: *Derechos de libertad*⁸³, el artículo 3: *Igualdad ante la ley*⁸⁴, mientras que en los artículos siguientes se tratará de los derechos de libertad.

Comparando la Constitución alemana con la Constitución italiana, es ciertamente posible notar que el tema de la dignidad humana, expuesto en la Constitución alemana asume un papel fundamental en virtud de los pasados crímenes ocurridos en el régimen nacionalsocialista, tal de crear así una correlación entre la dignidad humana y los derechos fundamentales, inspirándose a esto en la Constitución italiana, para la identificación del hombre en la persona poseedora de dignidad y titular de derechos fundamentales, como se menciona con precisión en el artículo 1, párrafos 1⁸⁵ y 2⁸⁶, del Texto Constitucional alemán; y en el artículo 79, párrafo 3⁸⁷, se establece la inmutabilidad del principio de dignidad⁸⁸, permitiendo así la tutela del hombre y de su dignidad más allá de los principios Constitucionales.

Este concepto en el texto constitucional alemán se centra en la absolutez de la dignidad, y comparándolo con el ordenamiento italiano, se puede observar que, a pesar de la inspiración de esta última en el artículo 1: *Italia es una República democrática basada en el trabajo*, la

⁸¹ *Die Grundrechte.*

⁸² *Artikel 1: Würde des Menschen.*

⁸³ *Artikel 2: Generelle Freiheitsrechte.*

⁸⁴ *Artikel 3: Gleicher Stand für alle vor dem Gesetz.*

⁸⁵ Artículo 1, párrafo 1 Constitución Alemana: *“La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.*

⁸⁶ Artículo 1, párrafo 2 Constitución Alemana: *“El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz de la justicia en el mundo”.*

⁸⁷ Artículo 79, párrafo 3 Constitución Alemana: *“No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Lander en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20”.*

⁸⁸ BECCHI, P., *Il principio di dignità umana*, Brescia 2013², pp. 29-30.

Constitución alemana pone la dignidad humana como valor primario y absoluto de la misma, elevado a valor supremo constitucional por el Tribunal Constitucional alemán el *Bundesverfassungsgericht* (BVerfGE). Esta comparación permite observar la evidente diferencia entre la Constitución italiana, que está “*basada en el trabajo*”, y la Constitución alemana, basada en la “*intangibilidad*”⁸⁹, tal como se expone en el artículo 1, párrafo 1. De modo que el concepto de dignidad asume un valor intrínseco de la persona en la que la Ley Fundamental reconoce al hombre como principio y fin de esta⁹⁰.

Las dos Constituciones evidencian la importancia de la dignidad humana en un aspecto de valores absoluto y abstracto como el de la Constitución Federal alemana y el relativo de la Constitución italiana que se constituye concretamente en el tejido social.

La Ley Fundamental de Bonn influye también en la Constitución Española de 1978, en efecto, lo que lleva al constituyente a la incorporación de nuevos valores posteriores a la posguerra se adquieren también en la necesidad de renovación de la sociedad española, mediante el reconocimiento de la dignidad humana como punto central para hacer entender a la sociedad la importancia del principio, que es superior a cualquier estado social, y por lo tanto sin exponer ningún tipo de diferencia entre las personas, señalando en cierto sentido el valor de la dignidad y de la persona, como expusieron hace años algunos autores, entre ellos Recasens Siches, de los que se ha hablado en el apartado anterior, sobre

⁸⁹ *Ivi*, p. 33.

⁹⁰ DE LOS REYES, A.O., «El concepto constitucional de la dignidad de la persona: Forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental», en *Revista española de derecho constitucional* 91 (2011), pp. 135-178; pp. 143-145.

la posesión intrínseca de la dignidad del hombre, conciencia que conduciría a la convivencia humana⁹¹.

El principio de igualdad se aplica en la Constitución Española en el artículo 10, párrafo 1, que establece: "*La dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*". En los párrafos siguientes trata de los derechos inviolables y del desarrollo de la personalidad como derechos fundamentales. En realidad, todo el artículo, aunque parece exponer conceptos que tratan aspectos distintos, define y eleva el derecho inviolable, como la dignidad de la persona.

Profundizando en el artículo 10, párrafo 1, de la Constitución Española, es posible afirmar que las cuatro cláusulas presentes, dirigidas a la elevación de la persona humana acompañada a su desarrollo, complementan las garantías de los derechos fundamentales de la persona: la primera cláusula considera la dignidad humana como condición para la interpretación de otros derechos y con valor general; la segunda cláusula, definida como valor cualitativo, permite la combinación de los derechos constitucionales basados en el concepto de persona, confirmando así la unidad del derecho sobre el tema; la tercera cláusula se basa en el valor universal de la dignidad humana y de todos los derechos inherentes a su principio, ya que la persona tiene su dignidad, independientemente de cualquier aspecto jurídico que le corresponda; la cuarta cláusula pone la dignidad como límite a los conflictos que se podrían crear en los diferentes derechos constitucionales permitiendo así

⁹¹ Ibid.

el libre desarrollo de los individuos, pero al mismo tiempo garantizando la libre convivencia de las personas en la sociedad⁹².

A diferencia de las Constituciones citadas, que exponen de manera explícita el concepto de dignidad de la persona, la Constitución francesa de 1958 no hace una mención directa en su interior, en efecto, el *Conseil Constitutionnel* expone el concepto en un principio que figura en el Preámbulo de la Constitución de 1946 y en la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789, retomando las declaraciones afirmadas en la Constitución, recuerda con fuerza la importancia de los derechos individuales definidos como *reflejo de la libertad que descende de la naturaleza racional del hombre*, sucesivamente se reconocen en el Código Penal de 1992, en el Libro II, Título II, Capítulo V, titulado: “*Des atteintes à la dignité de la personne*”⁹³.

El concepto de *dignidad* que caracteriza a la persona humana asume un valor intrínseco representado por el constitucionalismo occidental de la posguerra afirmado también en ordenamientos de diversa naturaleza para ideales políticos y religiosos⁹⁴ que, como calidad jurídica positiva, se convierte en garantía constitucional del Estado de derecho y garantiza la protección del ser humano en su integridad. Este principio ha sido reafirmado con fuerza también por la encíclica *Pacem in terris* del Papa Juan XXIII, en la que se expone el concepto de dignidad referido al género humano en su totalidad e igualdad y por la Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo contemporáneo *Gaudium et spes* del Concilio

⁹² ROLLA, G., «El principio de la dignidad humana. Del artículo 10 de la constitución española al nuevo constitucionalismo iberoamericano», en *Persona y Derecho* 49 (2003), pp. 227-261; pp. 242-243.

⁹³ DE LOS REYES, A.O., «El concepto constitucional», cit.

⁹⁴ Entre varias Constituciones que tratan el tema, se recuerdan: Constitución de Venezuela, artículo 3, Constitución de Brasil, artículo 1, Constitución del Ecuador, artículo 23, Constitución de México, artículo 1.

Vaticano II, en el que el primer capítulo está titulado: "*La dignidad de la persona humana*".

4.7 LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS E INTEGRACIÓN EUROPEA

El derecho, creado por el ser humano y constituido *ad hoc* en su función, permite la convivencia humana, regulándola en su interior mediante los derechos humanos, definidos como bienes humanos, que garantizados por el derecho permiten la realización personal y reconocen la protección de la persona humana⁹⁵.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) puede definirse como la base del derecho internacional en materia de derechos humanos, ya que tiene por objeto garantizar el reconocimiento y la aplicación de los mismos, como se afirma en el artículo 1⁹⁶.

La Declaración fue aprobada y proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, tras las múltiples violaciones que se produjeron después de la Segunda Guerra Mundial, y motivada principalmente por el deseo común de situar a la persona humana en el centro de las instituciones.

Inmediatamente posterior e inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos es el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, elaborado en 1950 y nacido de la reunión celebrada en la Haya del 7 al 10 de mayo de

⁹⁵ CASTILLO CÓRDOVA, L., «Los Derechos Humanos: la persona como inicio y como fin del derecho», en *Foro Jurídico: revista de derecho* 7 (2007), pp. 27-40.

⁹⁶ Artículo 1 DUDH: "*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*".

1948, ratificado por todos los Estados miembros en el seno del Consejo de Europa⁹⁷.

La tutela europea de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales se ha acentuado con la globalización por la necesidad de defender a las personas a través de instrumentos normativos decididos por las modernas instituciones europeas, que han convertido el derecho a nivel internacional en un requisito esencial para la libre coexistencia de los seres humanos.

El proceso de integración europea se inició el 18 de abril de 1951 en París con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA), que entró definitivamente en vigor el 1 de enero de 1952 mediante el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) y el Tratado EURATOM, firmados en Roma el 25 de marzo de 1957, con vigencia en fecha de 1 de enero de 1958. Sin embargo, estos mismos Tratados han sido modificados a lo largo del tiempo por otros Tratados definidos de revisión, entre los que se encuentran: el Acta Única Europea de 1986, el Tratado de Maastricht de 1992, el Tratado de Ámsterdam de 1997, el Tratado de Niza de 2000, el Tratado de Lisboa de 2007.

Inicialmente, los primeros Tratados constitutivos de la Comunidad Europea eran exclusivamente de ámbito económico y no contenían disposiciones específicas relativas al tema de los derechos humanos; algunos autores se preguntaban sobre la motivación, considerando que era difícil poner al mismo tiempo normas de carácter puramente económico junto con los derechos fundamentales, que en aquel momento estaban vinculados a los derechos civiles y políticos, tanto de considerar

⁹⁷ MARSILI, M., «The protection of human rights and fundamental freedoms at the origins of the European integration process», en *Europea* 5.1 (2018), pp. 191-203.

que los derechos fundamentales constituían un límite para todo el poder público, así como para la Unión Europea⁹⁸.

Con el interés cada vez mayor de acercar la Comunidad a los derechos humanos, el Acta Única Europea de 1986, acuerdo que modificó los Tratados de Roma de 1957, además de interesarse por temas como la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales; en el Preámbulo⁹⁹ incluyó los derechos humanos, afirmando que los Estados miembros deberían:

“Promover conjuntamente la democracia, basándose en los derechos fundamentales reconocidos en las Constituciones y leyes de los Estados miembros y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en la Carta Social Europea, en particular la libertad, la igualdad y la justicia social” y, además, de “reafirmar los principios de la democracia y el respeto del derecho y de los derechos humanos”.

Es con el Tratado de Maastricht o también llamado Tratado de la Unión Europea (TUE) de 1992 que comenzaron a cambiar las temáticas abordados en la Unión Europea, en efecto, además de dedicar el interés a los temas económicos, al principio de subsidiariedad y a los procedimientos de codecisión del Parlamento Europeo, el Tratado de la UE fue también el defensor del nacimiento del concepto de ciudadanía europea.

En Maastricht se empieza a vislumbrar seguramente un derecho europeo “materialmente” constitucional, pero al mismo tiempo en evolución

⁹⁸ QUINTERO, R.M., «Los derechos humanos en la Unión Europea. En especial, el problema de la adhesión de la Unión al Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista europea de derechos fundamentales* 28 (2016), pp. 49-71; pp. 49-51.

⁹⁹ Acta Única Europea- EUR- Lex –Europa, en https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a519205f-924a-4978-96a2-b9af8a598b85.0005.02/DOC_1&format=PDF (Consultado 09.09.2020).

y también en conflicto con los sistemas de los Estados que se habían adherido a él, dado que estos últimos estaban orientados inicialmente por un sistema clásico que se desarrollaba especialmente en los niveles económicos y no en los derechos de la persona. En las “Disposiciones comunes” del artículo F.2 del Título I se trata el tema de los Derechos Fundamentales: *“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantiza en el Convenio Europeo para la protección de Derechos Humanos... y tal como resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, como principios generales del derecho comunitario¹⁰⁰”*.

Posteriormente, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), también denominada Carta de Niza, que garantizaba la protección de los derechos fundamentales en las Comunidades Europeas, proclamada el 7 de diciembre de 2000 en Niza y, por consiguiente, el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, adquirió definitivamente valor jurídico para los Estados pertenecientes a la Unión Europea, que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa el 1 de diciembre de 2009, tendrá la misma validez que los Tratados de la Unión sobre la base del artículo 6¹⁰¹ del Tratado de Maastricht (TUE).

¹⁰⁰ ALLUÉ BUIZA, A., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: un proceso complejo de difícil resolución», en *Revista de Derecho de la Unión Europea* 29 (2015), pp. 33-54; pp.33-35.

¹⁰¹ Artículo 6 (Antiguo artículo 6 TUE): *“1. La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.*

Las disposiciones de la Carta no ampliarán en modo alguno las competencias de la Unión tal como se definen en los Tratados.

Los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta se interpretarán con arreglo a las disposiciones generales del título VII de la Carta por las que se rige su interpretación y aplicación y teniendo debidamente en cuenta las explicaciones a que se hace referencia en la Carta, que indican las fuentes de dichas disposiciones.

Con la adopción de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE), por una parte, se prestó especial atención a la persona humana en el ordenamiento jurídico europeo y, por otra, se dio lugar a un proceso de amplia reforma y de cambio constitucional de la UE, puesto que el objetivo era poner de relieve todo el trabajo realizado por la Unión en materia de derechos humanos, proyectado a la unión entre los pueblos europeos¹⁰².

En el preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) se sitúa la persona en el centro de su acción a través de los valores de la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad, que caracterizan el fundamento de la Unión, a fin de establecer la ciudadanía de la Unión y un espacio de libertad, seguridad y justicia.

El Tratado de Lisboa o incluso llamado de reforma, definido así porque aportó una serie de modificaciones, como hemos señalado anteriormente, influyó positivamente en el proceso de integración europea.

La importancia de este Tratado reside precisamente en la consolidación del principio democrático que rige en todos los Estados que han participado en él y en la protección de los derechos fundamentales, pero también de la dimensión económica, mediante la creación de un mercado común, y la libre circulación de capitales, servicios y personas.

Las normativas integradas en la Unión, han sido necesarias porque la globalización, ha favorecido los movimientos migratorios de un País a

2. *La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Esta adhesión no modificará las competencias de la Unión que se definen en los Tratados.*

3. *Los derechos fundamentales que garantiza el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y los que son fruto de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros formarán parte del Derecho de la Unión como principios generales”.*

¹⁰² CARTABIA, M., «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», en *Enciclopedia italiana*, 2018, p.87.

otro, movimientos relacionados con el trabajo, el estudio, la familia o incluso la búsqueda de nuevos estilos de vida, un fenómeno muy frecuente relacionado también con otras situaciones como la extrema pobreza y la absoluta falta de perspectivas o regímenes políticos totalitarios que han obligado a millones de personas a huir de sus países de origen para llegar a Europa, como punto de acogida y tutela.

Lo que está claro en la actualidad es que la integración europea ha dado paso a una visión universalista, distinta de los orígenes de las Comunidades Europeas que, con objetivos incompletos, ponían la tutela directa de la persona según principios simplistas y no apoyados por declaraciones de derecho fundamentales de la Unión Europea¹⁰³.

A pesar de las distintas críticas, la Unión ha garantizado setenta años de paz. Las problemáticas han permitido la evolución y la innovación de la propia Europa; por otra parte, son precisamente los cambios y la continua evolución que ha determinado la colaboración entre las personas, ya sean europeas o migrantes, que huyen de guerras civiles eligiendo Europa como garantía de un futuro mejor para crear una familia, pero también europeos que se desplazan constantemente en busca de estudio, trabajo o nuevas oportunidades, ya que son limitadas en su país de origen. Europa necesita movimientos migratorios, porque son los mismos que la convierten en un espacio de oportunidades e intercambio de conocimientos mutuos que favorecen la evolución y la integración cultural¹⁰⁴.

¹⁰³ DE LUQUE, L.A., «Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea», en *Cuadernos de derecho público* 18 (2003), pp. 173-190.

¹⁰⁴ PASQUINO, G., «L'Unione Europea e le persone», en *Enciclopedia italiana* (2018), pp. 233-234.

Recordando las palabras del Santo Padre Papa Francisco a los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea con ocasión del 60º aniversario de la firma del Tratado de Roma:

“Los Padres fundadores nos recuerdan que Europa no es un conjunto de normas que cumplir, o un manual de protocolos y procedimientos que seguir. Es una vida, una manera de concebir al hombre a partir de su dignidad trascendente e inalienable y no sólo como un conjunto de derechos que hay que defender o de pretensiones que reclamar. El origen de la idea de Europa es «la figura y la responsabilidad de la persona humana con su fermento de fraternidad evangélica, [...] con su deseo de verdad y de justicia que se ha aquilatado a través de una experiencia milenaria¹⁰⁵”.

4.8 LA CIUDADANÍA EN LA UNIÓN EUROPEA

Sólo en 1868, en los Estados Unidos de América, con la aprobación de la XIV Enmienda, se aprobó la ciudadanía federal; hasta entonces, la tesis predominante era que la ciudadanía federal sólo se adquiriera en virtud de la ciudadanía estatal. La XIV Enmienda fue uno de los resultados de la Guerra de Secesión¹⁰⁶, pero no del desarrollo del comercio interestatal.

En la Unión Europea, el Tribunal de Justicia y el legislador comunitario construyeron una dimensión transnacional de la ciudadanía en las décadas anteriores a Maastricht. En una época en la que el proceso de integración estaba orientado a la creación y evolución de un mercado abierto y, a continuación, único, se refuerza cada vez más esta idea de

¹⁰⁵ Discurso del Santo Padre Francisco a los Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Europea presentes en Italia para la celebración del 60 aniversario del Tratado De Roma. [http://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/march/documents/papa-francesco_20170324_capi-unione-europea.html].

¹⁰⁶ Cf. SCHERENK, «Cittadinanza ed immigrazione», en *Studi sul federalismo*, ed. BOWIE, R., FRIEDRICH, C.J., trad. it., Milano 1959, pp. 772 ss.

ciudadanía, que luego, con la aprobación de la segunda parte del Tratado CE se consolida aún más a nivel jurisprudencial y normativo.

La dimensión supranacional, además de la elección por sufragio universal del Parlamento Europeo de 1976, encontrará su primera expresión solo en el Tratado de Ámsterdam firmado el 2 de octubre de 1997, y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en la Conferencia de Niza celebrada el 7 de diciembre de 2000.

En la segunda parte del Tratado CE, el tema más destacado es la libertad de circulación y residencia, que corresponde a la afirmación de la dimensión transnacional de la ciudadanía¹⁰⁷.

En su forma actual, el derecho de ciudadanía se manifiesta plenamente solo después de la Segunda Guerra Mundial y, gracias a la ampliación de los derechos de los ciudadanos, es promovido en el Plan Marshall de 1949 y en el proceso de descolonización.

En el Tratado firmado a Roma de 25 de marzo de 1957¹⁰⁸, por el que se instituía la primera forma de una Comunidad Europea con la firma de seis Estados, figuran seis artículos (17-22) que consagran la libertad de circulación de las personas, definiéndolas una de las cuatro libertades institutoras del Mercado Común. Aunque esta libertad sólo se reconoció gradualmente, en virtud del Tratado de Roma, los ciudadanos de los seis Estados signatarios gozaban de los mismos derechos de pertenencia.

Según el art. 17. 1. "Se instituye una ciudadanía de la Unión. Es ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.", 2. "Los ciudadanos de la Unión

¹⁰⁷ Cf. MATTERA, «"Civis europaeus sum". La libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e la diretta applicabilità dell'articolo 18 (ex articolo 8A) del trattato CE», en *il Diritto dell'Unione Europea* (1999), pp. 431 ss.

¹⁰⁸ C. PINELLI, «voz Cittadinanza europea», en *Enc. dir., Ann. I*, Milano 2013, pp. 181 ss., spec. p. 182.

gozan de los derechos y están sujetos a los deberes previstos en el presente Tratado”.

La clave de lectura de estos artículos podría significar que las personas que pertenezcan a un determinado Estado miembro de la Unión Europea tengan dos vínculos políticos, tanto con su propio Estado miembro como con la Unión Europea¹⁰⁹.

Los cuatro artículos siguientes otorgan al ciudadano europeo los derechos de libre circulación y residencia (art. 18), de voto y de elegibilidad en las elecciones municipales y del Parlamento Europeo, dirigirse al Mediador y ponerse en contacto con las instituciones comunitarias en su propia lengua (art. 21).

Por último, el artículo 22 confía a la Comisión Europea la tarea de presentar cada tres años a las demás instituciones comunitarias un informe sobre la aplicación de las disposiciones anteriores, previendo que sobre esta base el Consejo de la Unión pueda adoptar por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, “disposiciones destinadas a completar los derechos previstos en la presente parte, cuya adopción recomendará a los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales”.

Este tipo de realidad ya se ha consolidado en el Tratado de Maastricht (firmado el 7 de febrero de 1992 por los representantes de los 12 miembros sobre la base del acuerdo alcanzado en el Consejo Europeo de los días 9 y 10 de diciembre de 1991). El Tratado de Maastricht prevé el derecho de todos los ciudadanos de la Unión Europea a adquirir la ciudadanía dual, es decir, la nacional y la de la Unión Europea común a todos los Estados miembros. Esta posibilidad se enfrenta aún a

¹⁰⁹ CRUZ, L.A., «Ciudadanía de la Unión y nacionalidad. La incidencia del derecho de la unión en las competencias sobre la nacionalidad de los estados miembros», en *Revista de Estudios Europeos* 71 (2018), pp. 171-188.

dificultades de aplicación debido a la persistencia de la idea de ciudadanía vinculada a las leyes y tradiciones de cada pueblo y a los complejos problemas que plantea la fuerte inmigración de sujetos extracomunitarios.

Con el Tratado de Maastricht de 1992 se creó un nuevo *status* jurídico, del que es titular toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro de la Unión: la ciudadanía de la Unión Europea.

La ciudadanía de la Unión implica la posesión de derechos específicos, generalmente ejercitables frente a los Estados miembros; algunos están destinados a personas físicas o jurídicas, que tienen su domicilio social o su domicilio social en un Estado miembro, así como a los ciudadanos. El individuo en el seno de la misma Unión emerge como sujeto económicamente activo; pero no sólo eso, sino que se presenta también como sujeto político, elemento fundamental del proceso de integración europea.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹¹⁰ (TJUE) afirma que los derechos inherentes a la ciudadanía de la Unión sólo se ejercen en situaciones que no pertenecen totalmente a un Estado miembro: éste es el límite de la competencia de la Unión Europea con respecto a los Estados miembros. En efecto, la Unión puede interferir exclusivamente en relación con las competencias conferidas por los Estados miembros a los Tratados; esto se aplica a menudo sólo a situaciones “transnacionales”, que ponen en relación al menos a dos Estados miembros, principalmente en materia de las cuatro libertades en las que se concreta la definición de mercado

¹¹⁰ El Tribunal de Justicia en la sentencia *García Avello*, (2 de octubre 2003, asunto C-148/02) ha declarado: “La ciudadanía de la Unión, sancionada por el artículo CE [hoy art. 20 TFUE], no tiene, sin embargo, por objeto ampliar el ámbito de aplicación *ratione materiae* del Tratado a situaciones nacionales que no tengan relación alguna con el derecho comunitario [actualmente de la Unión]. Sin embargo, subsiste una similar conexión con el derecho comunitario en el caso de personas [...] que son ciudadanos de un Estado miembro y que residen legalmente en el territorio de otro Estado miembro”.; Sobre el punto: VILLANI, V., en *Istituzioni di Diritto dell’Unione europea*, 2014, p. 109.

interior: libre circulación de personas, libre circulación de servicios, libre circulación de mercancías y libre circulación de capitales; además, se ha incluido en el derecho y en las competencias de la Unión, en las normas relativas a la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión, la materia relativa al apellido de las personas.

El primer derecho fundamental del que es titular todo ciudadano de la Unión es el de libre circulación y residencia en el territorio de los Estados miembros, tal como se establece en el artículo 21 del TFUE. El mismo derecho se concedía exclusivamente a las personas económicamente activas, es decir, a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia. Con el artículo 21¹¹¹ del TFUE se modifica la perspectiva del derecho de circulación y residencia, que se une a un fundamento político, como es el *status* de ciudadano europeo. Siempre en el artículo 21, par. 2 también contempla una posibilidad adicional al establecer que el Parlamento Europeo y el Consejo adopten disposiciones que faciliten su ejercicio mediante el procedimiento legislativo ordinario¹¹², es decir, mediante el procedimiento de codecisión.

¹¹¹ Artículo 21 TFUE (antiguo artículo 18 TCE): "1. *Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.* 2. *Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1.* 3. *A los efectos contemplados en el apartado 1, y salvo que los Tratados establezcan poderes de actuación para ello, el Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre seguridad social protección social. El consejo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo.*

¹¹² Consiste en adoptar conjuntamente un reglamento, una directiva o una decisión del Parlamento Europeo y del Consejo a propuesta de la Comisión; está regulada por el artículo 294 TFUE. Este procedimiento, denominado también de codecisión, se había contemplado anteriormente en el proyecto de Tratado (c.d. Tratado Spinelli: Cap. I, apartado 8) por el que se instituye la Unión Europea, adoptado el 14 de febrero 1984 por el Parlamento Europeo; Ha sido introducida por el Tratado de Maastricht de 1992 y modificada y ampliada varias veces. La codecisión es una potestad legislativa paritaria

La Directiva de 29 de abril de 2004 confirma que los Estados miembros pueden restringir la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o de un miembro de su familia mediante la adopción de medidas de expulsión por razones de orden público, seguridad pública o sanidad pública.

En el artículo 22 del TFUE se contempla el derecho de electorado activo y pasivo, característico del *status* de ciudadano.

Así pues, el derecho de electorado activo y pasivo, se concede a todo ciudadano europeo que resida en un País en el que se celebren elecciones municipales. Este derecho se consagra en la Directiva 94/80/CE, de 19 de diciembre de 1994, adoptada por el Consejo. Permite a los Estados reservar a sus ciudadanos la elegibilidad como jefe del Órgano Ejecutivo.

Tal como se declara expresamente en la Directiva 94/80/CE, el electorado administrativo se sitúa a través de la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, y está explícitamente expuesto en el artículo 18 del TFUE, que también está relacionado con el derecho de libre circulación y residencia.

En el artículo 22, apartado 2, del TFUE, el requisito de nacionalidad con respecto al derecho de electorado en el Estado en el que se ejerce se observa independientemente, ya que en el Parlamento¹¹³ se acentúa el

entre Parlamento Europeo y Consejo, que caracteriza el principio de democracia expresado en el artículo 10 del TUE (Cap. II, ap. 4.).

¹¹³ El Parlamento Europeo, de conformidad con el art. 14 ap. 4, del TUE, elige de entre sus miembros al Presidente y la Oficina de Presidencia. Elige, además, catorce vicepresidentes y cinco cuestores. Su mandato dura dos años y medio. El Presidente, los Vicepresidentes y, a título consultivo, los Cuestores componen la oficina de Presidencia. En el reglamento interno se regulan sus competencias. Otros órganos del Parlamento son la Conferencia de Presidentes, compuesta por el Presidente del Parlamento y los presidentes de los grupos políticos, y la Conferencia de Presidentes de Comisión, compuesta por los presidentes de todas las comisiones permanentes y especiales. Al mismo tiempo, el Parlamento Europeo también está compuesto por comisiones de

carácter unitario representativo de los ciudadanos de los Estados miembros.

La ciudadanía de la Unión a nivel externo puede observarse en el artículo 23¹¹⁴ del TFUE. Este artículo reconoce la institución de la representación internacional según la cual un Estado asiste los ciudadanos pertenecientes a otro Estado en nombre de este último. Este artículo trata, en particular, de la ayuda y asistencia prestada por las autoridades consulares y diplomáticas a sus propios nacionales que residen en otro Estado. Un Estado miembro garantiza y concede tutela en cualquier representación consular o diplomática cuando el ciudadano de la Unión se encuentre en un Estado tercero en el que no esté presente la representación permanente accesible, ni cónsules honorarios accesibles y que sean competencia de su Estado. Entre los casos de tutela se encuentran el deceso, la enfermedad grave, el accidente o la detención,

carácter permanente o especial elegidas también por un período de dos años y medio y tienen competencia por materia; tienen tareas preparatorias, de instructores y consultivas sobre los asuntos en los cuales el Parlamento deba pronunciarse mediante resoluciones, dictámenes y recomendaciones. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) también prevé la posibilidad de crear comisiones temporales de investigación. Las modalidades se establecen en un Acuerdo interinstitucional contenido en la Decisión 95/167/CE, Euratom, CEEA del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión, de 19 de abril de 1995, que también constituye el anexo IX del Reglamento al Parlamento. La investigación tiene por objeto casos de violación del derecho de la Unión o incluso de mala administración. La comisión de investigación concluye su actividad con la entrega de su informe al Parlamento Europeo, que podrá adoptar las iniciativas que considere necesarias, tanto respecto de los Estados miembros, como de otras instituciones u organismos europeos.

¹¹⁴ Artículo 23 (antiguo artículo 20 TCE): "1. *Todo ciudadano de la Unión podrá acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sea nacional, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado. Los Estados miembros tomarán las disposiciones necesarias y entablarán las negociaciones internacionales requeridas para garantizar dicha protección.* 2. *El Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial y previa Consulta al Parlamento Europeo, directivas en las que se establezcan las medidas de coordinación y de cooperación necesarias para facilitar dicha protección*".

ser víctima de actos violentos, la ayuda y la repatriación en situaciones difíciles.

Las facilidades previstas por el Tratado de Maastricht para los ciudadanos de la UE se han visto reforzadas por la adopción en 2000 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En efecto, el artículo 8.1 establece que es ciudadano de la Unión toda persona que tenga la nacionalidad de un Estado miembro para completar los derechos previstos por la ciudadanía nacional. Esta condición se confirma en el Tratado de Lisboa del 13 de diciembre de 2007¹¹⁵.

El capítulo V de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, titulado “Ciudadanía”, reproduce en gran parte el texto de la segunda parte del Tratado CE, excluyendo el “Derecho a una buena administración”, que figura en el artículo 41, y el “Derecho de acceso a los documentos”, en el artículo 42.

En los demás capítulos de la Carta, *in primis*, en el Preámbulo, están presentes derechos ya reconocidos, por ejemplo, por las tradiciones constitucionales comunes, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y por las Cartas Sociales Europeas, por la jurisprudencia de los Tribunales Europeos, además de los Tratados europeos.

El Capítulo I se dedica a la “Dignidad”.

En el preámbulo se afirma que la Unión se basa en valores “universales e indivisibles”, que corresponden al título de cada capítulo, por lo que los derechos reconocidos en ellos se consideran “indivisibles”. Este principio de indivisibilidad consiste en abandonar la visión economicista de las libertades, ya superada en parte por la jurisprudencia

¹¹⁵ El Tratado de Lisboa fue ratificado por Italia mediante la Ley de 2 de agosto de 2008, n.130, que hace hincapié en el artículo 9 del TUE sobre el respeto del principio de igualdad y en el artículo 20 del TFUE sobre el derecho de ciudadanía. Además, el Tratado de Lisboa modificó el Tratado de Ámsterdam de 1997, que entró en vigor en 1999 con la firma de 15 Estados miembros.

del Tribunal de Justicia, confirmada en las disposiciones sobre los derechos sociales, garantizados en algunos aspectos más que en las Constituciones nacionales¹¹⁶.

El preámbulo del Tratado Constitucional se dirige a los sujetos que componen una colectividad, ayudándoles a interpretar los enunciados constitucionales, a captar una verdad más profunda.

Eran pueblos que habían salido de una guerra mundial nacida en su continente y que, gracias a la promesa de recíproca integración, habían vuelto a esperar un futuro pacífico.

El preámbulo del Tratado habla de una “Europa unificada tras experiencias amargas” y de pueblos “decididos a superar las antiguas divisiones”.

En el *Cuarto Informe de la Comisión sobre la ciudadanía de la Unión*¹¹⁷, presentado de conformidad con el art. 22 Tratado CE, el Parlamento Europeo desea que el debate sobre el futuro de la Unión se reanude precisamente mediante una medida concreta y significativa, como la de la ciudadanía, como símbolo de la voluntad de valorizar la existencia de una comunidad política y territorial. De este modo, se refuerza la confianza entre la Unión y sus pueblos, teniendo en cuenta el elevado número de ciudadanos, de Estados miembros o de terceros Países, residentes en el territorio de la Unión pero fuera de su País de origen, que no tengan derecho de voto en las elecciones al Parlamento Europeo. Según el Informe, el objetivo último del proceso dinámico, que hará de la Unión una auténtica comunidad política, debería ser el “reconocimiento de la ciudadanía de la Unión en función de su residencia”.

¹¹⁶ Lo ha demostrado FERRAJOLI, «Dalla Carta dei diritti alla formazione di una sfera pubblica europea», en *Sfera pubblica e Costituzione europea* (Fondazione Basso-Issoco), Roma 2002, pp. 91 ss.

¹¹⁷ Parlamento Europeo, 15 de diciembre 2005, A6-0411/2005.

La idea de atribuir la ciudadanía europea a las personas que residen en el territorio de la Unión siempre se ha asociado a una fuerte aceleración del proceso de integración. Presupone que, como ya recomendaba la Resolución del Parlamento Europeo de 1991, la Unión denomina directamente las modalidades de adquisición y pérdida de la ciudadanía europea, pero que esta última sea basada en un criterio de inclusión alternativo a los vigentes en cada uno de los Estados.

En el Tratado Constitucional, las modalidades de adquisición del *status* de ciudadano europeo conservan el carácter derivado de las disciplinas nacionales que refleja a su vez la competencia de un componente intergubernamental en la estructura de la Unión, que no parece superable en el tiempo deseado por el Parlamento Europeo.

Unos meses después, la Comisión elaboró un documento sobre la ciudadanía europea. La Comisión considera que puede colmar la distancia declarada de la Unión con respecto a los ciudadanos reforzando la capacidad de respuesta de las instituciones a sus necesidades. A continuación, las reformas solicitadas o previstas se presentan como respuestas a las solicitudes de prestación.

De los documentos del Parlamento Europeo y de la Comisión se desprende un malestar común y, además, es evidente el retorno de las instituciones de las que proceden a los papeles que desempeñaron en la fase anterior del debate sobre el Tratado Constitucional.

La introducción de la ciudadanía de la Unión¹¹⁸ es el resultado de una propuesta del Gobierno español, presentada en el marco de la Conferencia Intergubernamental sobre la Unión Política¹¹⁹; tal propuesta se hizo mucho antes del inicio de los trabajos preparatorios del Tratado de

¹¹⁸ M. CARTABIA, M., «voz *Cittadinanza europea*», en *Enc. giur.*, VI, Roma 1995, pp. 1 ss.

¹¹⁹ *Agence Europe*, 2 ottobre 1990, n. 1653.

la Unión Europea, derivada de un largo debate que ha sentado las bases de varios proyectos.

El primero de ellos, debido a una iniciativa italiana en el marco de la Cumbre Europea de París de 1972, no condujo inmediatamente a resultados concretos, sino que se reanudó posteriormente durante la Cumbre de París de 1974; condujo a los Jefes de Gobierno a afirmar, en el comunicado final, la necesidad de crear dos grupos de trabajo: el primero, encargado de estudiar la realización de una unión de pasaportes y, previamente, la introducción de un pasaporte uniforme (la realización más concreta de estos proyectos fue el pasaporte europeo introducido por dos resoluciones de los representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de las Comunidades Europeas reunidos en el seno del Consejo, la primera de 23 de junio de 1981¹²⁰, la segunda del 30 de junio 1982¹²¹. El segundo grupo de trabajo se creó para que formulara una propuesta de reconocimiento de "derechos especiales" para los ciudadanos europeos, es decir, "derechos que los Estados miembros deben reconocer a los extranjeros de otro Estado miembro de la Comunidad".

El concepto de ciudadanía se ha ido desarrollando a lo largo del tiempo, sobre todo gracias al principio universalista: en un primer momento las relaciones entre Estados se basaban exclusivamente en la reciprocidad del reconocimiento de sus respectivas disposiciones, con la convicción de que cada Estado podía representar a todos sus ciudadanos. Después de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹²², toda

¹²⁰ en *G. U. C. E.*, 19 septiembre 1981, C 241, p. 1 ss.

¹²¹ en *G. U. C. E.*, 16 julio 1982¹²¹, C 179, p. 1 ss.

¹²² Las normas en materia de ciudadanía resultan de tratados celebrados por Italia con cada uno de los Estados; algunos de ellos, como el Tratado de Paz de 10 de septiembre de 1919 o el Tratado de París de 10 de febrero de 1947 o el Tratado de Osimo de 10 de noviembre de 1975, regulan problemas de opción de ciudadanía al tratarse de acuerdos relativos a cesiones o transferencias de territorios.

persona tiene derecho a entrar en relación con un Estado, para hacer valer sus derechos.

El Tratado de Lima de 18 de octubre de 1890 todavía tiene por objeto evitar la doble ciudadanía a través del instituto de la opción, mientras que con el intercambio de notas del 16-18 de noviembre de 1948 y 23 de mayo - 28 de junio de 1949 en San José, han sido puestos en vigor una serie de acuerdos entre Italia y Costa Rica relativos a cuestiones de nacionalidad, asistencia judicial, extradición, arbitraje e intercambio recíproco de documentos de estado civil.

El Tratado estipulado por la Santa Sede con Italia el 11 de febrero de 1929, entre otras normas, ha reglamentado la ciudadanía vaticana atribuyéndola a todas las personas que allí residen. Al mismo tiempo, ha dejado a los mismos sujetos la posibilidad de adquirir la ciudadanía italiana, supeditándola a dos hipótesis: a) la pérdida de la ciudadanía vaticana; b) la ausencia de cualquier otra ciudadanía.

El Acuerdo italiano-argentino celebrado en Buenos Aires el 29 de octubre de 1971 (Ley de 18 mayo 1973, n. 282), con el que se da la posibilidad a los ciudadanos italianos y argentinos por *nacimiento* de adquirir sus respectivas ciudadanía, conservando su anterior ciudadanía con suspensión del ejercicio de los derechos inherentes a ésta (Art. 1, Acuerdo italo-argentino, cit.). Este acuerdo derogaba a las leyes sobre la ciudadanía de los respectivos Estados. En particular, por lo que se refiere a Italia, contravenía el principio de prohibición de la doble ciudadanía, ya que creaba la figura del *ciudadano suspendido del ejercicio de los derechos* (y de los deberes).

En realidad, el Acuerdo italo-argentino de 1971 permite la conservación de la ciudadanía para quienes, por motivos de trabajo o de otro tipo, habían trasladado su residencia al otro Estado. La prohibición de la doble ciudadanía se ha superado con la introducción en el Código Civil italiano del art. 143 *ter* c.c. (art. 25 ley 19 mayo 1975, n. 151, prevé que la esposa conserva la ciudadanía italiana, salvo su renuncia expresa, aunque por efecto del matrimonio o del cambio de ciudadanía por parte del marido asume una ciudadanía extranjera). y con la sentencia del Tribunal Constitucional n. 30 de 1983, que había declarado la ilegalidad del art. 1, nn. 1 y 2 (y del art. 2, II co) l. n. 555 del 1912 en relación con los artículos. 3 y 29 Cost italian. Esta sentencia modificó en parte la anterior normativa, que, por un lado, hacía prevalecer la ciudadanía paterna sobre la materna, aunque esta última hubiera sido establecida antes (art. 1, n. 1); por otro lado, sólo tuvo en cuenta la ciudadanía materna en los supuestos de carácter residual (art. 1, n. 2); en la misma sentencia, el Tribunal también declaró la ilegitimidad del artículo. 2, n. 2, de la misma Ley, en la medida en que esta disposición, en el supuesto de reconocimiento o de declaración judicial de los hijos menores no emancipados, hacía prevalecer la ciudadanía paterna sobre la materna, incluso si la primera ciudadanía había sido reconocida o declarada posteriormente de la segunda. Al respecto, véase , C. ROMANELLI GRIMALDI, «voz *Cittadinanza*», cit., p. 6 ss. Según parte de la doctrina, “la falta de opción prevista en el párrafo II del art 5 ley. n. 123 de 1983 no implica la privación de la ciudadanía italiana y el desconocimiento por parte del Estado italiano de su ciudadanía extranjera; (...) ni una posible opción en favor de la ciudadanía italiana por sí sola, podría producir efectos en relación del ordenamiento extranjero, privando al optante de la otra ciudadanía”: SINAGRA, A., «La sentenza n. 30 del 1983 della Corte costituzionale e la legge 21 aprile 1983 recante disposizioni in materia di cittadinanza», en *Giur. cost.* (1983), pp. 584 ss.

En la segunda mitad del siglo XX, en las Cartas internacionales se codifica el derecho a la ciudadanía, que figura entre las normas de protección de los derechos humanos. Sin embargo, el reconocimiento de este derecho humano, que a la vez suscita un interés considerable y que encuentra su primer punto de contacto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se considera en el CEDH un dominio reservado exclusivamente a los distintos Estados.

En 1988, un comité de expertos profundizó la cuestión y examinó la posibilidad de incluir este derecho en la Convención Europea mediante un protocolo adicional. Cada uno de los Estados se opuso a esta propuesta, deseando mantener plena autonomía a este respecto y considerando que, ante posibles litigios sobre la adquisición de la ciudadanía, el Tribunal de Estrasburgo no habría sido competente. El propio Tribunal de Estrasburgo puede intervenir, de conformidad con el artículo 3 del Protocolo n. 4, en lo que se refiere a la prohibición de expulsión individual o colectiva del Estado del que es ciudadanos y a la prohibición de impedir la entrada de los ciudadanos en su ordenamiento. El Tribunal de Estrasburgo ha establecido que el *status* de ciudadano se determina sobre la base del derecho interno de los distintos Estados, precisamente porque en el CEDH no existe una disposición análoga a la prevista en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En consecuencia, cada Estado ha aprobado su propia legislación sobre la ciudadanía.

Las similitudes y las diferencias que existen en materia entre los distintos Países, incluidas las más limitadas convergencias, se deben principalmente a motivaciones de orden histórico, a las que se añaden los desplazamientos de los límites territoriales, los movimientos de las poblaciones, el incremento de las inmigraciones con problemas de seguridad y la crisis económica todavía en curso en el siglo XXI.

4.9 LA CIUDADANÍA EN LA LEGISLACIÓN ITALIANA

En el marco normativo italiano, la legislación ordinaria en materia de ciudadanía¹²³ se enfrenta a los preceptos constitucionales y a los parámetros europeos diferentes de Estado a Estado y a veces convergentes.

En el ordenamiento jurídico italiano, el concepto de ciudadanía varía según el objeto propio de las normas jurídicas que lo definen.

Existen normas que tengan por objeto la adquisición, pérdida y posible readquisición del *status* de ciudadano italiano; normas jurídicas en las cuales la ciudadanía del sujeto sólo es relevante como un elemento del caso concreto o como condición para que el sujeto goce de determinados derechos subjetivos o imponiendo a la persona determinadas obligaciones jurídicas¹²⁴.

En la doctrina se discute el problema de la naturaleza jurídica, de la ciudadanía: si la misma debe ser configurada como *relación jurídica* o como *status*¹²⁵.

Según la primera tesis, se habla de una concepción metajurídica considerando al Estado en una posición de supremacía con respecto al individuo, deteniéndose en el vínculo existente entre las personas físicas

¹²³ Ley 5 de febrero de 1992, n. 91 “*Nuove norme sulla cittadinanza*” (c.d Legge Martinelli), en G.U, n. 38 del 15 de febrero 1992 y entrada en vigor el 15 de agosto de 1992, así como el Decreto legislativo 25 de julio de 1998, n. 286, “*Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*”, en G.U. n. 191, 18 de agosto de 1998 – Suppl. Ord. N 139 emanado en fuerza del artículo 47, párrafo 1, de la Ley 6 de marzo de 1998, n. 40, de delega al Gobierno (a partir de ahora *Testo Unico sulla immigrazione*, o también T.U n. 286 de 1998).

¹²⁴ CICU, A., «Il concetto di “status”», en *Studi giuridici in onore di Simoncelli*, Napoli 1917, pp. 5 ss., al estudio jurídico de la persona física.

¹²⁵ BISCOTTINI, G., «Cittadinanza», en *Enc. dir.*, VII, Milano 1960, pp. 140 ss.

que pertenecen a una determinada comunidad política, y la soberanía del Estado.

Los partidarios de la segunda tesis¹²⁶ analizaron el conjunto de los derechos y obligaciones de la persona.

Estas tesis no logran encuadrar globalmente la institución de la ciudadanía, porque en la primera falta la relación entre los individuos, centrándose exclusivamente en la relación entre el sujeto y el Estado, a diferencia de la segunda tesis: ésta responde al significado de ciudadanía, porque la califica como punto de encuentro de un conjunto de relaciones jurídicas, pero en realidad lo que destaca en la ciudadanía es la tutela concedida por el Estado al *status* de ciudadano, considerado en una posición autónoma con respecto a los derechos y obligaciones que forman parte de la misma, y no la suma de los derechos y obligaciones que corresponden a la persona¹²⁷.

En la segunda tesis el concepto de *status* puede asignar un útil punto de encuentro entre las varias teorías.

Algunos autores¹²⁸ la definen como una cualidad jurídica, para los cuales el concepto de calidad o de posición jurídica subjetiva indica algunas circunstancias necesarias para que el individuo se convierta en elemento subjetivo de un determinado caso abstracto y, por lo tanto, para someterse a las normas pertinentes. Entendida en estos términos, la personalidad constituye una especie de relación fundamental¹²⁹ más amplia que el mismo *status*.

¹²⁶ Para la doctrina italiana v. para todos RANELLETTI, O., *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova 1937, p. 10 e ROMANO, S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1932, p. 152.

¹²⁷ NICOLÒ, R., *Istituzioni di diritto privato, I. Dispense integrative ad uso degli studenti*, Milano 1962, pp. 66 ss.

¹²⁸ BARILE, P., *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953, *passim*.

¹²⁹ SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1974, p. 50.

El ordenamiento jurídico confiere o retira la ciudadanía a determinadas personas con el fin de precisar la esfera social a la que la autoridad del Estado invoca, tanto en su propio Estado como con respecto a los Estados extranjeros mediante el ejercicio de la protección diplomática.

La ciudadanía es también un elemento de la circunstancia, es decir, un requisito que se tiene en cuenta en otras normas jurídicas distintas de las que regulan la adquisición, la pérdida y la posible readquisición de la ciudadanía, con el fin de poder vincular al mismo el nacimiento de derechos subjetivos y de obligaciones jurídicas que no correspondan a las personas desprovistas de la ciudadanía italiana.

La única referencia a la ciudadanía que figura en la Carta Constitucional italiana, es situada en el artículo 22. Las normas relativas a la adquisición, pérdida y posible readquisición del *status* de ciudadano italiano son las incluidas en la primera parte de la Carta Constitucional (art. 13-54), denominada “Derechos y obligaciones de los ciudadanos”.

Las especificaciones *todos*¹³⁰ y *cada*¹³¹, que preceden la Carta Constitucional italiana la expresión *ciudadano*, en plural, indican la existencia en el ordenamiento italiano actual de una única ciudadanía, a diferencia de lo que ocurría en el antiguo ordenamiento en el que coexistían varias formas de ciudadanía sobre la base del principio de territorialidad de los individuos¹³², bien por la ampliación de los derechos y obligaciones relacionadas a la *pequeña* y *grande* ciudadanía.

La falta de normas en el texto constitucional, relativas a la adquisición, la pérdida, la readquisición de la ciudadanía, hace que ésta

¹³⁰ Art. 3 Constitución italiana y título IV: *Rapporti politici*.

¹³¹ Art. 16 Constitución italiana.

¹³² Ciudadanos italianos metropolitanos, ciudadano italiano en Libia, etc.

siga estando regulada por la Ley n. 555¹³³, de 13 de junio de 1912, y sucesivas modificaciones, así como por el Real Decreto de 2 de agosto de 1912, n. 949¹³⁴ y, por último, por la Ley de 5 febrero de 1992, n. 91 (*Legge Martelli*), y por el Texto Único en materia de inmigración (Decreto Legislativo 25 de julio de 1998, n. 286).

La Ley n. 431, de 5 de junio de 1967, prevé el caso de la atribución automática al menor de nacionalidad extranjera legitimado por adopción de sujetos de ciudadanía italiana, norma de fundamental importancia porque colma una laguna en materia de ciudadanía.

¹³³ La Ley en cuestión fue modificada por primera vez por la Ley n. 108, de 31 de enero de 1926 [Art. 8, consagra la pérdida de la ciudadanía en la hipótesis de que la persona cometa "o participe en la comisión en el extranjero de un hecho, destinado a perturbar el orden público del Estado, o del que pueda derivarse daño a los intereses italianos o disminución del buen nombre o del prestigio de Italia, aunque el hecho no constituya un crimen". Esta disposición parece estar en contradicción con la Constitución y, en particular, con el art. 22 para el cual "nadie puede ser privado de su nacionalidad por motivos políticos (...) de la ciudadanía"]. [Véase. Para todos, GUARINO, G., ELIA, L., *Codice costituzionale della Repubblica italiana*, Milano 1974, §35, nt. 1. El objetivo del mencionado artículo es la *tutela* de los sujetos titulares del derecho de ciudadanía].

Se introdujeron modificaciones posteriores a la misma ley con la Ley n. 39 de 8 de marzo de 1975, sobre la atribución de la mayoría de edad a los ciudadanos que cumplieron el decimotercero año y con la Ley n. 753 de 3 de octubre de 1977. Por último, hay que recordar la Ley n. 123 de 21 de abril de 1983 *Disposizioni in materia di cittadinanza* que aportó dos modificaciones importantes a la Ley n. 555 de 1912.

[También se ha aceptado la indicación dada por el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 1983, n. 30, sobre la base de la situación jurídica de filiación: "la ciudadanía puede ser transmitida al hijo menor de edad, independientemente del padre o de la madre". Esta sentencia ponía de manifiesto la inconstitucionalidad del art. 1, n. 1 de la Ley n. 555, de 1912 donde hacía prevalecer la ciudadanía paterna sobre la materna. Para un *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional* y la Ley n. 123 de 1983, v. SINAGRA, A., «La sentenza 1983, n. 30 della Corte costituzionale e la legge 21 aprile 1983 recente disposizione in materia di cittadinanza», en *Giur. cost.* (1983), pp. 579 ss.]. Por último, ha intervenido la Ley n. 91 de 5 febrero de 1992, "*Nuove norme sulla cittadinanza*" (c.d. *Legge Martelli*), en G.U. n.38, del 15 de febrero 1992 entrada en vigor el 15 de agosto de 1992, así como el sucesivo Decreto Legislativo n. 286, de 25 julio de 1998. "Texto único de las disposiciones sobre el régimen de inmigración y las normas sobre el estatuto del extranjero", en G.U. n. 191, de 18 agosto de 1998 – Suppl. Ord. n. 139 y promulgado en virtud del artículo 47, párrafo 1, de la ley n. 40, de 6 de marzo de 1998 de delega al Gobierno (desde ahora Texto Único sobre la inmigración, o incluso T.U. n. 286 de 1998).

¹³⁴ Esta Ley ha sido en parte modificada, integrada en parte por otras Leyes, algunas de las cuales tienen por sí misma, un objeto diferente, y por tratados internacionales suscritos por Italia con Países individuales.

Se han introducido disposiciones relativas a la ciudadanía de la mujer casada en la Ley de reforma del derecho de familia de 19 de mayo de 1975, n. 152, de conformidad con la sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de abril de 1975, n.87¹³⁵.

La Ley n. 123 de 1983, relativa a la adquisición de la nacionalidad italiana por el cónyuge extranjero o apátrida, ha modificado la antigua normativa relativa al criterio automático de la *iuris communicatio*, sustituido por el beneficio de la ley. Actualmente es necesario que el cónyuge interesado en adquirir la nacionalidad italiana realice un acto de voluntad y un período de tiempo de residencia en el territorio italiano.

El artículo 5 de la Ley de 1983, n. 123 fue modificado por la Ley de 1986, n 180, en la medida en que permitía al “hijo menor de edad, incluso adoptivo, de padre ciudadano o de madre ciudadana, en caso de doble ciudadanía”, de “optar por una sola ciudadanía en el plazo de un año a partir de la mayoría de edad¹³⁶”.

Los sistemas jurídicos individuales de la adquisición, la pérdida y la readquisición de la ciudadanía que se rigen por sus leyes nacionales¹³⁷, se basan en criterios diferentes a la doctrina y se clasifican en dos grandes

¹³⁵ GAJA, G., «Matrimonio e cittadinanza: aspetti costituzionali», in *Giur. Cost.* (1975), p. 286; UBERTAZZI, G.M., «Due sentenze sulla discriminazione della donna maritata in materia di cittadinanza», en *Foro pad.* (1975), p. 42 que ha declarado la ilegitimidad del III par. Del art. 10 Ley 13 de giugno de 1912, n. 555, en contraste con los artículos 3 e 29 Cost. Ita, en la medida en que ésta hacía depender de una norma extranjera la pérdida o la conservación de la nacionalidad de una mujer italiana casada con un extranjero. El art. 25 de la Ley de 19 de mayo de 1975, n. 151, posteriormente art. 143 *ter c.c.*: “*prevé que la mujer italiana conserve su ciudadanía en caso de matrimonio o cambio de ciudadanía por parte del marido, salvo renuncia expresa de ésta*”.

Con esta modificación, no se respeta el principio de unidad de ciudadanía, el Estado italiano quiso atenerse a la legislación de los demás Estados y aplicar el principio de paridad e igualdad entre los cónyuges.

¹³⁶ NASCIMBENE, B., «Acquisto e perdita della cittadinanza italiana a seguito di opzione: recenti problemi interpretativi», in *Foro it.* (1986), III, pp. 411 ss. e BAREL, B., en *Nuove leggi civ.*, 1984, pp. 1000 ss.

¹³⁷ Art. 1 Convención del Aja del 1930; Cass., S.U., 31 luglio 1967, nn. 2035 e 2040.

categorías: los llamados *originales* (como resultado, aunque no exclusiva, del nacimiento) y el llamado *derivados* (o derivativo o de adquisición en un momento posterior del nacimiento). Al igual que pasó en el Estado italiano¹³⁸.

La primera, la denominada original (o por nacimiento), que son los que reconocen la ciudadanía al nacer, mientras que los segundos, los llamados derivados (o adquisición), se originan por un hecho voluntario que permite la adquisición de la ciudadanía en cualquier momento de la existencia. La misma clasificación se ve afectada por la doctrina clásica, que se orienta en la transferencia de categorías de derecho privado en el derecho público¹³⁹.

Se ha dado a conocer cómo esta esquematización diferencia los criterios sobre la base temporal. Para la adquisición de la ciudadanía no es suficiente sólo la voluntad del individuo para atribuirla, siendo la voluntad del Estado indispensable para la adquisición de la misma. Por tanto, es necesario distinguir los criterios de funcionamiento automático (Estado - legislador) de aquellos realizados a través de una evaluación obrada discrecionalmente realizada por el Estado - administración¹⁴⁰.

En el primer caso es la misma ley que se relaciona con la situación o al hecho de los efectos jurídicos, a diferencia de la segunda hipótesis en la que la ley fija los supuestos a partir de los cuales el Estado puede realizar evaluaciones a los objetivos de la atribución de la ciudadanía.

Regresando en las modalidades de adquisición de la ciudadanía italiana a título originario: a) *la adquisición iure sanguinis* e b) *la adquisición de iure soli*.

¹³⁸ MONTANARI, L., «La cittadinanza in Europa: alcune riflessioni sugli sviluppi più recenti», en *Associazione italiana dei costituzionalisti* (2012), p. 2.

¹³⁹ Cf. QUADRI, R., En tal sentido *Cittadinanza*.

¹⁴⁰ Cit, in *Nss. D.I.*, III, Torino, 1959, pp. 306.

Si la adquisición *iure sanguinis* "evoca la idea de pertenencia del ciudadano al Estado en razón de sus uniones familiares si no étnica"¹⁴¹, la adquisición *iure soli*

"prescinde en cambio de uniones comunitarios, mirando primero al individuo como un agente de propio destino, en una visión constructivista que corresponde a una idea artificial de pueblo, la cual define el espacio político y las condiciones jurídicas de convivencia a través de un obra consciente y voluntaria"¹⁴².

a) *Adquisición iure sanguinis*¹⁴³

El más importante entre los criterios para la identificación de la ciudadanía es el de *ius sanguinis*, también llamada de la descendencia o filiación. En base a ello es considerado ciudadano del Estado, el que nace, aunque en territorio diferente, de padre o de madre ciudadanos de dicho Estado. En este criterio también hallamos la hipótesis en que la filiación ocurra sucesivamente al nacimiento, por reconocimiento de parte de los padres o por declaración judicial.

Se adquiere tal ciudadanía al nacer a través de una relación de descendencia natural, o sea se tiene derecho a gozar de la misma ciudadanía de sus padres. Este derecho está reconocido en todos los países de la Unión Europea; en algunos está presente también en la Constitución (por ejemplo, en Hungría). En Italia se propuso por el Representante Andrea Gibelli la oportunidad de introducir en el artículo 22

¹⁴¹ PINELLI, C., «I "nuovi italiani" e lo spazio della politica costituzionale», en *Dir. imm. citt.* (2013), p. 2, p. 41.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ivi.* p. 41.

de la Constitución, lo que sería tan formulado: "*La ciudadanía italiana se adquiere por descendencia de padres italianos*"¹⁴⁴.

(Art. 1, párrafo 1, let. A). Por naturalización se adquiere después de diez años de residencia continua. Este derecho se vuelve más débil si se nace en el extranjero o se puede perder si, habiendo nacido o siendo domiciliados al extranjero, no se mantienen las relaciones con el país de sus ascendientes. Una parte de la política italiana se dirige también cuando se ha perdido la ciudadanía a favorecer la readquisición de la misma, si se ha vivido en el extranjero o si se hayan modificado los confines territoriales.

b) Adquisición *iure soli*

Sobre la base de este criterio, se adquiere el derecho de ciudadanía al nacer en un determinado territorio del Estado. La ciudadanía es atribuida al que nace en el territorio del Estado, independientemente de la ciudadanía de los padres, lo mismo generalmente está presente en la legislación de aquellos Estados con el carácter de inmigración y/o problemas demográficos.

Entre los países de la Unión Europea tal derecho es menos difuso con respecto de aquél *iure sanguinis*, porque se tiende a concederlo *after birth* para el beneficio de la ley, pero en los últimos tiempos se puede constatar un acercamiento entre las experiencias de los distintos países. Por ejemplo, en Alemania, a partir de 2010, se acepta tal derecho si al

¹⁴⁴ Se trata del proyecto de reforma constitucional C.1241, sobre Modificación al artículo 22 de la Constitución en el ámbito de la ciudadanía, propuesto de Andrea Gibelli (LNP) e otros y presentado a la Cámara el 4 junio 2008.

menos uno de los padres tiene residencia durante ocho años y si tiene permiso de residencia estable¹⁴⁵.

Este derecho todavía es reconocido si los padres extranjeros son a su vez nacidos en el territorio del estado; En Francia ya está presente desde 1851, en España desde 1982, así como en Portugal desde 2006, en Luxemburgo desde 2009, en Grecia desde el 2010; en Italia sin embargo no es contemplado todavía. En los susodichos estados europeos se tiende a coger la segunda y tercera generaciones, en consecuencia, del fenómeno migratorio. En algunos estados, como Irlanda, se requiere una conexión entre la ciudadanía nacional y la ciudadanía europea.

Con referencia a la adquisición a título derivados, esto incluye a) Los *ius matrimonii* o *ius communicatio*, b) El *beneficio de la ley*, c) La *concesión* y d) La *naturalización* de 10 años de residencia.

a) *ius matrimonii* o *ius communicatio*

Consiste en la comunicabilidad de la ciudadanía de parte de un miembro de la familia al otro - inspirado por un principio de orden público: aquel de la unidad de la ciudadanía dentro de la familia – criterio que atribuye automáticamente la ciudadanía al cónyuge y también a los hijos menores del cónyuge que adquiere la ciudadanía por la boda.

El cónyuge extranjero casado con un italiano/a consigue la ciudadanía [solicitándola al Prefecto del lugar de residencia, o a la autoridad consular si reside en el extranjero,] si cumple estos requisitos:

1- Tiene la residencia legal en Italia de al menos 2 años siguientes al matrimonio [novedad introducida por el llamado "*paquete seguridad*" l. n.

¹⁴⁵ Se puede pensar, por el caso italiano, a los de hijos de extranjeros nacidos en Italia, que si viven sin interrupción en el territorio del Estado hasta el cumplimiento de la mayor edad tienen el derecho de obtener la ciudadanía en beneficio de ley presentando la solicitud dentro de un año.

94 del 2009, art. 1, inciso 11, introducido para encauzar el fenómeno del "mercado de la boda simulada" antes bastaron 6 meses], o bien de al menos 1 año si hay prole.

2- Si reside en el extranjero, tres años de la fecha de la boda con un italiano o bien 18 meses si hay prole;

y:

3- Si persista el vínculo matrimonial y no hay separación - no tenga condenas penales.

Ausencia de condenas penales por:

a) Delitos contra la personalidad internacional e interna del Estado y contra los derechos políticos de los ciudadanos;

b) Delitos no culposos por los que es prevista una pena edictal no inferior a tres años;

c) Crímenes no políticos con pena de encarcelamiento superior a 1 año infligido por autoridad a judiciales extranjeras con sentencia reconocida en Italia;

d) Insuficiente, en el caso específico [Cons. de Estado, para evitar sensatez], de comprobados motivos inherentes a la seguridad nacional].

e) A partir del 4/12/2018¹⁴⁶, se añadió un requisito adicional que requiere un nivel de conocimiento del idioma italiano igual al B1.

¹⁴⁶ Ley 1° de diciembre de 2018, n. 132, "Conversion en Ley, con modificaciones, del Decreto-Ley n. 133, de 4 de octubre de 2018, por el que se establecen disposiciones urgente en materia de protección internacional e inmigración, seguridad pública, así como medidas para el funcionamiento del Ministerio del Interior y la organización y funcionamiento de la Agencia Nacional para la Administración y el destino de los bienes incautados y confiscados a la criminalidad organizada. Delegación al Gobierno en materia de reorganización de los roles y de las carreras del personal de las Fuerzas de policía y de las Fuerzas armadas". La Ley complementa y modifica la Ley de la Ciudadanía n. 91 de 1992. Las modificaciones introducidas por la Ley de ciudadanía se refieren a: la adquisición de la *ciudadanía italiana por matrimonio y por concesión de ley* está condicionada a la posesión por parte del interesado, del conocimiento de la lengua italiana equivalente al nivel B1 del Marco común Europeo de Referencia para las Lenguas (MCER); la elevación de la contribución (introducido por la Ley n. 94/2009) exigido para la

b) *El beneficio de la ley*

Es el caso en que la misma ley dispone que, si se produce el concurso de más elementos o condiciones, sea atribuida automáticamente la ciudadanía, sin la necesidad, por parte del Estado, de un acto ad hoc; Por ejemplo, la condición del sujeto residente en el territorio del Estado o aquel de la prestación del servicio militar. En consecuencia, la voluntad del individuo se pone en relieve en el momento en que ella concurre a establecer las condiciones que hagan más estrecha la persona física y el Estado.

c) *Por concesión* (artículos. 9 y 10)

En este caso, la ciudadanía se concederá por el Decreto del Presidente de la República a propuesta del Ministro del Interior, previo parecer motivado del Consejo de Estado e implica una evaluación discrecional de la Pública Administración¹⁴⁷.

Puede presentar la solicitud de concesión el extranjero, siempre que resida legalmente en Italia desde hace al menos 10 años (o por lo menos

ciudadanía de 200 a 250 euros; la ampliación del plazo de 24 a 48 meses el termino para la conclusión de los procedimientos de reconocimiento de la ciudadanía *por matrimonio y naturalización*; fija el plazo de seis meses para la expedición de los extractos y certificados de estado civil necesarios para el reconocimiento de la ciudadanía italiana; deroga el párrafo 2 del artículo 8 de la Ley n. 91 de 1992 que contiene la denegación de la solicitud de adquisición de la ciudadanía por matrimonio dos años después de la solicitud; revoca la ciudadanía en caso de condena definitiva por delitos cometidos por fines terrorismo o de eversión del orden constitucional, aplicando una pena de 5 a 10 años. En <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2018/12/03/281/sg/pdf> (Consultado 20.08.2020).

¹⁴⁷ La valoración de la Pública Administración al respeto a la situación económico-patrimonial, Cons. de Estado, sez. IV, 16 de septiembre 1999 n. 1474; - a las exigencias de reconstitución de núcleos familiares, (Cons. de Estado (parecer), sez. Los, 26 de octubre 1988 n. 1423; a razones de seguridad nacionales y de orden público, (todavía Cons. de Estado (parecer), sez. 26 de octubre 1988 n. 1423; a condenas penales, (Cons. de Estado (parecer), sez. Los, 20 de octubre 2004 n. 9374). El eventual rechazo del P.A. debe, sin embargo, ser motivado (Cons. de Estado, sez. IV, 24 de mayo 1995 n. 366).

4 años, si ciudadano de la U.E.) [Art. 9, párrafo 1, let. d) y f¹⁴⁸] y recurra al menos una de las siguientes condiciones:

- Ser apátrida residente en Italia desde hace al menos 5 años [Art. 9, párrafo 1, let. e)];

- Tenga un ascendiente (padre, madre, abuelo) que sea un ciudadano italiano por nacimiento o haya nacido en Italia y, en ambos casos, resida de al menos tres años [Art. 9, párrafo 1, let. b)];

- Haya prestado servicio bajo el Estado italiano, incluso en el extranjero, durante al menos cinco años [Art. 9, párrafo 1, let. c)].

A eso se añade la *concesión por mérito en casos excepcionales* a un extranjero que haya devuelto notables servicios a Italia, por elevadas necesidades de orden público conectadas al interés del Estado [Art. 9, párrafo 2].

En todos los casos de conexión, se solicita al interesado el *juramento de fidelidad a la República Italiana y de observar la Constitución y las leyes del Estado*¹⁴⁹ [Art. 10].

d) La *naturalización*

El criterio que opera sobre la base de una evaluación discrecional del Estado – Administración es la *naturalización*.

Esto se hace requiriendo, para la atribución de la ciudadanía, un acto particular por el Estado, previa solicitud del interesado.

¹⁴⁸ PINELLI, C., *I "nuovi italiani"*, cit., p. 38.

¹⁴⁹ El juramento es requisito de eficacia por el decreto de concesión y tiene que ser efectuado dentro de 6 meses por la fecha de emisión del decreto.

No se señala si tal concesión se atribuye al Estado sobre la base de determinadas condiciones y requisitos, o libremente, ya que, en ambas hipótesis, lo que se observa, es el hecho de que el Estado se haya reservado un juicio político sobre la oportunidad conferir.

La *naturalización*, es decir, la adquisición en un momento posterior al nacimiento, incluye¹⁵⁰:

- Las hipótesis de cuya atribución dependen determinados requisitos (beneficio de la ley);

- Las hipótesis en las que interviene una medida discrecional de la autoridad (la naturalización ordinaria o *residence-based naturalisation*).

Con respecto a las modalidades de adquisición facilitadas en virtud de la Ley no. 38 de 1992, la ciudadanía se adquiere por:

a) Nacimiento en Italia de padres desconocidos o apátridas (Art.1. párrafo 1, letra b);

b) Nacimiento en Italia y abandono de parte de los padres, ante la imposibilidad de demostrar otra ciudadanía (Art. 1. párrafo 2).;

c) Nacimiento en Italia de padres conjugados, pero reconocidos como hijos naturales o verificados tales por ley, y para los menores de edad, con adquisición automática por reconocimiento o comprobación legal (Art. 2. Párrafo1);

d) Para los adultos, que no renuncian a la ciudadanía originaria, pero eligen aquella italiana dentro de un año del reconocimiento o de la comprobación legal (Art. 2, párrafo 2).

No siempre a todos aquellos que están en una situación determinada se le atribuye una situación jurídica idéntica.

¹⁵⁰ MONTANARI, L., *La cittadinanza in Europa: alcune riflessioni sugli sviluppi più recenti*, cit.

Sucede que, entre las personas que pertenecen a un Estado, se identifica un grupo más reducido, a favor del que es concedido un determinado trato. Podemos en efecto distinguir el concepto de *ciudadanía en el sentido estricto* y el concepto de *ciudadanía en el sentido más amplio*.

El concepto de ciudadanía en sentido estricto apareció por primera vez en el 1789: cuando con la Revolución Francesa se eliminó la relevancia jurídica de las castas sociales, se planteó el problema de una nueva determinación de la esfera de los destinatarios de las normas y se utilizaron los criterios para pertenecer al grupo social. Se hizo al mismo tiempo necesario admitir a los individuos a participar en el aparato estatal, se perfiló con contornos más o menos precisos el grupo de los que fueron atribuidos los derechos y las obligaciones relativas, grupo que se oponía a aquellos a quienes no se les asignaba tales derechos.

En esta contraposición está la raíz de un equívoco, porque aquellos a los que son atribuidos derechos y obligaciones, *ciudadanos en el sentido estricto*, tienen frente a ellos a los que estos derechos no pertenecen, es decir, por un lado, los que pertenecen al Estado y no gozan de tales derechos, y por el otro, están los que no les pertenecen. El concepto de *ciudadanía en el sentido estricto* ha asumido importancia predominante, porque se caracteriza por la manera de concebir la organización pública propia de la época actual.

De hecho, hoy en día se tiende a aumentar cada vez más la esfera de los ciudadanos en el sentido estricto, para incluir a todos los que tienen la *ciudadanía en sentido amplio*. Típica en este sentido es la actitud de las uniones de Estados, que han concedido una antigua ciudadanía a todos

los que pertenecen a los diferentes estados y territorios componentes de la Unión¹⁵¹.

La concesión de esa esfera particular de los derechos y obligaciones se considera en la actualidad típica de la ciudadanía.

Las normas en relación con el derecho positivo vigente en el ordenamiento italiano, en el primer período de nuestra vida estatal, fueron incluidos en el Código Civil¹⁵². Se habían determinado al mismo tiempo, nuevas necesidades, en relación al flujo migratorio que llevaba a un gran número de nuestros compatriotas para establecerse por largos períodos en otros distritos, donde regían diferentes concepciones de las nuestras, para el que fueron a menudo obligados a renunciar a la ciudadanía italiana.

Era conveniente facilitar la readquisición de la nacionalidad a estas personas o sus descendientes en el momento del retorno; era necesario también hacer menos estrictos los criterios para la concesión de la ciudadanía a los extranjeros, que fueron empujados a instalarse permanentemente en nuestro territorio.

Se llegó a una primera modificación del derecho vigente, realizada durante la ley sobre la emigración¹⁵³. A ella siguió la Ley 17 de mayo de 1906, n. 217, hasta que se llegó, después de largos trabajos, a la emanación de la Ley de 13 de junio 1912 n. 555, que sigue vigente.

Ella fue modificada por varias medidas posteriores, entre los cuales recordaremos la ley de 16 de junio de 1927, n. 1170 y R.d.l. de 1 de diciembre de 1934 de n. 1397, convertido en la Ley 4 de abril de 1935, n. 517.

¹⁵¹ *Commonwealth* británico, Unión Francesa y en el tiempo de su existencia, Unión Holando-indonesa.

¹⁵² Art 4- 15 C.c. 1865.

¹⁵³ Art. 35 e 36 Ley 31 enero 1901, n. 23.

En el interior del ordenamiento italiano están presentes todos los criterios mencionados anteriormente¹⁵⁴.

Observando el principio de libertad de los Estados en el ámbito de la ciudadanía – reiterado también en el art. 1 de la Convención de la Haya de 1990 - aunque el límite del orden público internacional, del mismo principio deriva la exclusiva competencia de los Estados en la aportación de este¹⁵⁵.

4.10 CIUDADANÍA EUROPEA EN EL TRATADO DE SCHENGEN

El Tratado de Schengen de 14 de junio de 1985 es un acuerdo que representa una de las evoluciones más importantes de la Unión Europea, en materia de libre circulación de los ciudadanos y de lucha contra la criminalidad organizada dentro de la Unión; mediante la supresión de las fronteras interiores entre los Estados participantes y el establecimiento de un sistema común de control en las fronteras exteriores de la UE.

Un tratado que ahora es objeto de debates, reflexiones y polémicas, debido a la compleja gestión de los millones de migrantes que huyen del Sur y del Este del mundo que intentan entrar en Europa.

El espacio Schengen consta actualmente de 26 países, de los cuales 22 son miembros de la Unión Europea y cuatro no miembros (Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza). No forman parte Bulgaria, Chipre, Croacia y Rumanía, a pesar de haber firmado el Convenio de Schengen, ya que las prácticas técnicas aún no se han aplicado, para las que el Tratado aún no ha entrado en vigor y, por tanto, se mantienen los controles fronterizos. Irlanda ha se ha adherido al Convenio, ejerciendo la

¹⁵⁴ ROMANELLI GRIMALDI, C., «voce Cittadinanza», cit., pp. 3 ss.

¹⁵⁵ GIULIANO, M., «La sudditanza degli individui e il suo rilievo nell'ordinamento internazionale», en *Comunicazioni e studi*, VII, Milano 1957, pp. 3 ss.

denominada cláusula de exención (opting-out), por lo que también mantiene los controles fronterizos. Por lo que se refiere al Reino Unido, antes del 31 de enero de 2020 aplicaba la misma cláusula de exención (opting-out) que Irlanda, a pesar de que formaba parte de la Unión Europea, mientras que, en la actualidad por efecto del Brexit con su salida de la Unión Europea, lleva el número de Estados miembros de 28 a 27.

Las disposiciones del Acuerdo de Schengen establecen la supresión de los controles en las fronteras interiores de los Estados miembros que forman parte del espacio Schengen, normas comunes sobre los controles en las fronteras exteriores, una política común de visados y disposiciones complementarias que permiten la supresión de los controles en las fronteras interiores (en particular en el marco de la cooperación policial y judicial en materia penal). Estas disposiciones tienen, por tanto, consecuencias directas para los ciudadanos en el espacio de libre circulación de personas: la abolición de los controles de las personas en las fronteras interiores comunes; un conjunto de normas comunes aplicables a las personas que cruzan las fronteras exteriores de los Estados miembros del espacio Schengen; la separación en los aeropuertos y, siempre que sea posible, en los puertos marítimos de las personas que viajen dentro del espacio Schengen de las que lleguen de países situados fuera de dicho espacio, la armonización de las normas sobre las condiciones de entrada y sobre los visados de corta duración. La consecuencia más evidente de las disposiciones de Schengen para las personas es que ya no están obligadas a mostrar un documento de viaje o identidad al cruzar las fronteras entre los Estados miembros del espacio Schengen. Sin embargo, esto no significa que viajar dentro del espacio Schengen sea como viajar dentro de un único Estado miembro. Es la

legislación de cada Estado miembro la que determina si una persona debe llevar consigo dicho documento.

En 1990, en Schengen, el 19 de junio, con el Convenio de aplicación, en el que se establecen las obligaciones específicas y articuladas para la abolición de las fronteras interiores y el refuerzo de las fronteras exteriores, se lograron los objetivos mismos: como la creación del SIS¹⁵⁶, de la que se habla más ampliamente a continuación, que retrasó la aplicación del Convenio, que entró en vigor el 1° de octubre de 1993, pero que no se aplicó hasta el 26 de marzo de 1995. Sobre la base de una declaración de las partes, esta declaración sólo se aplica en caso de que se comprueben efectivamente los controles efectuados en las fronteras. Los acuerdos de Schengen, aunque sólo se hayan concluido entre algunos Estados, están abiertos a la adhesión de otros Estados miembros de la Comunidad¹⁵⁷. En efecto, en 1990 se adhirió Italia, en 1991 Portugal y España, Grecia en 1992, Austria en 1995 y Dinamarca, Finlandia y Suecia en 1996.

La adhesión al Acuerdo se ha realizado mediante dos instrumentos: un Acuerdo de Adhesión y un Protocolo. Sin embargo, el acuerdo sobre estos Estados no supuso la desaparición de los controles en las fronteras interiores, lo que se hizo posteriormente, después de los necesarios trámites técnicos. Este fue también el caso de Italia, donde se declaró la plena aplicación en 1997¹⁵⁸.

En el proyecto presentado por la Comisión Europea en la Conferencia Intergubernamental de 27 de octubre de 1996, el concepto de

¹⁵⁶ Sistema de Información Schengen, una base de datos accesible por las policías de todos los estados implicados.

¹⁵⁷ Artículo 140 del Convenio de aplicación de 1990.

¹⁵⁸ NASCIMBENE, B., *Gli accordi di Schengen*, pp. 421 ss.

“Espacio de libertad, seguridad y justicia” (ELSJ) aparece por primera vez y se incorpora al Tratado de Ámsterdam¹⁵⁹.

Esta expresión contiene en sí misma un objetivo previsto en el Acta Única Europea: la plena libertad de circulación y la supresión de los controles en las fronteras interiores. El aspecto negativo que puede extraerse de este objetivo es la circulación de delincuentes y de productos del crimen.

El ELSJ comprende las materias reguladas en parte por el Título IV del TCE¹⁶⁰ y, en particular, por el Título V del TCE¹⁶¹. Según el pilar¹⁶² indicado por el fundamento jurídico, se han aplicado diferentes normas de procedimiento. Tanto los reglamentos como las directivas (los actos de la Comunidad) sólo pueden adoptarse en las materias a que se refiere el Título IV del TCE, porque el artículo 34 del Tratado de la Unión Europea (TUE) contemplaba actos específicos del tercer pilar, llamados posiciones comunes, decisiones-marco, decisiones y convenios. Los tres primeros adoptados por las instituciones, el cuarto por los Estados. Aunque se trata de actos vinculantes, deben ser incorporados por los Estados y su efecto directo queda excluido. Por lo que se refiere a los procedimientos para la adopción de estos actos, en el tercer pilar está previsto que sean adoptados por el Consejo por unanimidad, a iniciativa de la Comisión o de un Estado miembro, con excepción de las posiciones comunes, previa consulta al Parlamento Europeo (antiguo artículo 39, párrafo 1 del TUE).

¹⁵⁹ Sobre el punto, cf. LANG, A., «Sub art. 67 TFUE», en *Trattati dell'Unione Europea*, ed. TIZZANO, A., Milano 2014, pp. 805 ss.

¹⁶⁰ Cooperación judicial penal y policial.

¹⁶¹ Visados, asilo, inmigración, cooperación judicial civil. El artículo 135 del TCE estaba dedicado a la cooperación aduanera.

¹⁶² El Tratado de Maastricht de 1992, ha creado los tres pilares de la Unión Europea, ha llevado a la división de las políticas de la Unión Europea en tres ámbitos fundamentales: la Comunidad Europea, la Política Exterior y de Seguridad Común, Cooperación policial y judicial en materia penal. Los tres pilares se suprimieron con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2009.

En cambio, en el pilar comunitario, el procedimiento de adopción de los actos se regula por el antiguo artículo 67 del TCE: prevé el procedimiento de codecisión o el procedimiento de base, según el caso. Existen también algunas diferencias en la conclusión de los acuerdos internacionales de la Unión, ya que el artículo 38 del TUE remite al antiguo artículo 24 del TUE, con el efecto de que la negociación era competencia de la Presidencia y la celebración corresponde al Consejo.

Por lo que se refiere al control jurisdiccional, relacionado a las materias correspondientes al pilar comunitario, el Tribunal de Justicia¹⁶³ goza de las competencias habituales, atenuadas por dos límites, previstos en el artículo 68 del TCE: en la que, por una parte, la facultad de plantear una remisión prejudicial está reservada a los jueces de última instancia, por otra parte, no está previsto que el Tribunal pueda pronunciarse sobre las medidas relativas al cruce de las fronteras interiores adoptadas en materia de mantenimiento del orden público y de salvaguardia de la seguridad interior. La competencia del Tribunal (TJUE) en el tercer pilar se define en el antiguo artículo 35 del TUE. La competencia prejudicial está supeditada a la aceptación por cada Estado miembro. El Estado que lo acepte podrá decidir al mismo tiempo si la remisión está abierta a todos los órganos jurisdiccionales o sólo a los de última instancia. El límite que encuentra la competencia del Tribunal Europeo es de carácter general; en virtud del artículo 35, par. 5, TUE Pre-Lisboa, no es competente para revisar la validez o proporcionalidad de las operaciones efectuadas por la policía u otros servicios con funciones coercitivas para la aplicación de la ley de un Estado miembro, o el ejercicio de las responsabilidades que incumben a los Estados miembros en materia de mantenimiento del orden público y salvaguardia de la seguridad interior. La acción de anulación

¹⁶³ TJUE.

también está prevista para los actos del tercer pilar. Sólo pueden recurrirse las decisiones y las decisiones marco; los convenios, en cuanto actos adoptados por los Estados y no por las instituciones, no son recurribles. La legitimación activa corresponde a cada uno de los Estados miembros y a la Comisión. No existe un control del cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones del tercer pilar comparable a la acción de infracción. Si existe un litigio relativo a la no ejecución de los actos, no se excluye que el Tribunal de Justicia Europeo pueda ser sometido a él, en efecto, puede conocer un litigio entre Estados que tenga por objeto la interpretación o la aplicación de un acto del tercer pilar, si la controversia no ha sido resuelta por el Consejo. Además, se considera que entre los litigios relativos a la aplicación de los actos adoptados en virtud del artículo 34 del TUE pre-Lisboa, se encuentran los litigios relativos a la falta de aplicación o aplicación incorrecta de las decisiones marco.

El Tratado de Lisboa ha agrupado todas las materias del ELSJ en un único Título, sometiéndolas a los procedimientos habituales. Los actos fundados en las bases jurídicas previstas en el título V son los contemplados en el artículo 288 del TFUE; las instituciones deciden con arreglo a los procedimientos legislativos especiales¹⁶⁴ o no legislativos¹⁶⁵. El Tribunal Europeo está en posesión de todas estas competencias, sin perjuicio del artículo 276 del TFUE, que reproduce el art. 35, apartado. 5

¹⁶⁴ Artículo 77, apartado 3, del TFUE para la adopción de medidas en materia documentos de identidad; artículo 81, apartado 3 del TFUE para la adopción de medidas relativas al derecho de familia; artículo 86 del TFUE para la creación de una Fiscalía Europea; artículo 87 apartado 3 del TFUE para la cooperación operativa de las autoridades policiales; artículo 89 del TFUE para determinar las condiciones en las que las autoridades de un Estado miembro pueden actuar en el territorio de los demás.

¹⁶⁵ Artículo 69 del TFUE, relativo a las modalidades de la evaluación recíproca de los Estados; artículo 74 del TFUE relativo a la cooperación administrativa; artículo 78, apartado 3 del TFUE para la adopción de medidas temporales en caso de afluencia repentina de nacionales de terceros países; las pasarelas contempladas en el artículo 82, apartado 3. párrafo 2, TFUE; artículo 82 apartado 2, letra d TFUE, artículo 83 apartado 1, párrafo 3 TFUE.

del TUE. Si estas normas son aplicables a los actos adoptados después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, hay que recordar que el Protocolo n. 36 sobre las disposiciones transitorias establece que, durante un período de cinco años, la competencia prejudicial del Tribunal de Justicia Europeo en relación con los actos del tercer pilar, se ha hecho efectiva con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa y se regirá por el artículo 35, párrafo 2, del TUE, y la acción de infracción quedará excluida. Los actos del tercer pilar seguirán teniendo efectos propios hasta que se modifiquen y, en ese caso, deberán someterse a normas ordinarias. El procedimiento para la celebración de los acuerdos es ahora único, el artículo 218 del TFUE exige la aprobación del Parlamento Europeo (PE) y, dado que el procedimiento legislativo está ampliamente previsto para la adopción de los actos del ELSJ, el Parlamento ha adquirido un papel determinante. Las materias reguladas por los capítulos 4 y 5 del título V se caracterizan por algunas peculiaridades. Los asuntos se refieren a la cooperación judicial en materia penal y a la cooperación policial, que antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa constituían el tercer pilar. En estas materias, una cuarta parte de los Estados miembros también puede presentar al Consejo iniciativas, tal como se establece en el artículo 76 del TFUE. El Consejo Europeo puede ser consultado sobre cuestiones relativas a proyectos de actos legislativos; si el Consejo no logra tomar una decisión, se prevé una especie de acceso privilegiado a la cooperación reforzada.

El Título V del TFUE solo se aplica a 24 Estados, mientras que sólo para 24 Estados se plantea el problema de la admisibilidad de un fundamento jurídico múltiple, en el caso de que el punto focal del acto sea imputable a varias normas del Tratado, una de las cuales al menos es ajena al ELSJ.

En el Tratado de Lisboa se define el reparto de competencias entre la Unión Europea (UE) y los Estados miembros, mediante la introducción en los Tratados de una clasificación que distingue tres competencias principales: competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias de apoyo, con el fin de eliminar definitivamente los conflictos de competencias entre la UE y los Estados miembros, que se han producido con frecuencia en el pasado.

Uno de los cambios más importantes que se derivan del Tratado de Lisboa, trata la supresión de la estructura de “tres pilares de la UE”, para indicar los tres ámbitos en los que la Unión Europea actúa de manera diferente. El primer pilar, que forma parte del método comunitario, estaba representado por la Comunidad Europea, que comprende el conjunto de las disposiciones y políticas comunes, desde la ciudadanía de la UE a la unión económica y monetaria; el segundo pilar es el relativo a la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC); el tercer pilar, creado por el Tratado de Maastricht, está dedicado a la “Justicia y Asuntos de Interior¹⁶⁶”. Este y el segundo pilar se caracterizan por normas intergubernamentales, que han atribuido a las instituciones comunitarias la tarea de coordinar la acción de los Estados en materia de cooperación judicial en materia civil y en las demás materias reguladas por el Tratado de Schengen: inmigración y asilo, cooperación judicial en materia penal, cooperación policial, cooperación administrativa, que constituye el tema fundamental de lo que se convertirá en el ELSJ.

Así pues, dentro de esta estructura se solapaban varios tipos de competencias. La UE sustituirá definitivamente a la Comunidad Europea haciéndola desaparecer, permitiendo así a la UE ejercer plenamente las competencias que le han sido atribuidas. Además, la UE adquiere la

¹⁶⁶ Título VI pre-Lisboa.

personalidad jurídica reservada con anterioridad a la antigua Comunidad y puede celebrar tratados en los ámbitos de su competencia.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece tres tipos de competencias:

- las *competencias exclusivas*, artículo 3 del TFUE: solo la UE puede legislar y adoptar actos vinculantes en estos ámbitos; la función de los Estados miembros es aplicar estos actos, a menos que la Unión los autorice a adoptar algunos de ellos autónomamente;

- las *competencias compartidas*, artículo 4 del TFUE: la UE y los Estados miembros podrán adoptar actos vinculantes en estos ámbitos no obstante, los Estados miembros sólo podrán ejercer su competencia en la medida en que la UE no haya ejercido o haya decidido no ejercer la propia;

- *Competencias de apoyo*, artículo 6 del TFUE: La UE solo puede apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros. La Unión no tiene poder legislativo en estos ámbitos y no puede interferir en el ejercicio de las competencias reservadas a los Estados miembros.

La UE tiene competencias específicas en algunos ámbitos, como:

- a) la coordinación de las políticas económicas y de empleo, tal como se establece en el artículo 5 del TFUE, así como la competencia para garantizar las modalidades de dicha coordinación y definir sus orientaciones para los Estados miembros;

- b) la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) a que se refiere el artículo 24 del Tratado de la UE, al disponer la competencia en todos los ámbitos relacionados con la PESC, esta política se aplica también a través del Presidente del Consejo

Europeo y del Alto Representante de la Unión para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad, cuyos respectivos papeles y *status* se reconocen en el Tratado de Lisboa. La UE no puede en ningún caso adoptar actos legislativos en este ámbito. Además, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no tiene competencia para deliberar en este ámbito;

c) la cláusula de flexibilidad del artículo 352 del TFUE, que permite a la UE ir más allá de los poderes de acción que le confieren los Tratados, en caso necesario para alcanzar los objetivos fijados. Esta cláusula se rige por un procedimiento rígido y por restricciones relativas a su aplicación.

El ejercicio de las competencias de la Unión está supeditado a tres principios fundamentales enunciados en el artículo 5 del Tratado de la UE. Las competencias delimitadas de la UE facilitan la correcta aplicación de estos principios:

- el *principio de atribución*: la Unión sólo dispone de las competencias que le confieren los Tratados;
- el *principio de proporcionalidad*: el ejercicio de las competencias de la UE no excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos y los Tratados;
- el *principio de subsidiariedad*: en el caso de las competencias compartidas, la UE sólo puede intervenir si es capaz de actuar de manera eficaz en relación con los Estados miembros.

El Tratado de Lisboa permite un procedimiento de revisión de los Tratados fundamental para la UE. Los procedimientos de revisión se describen en el artículo 48 del Tratado de la Unión Europea (TUE). La revisión se centra en los cambios más importantes introducidos en los Tratados, como el aumento o la reducción de las competencias de la UE,

distinguiéndose entre el procedimiento de revisión ordinario y el procedimiento de revisión simplificado.

El primero funciona de la siguiente manera:

- cualquier gobierno nacional de un país de la UE puede presentar propuestas de modificación de los Tratados al Consejo, que, en consecuencia, presenta la propuesta al Consejo Europeo, compuesto por Jefes de Estado o de Gobierno de los países de la UE. También se informa a los Parlamentos nacionales del procedimiento de propuesta;

- si el Consejo Europeo decide positivamente, se convoca una Convención compuesta por representantes de los Parlamentos nacionales, del Parlamento Europeo y de la Comisión. La Convención examinará las propuestas de modificación y decidirá *per consensus*;

- a continuación, el Presidente del Consejo convoca una Conferencia de Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros de la UE con el fin de llegar a un acuerdo común. Las modificaciones introducidas posteriormente no entrarán en vigor hasta que hayan sido ratificadas por todos los países de la UE.

Por lo que se refiere al procedimiento de revisión simplificado, el Tratado de Lisboa lo establece para revisar las políticas y acciones internas de la UE, como el mercado interior, los controles fronterizos y la política económica y monetaria: el objetivo es facilitar una mayor integración europea en estos ámbitos. El mismo procedimiento permite que no haya necesidad de convocar una Convención Europea y una Conferencia Intergubernamental.

El segundo procedimiento de revisión simplificado se define como “Cláusulas pasarela”, artículo 8, apartado 7, del TFUE, que se refiere a los dos casos siguientes: cuando los Tratados prevén que un acto sea

adoptado por el Consejo por unanimidad, el Consejo Europeo adoptará una decisión que le permita pronunciarse por mayoría cualificada.

Cuando los Tratados dispongan que determinados actos se adopten con arreglo a un procedimiento legislativo especial, el Consejo podrá adoptar una decisión por la que se autorice la adopción de dichos actos con arreglo al procedimiento legislativo ordinario.

De conformidad con el artículo 352 del TFUE, la cláusula de flexibilidad permite que se amplíen las competencias de la UE cuando sea necesaria una medida para alcanzar uno de los objetivos de los Tratados y cuando los Tratados no proporcionen la competencia necesaria. Estas medidas no deben contemplar la armonización de la legislación de los países de la UE en ámbitos en los que el Tratado la excluye.

Gracias al Tratado de Ámsterdam, los acuerdos de Schengen se han vuelto a situar en el seno de los Tratados, lo que ha dado lugar a una especie de cooperación reforzada, realizada mediante un protocolo específico¹⁶⁷, ajunto al Tratado de Ámsterdam, sólo 13 de los 15 Estados miembros participaron en estos acuerdos.

El conjunto de los acuerdos y actos adoptados por el Comité Ejecutivo y los grupos de trabajo se configura como una cooperación reforzada en las materias a que se refiere el título VI del TUE Pre-Lisboa, hasta que el Consejo designe a los trece Estados participantes. Esta identificación se llevó a cabo mediante la elaboración de anexos¹⁶⁸ que

¹⁶⁷ Protocolo sobre la integración del *acquis* de Schengen en el marco de la Unión Europea.

¹⁶⁸ En el anexo A figuran las disposiciones de los acuerdos y actos para los que se ha identificado un fundamento jurídico en los Tratados; en el anexo B se recogen las disposiciones y actos para los que el Consejo no ha considerado necesario identificar un fundamento jurídico.

El Consejo ha indicado los fundamentos jurídicos de *acquis* de Schengen que figuran en el anexo A de la dec. 1999/435/CE. Las bases jurídicas fueron creadas por los antiguos artículos 62 y 63 TCE (a veces conjuntamente) y de los artículos 30 y 31 TUE pre-Lisboa, creando así un derecho comunitario instantáneo.

enumeraban los actos pertinentes. A este respecto, cabe señalar que se produjo una transformación de las normas internacionales en derecho comunitario, ya que el Protocolo no permitía una revisión del contenido de los actos de Schengen en el momento de su integración en el derecho comunitario, al reservar exclusivamente al Consejo esta integración: no ha podido intervenir ningún otro complemento ni ha podido aplicarse ningún otro procedimiento reglamentario comunitario.

Tras la “comunitarización” se observa que el *acquis* de Schengen se convierte en *acquis* comunitario, por lo que también es vinculante para los nuevos Estados adherentes desde la fecha de la adhesión.

Los actos que constituyen el *acquis* de Schengen se dividen en dos grupos: los que figuran en la lista de actos que se aplican en el momento de la adhesión; los que no figuran en la lista y que, aunque son vinculantes en el momento de la adhesión, solo se aplicarán después de una decisión adoptada por unanimidad por el Consejo, siempre que el nuevo miembro cumpla los requisitos necesarios para la aplicación del *acquis*.

Todo el *acquis* de Schengen, es aplicable desde el momento de la adhesión, excluyendo el relativo a la supresión de los controles en las fronteras interiores; para ello es necesaria una decisión del Consejo; en efecto, a falta de decisión, por el momento, toman el nombre de *fronteras exteriores temporales*. En el 2004 se adoptó una decisión para los países que se adhirieron a la Unión, con la única excepción de Chipre, en la que el 6 de diciembre 2007, se pedía al Consejo una prórroga con efecto a partir del 21 de diciembre de 2007, en las fronteras terrestres y marítimas interiores y desde marzo de 2008 en las fronteras aéreas. Aún no se ha decidido la plena aplicación del *acquis* de Schengen en Rumanía y Bulgaria. Irlanda¹⁶⁹ no es Parte contratante en los acuerdos de Schengen;

¹⁶⁹ Sobre el punto, cf. LANG, A., «Sub art. 67 TFUE», cit., pp. 809 ss.

tras la “comunitarización”, su posición se rige por un Protocolo, en virtud del cual pueden solicitar autorización para participar total o parcialmente en el *acquis* de Schengen; pero tampoco puede participar en las disposiciones relativas a los controles fronterizos. Irlanda podrá decidir participar en cada acto que constituya el desarrollo del *acquis* de Schengen. El Tribunal Europeo precisa que la participación en un acto por parte del Estado, que irá a constituir el desarrollo del *acquis*, puede afectar exclusivamente a los actos que pertenezcan a los sectores en los cuales el Estado ha sido autorizado a participar; esto, porque los actos individuales deben ser observados no individualmente, sino como desarrollo de un sistema cuyos principios básicos ya han sido aceptados. Por otra parte, el Tribunal de Justicia (TJUE) considera que un acto puede constituir un desarrollo del *acquis* en un ámbito determinado, aunque se base en un fundamento jurídico perteneciente a un sector diferente, dado que la Unión puede decidir hacer avanzar la cooperación y profundizar los mecanismos en los que ésta se basa.

No obstante, Dinamarca, que es parte contratante de los acuerdos de Schengen, se opone a la “comunitarización”, sigue estando vinculada a ellos, gracias al derecho internacional; por tanto, en caso de desarrollo del *acquis*, Dinamarca dispondrá de un plazo de seis meses a partir de la adopción del acto para evaluar si acepta o no el acto: en caso afirmativo, estará vinculada por el Derecho internacional; en caso contrario, los Estados participantes en la “cooperación reforzada” decidirán las medidas adecuadas que deban adoptarse para regular la no participación danesa.

Por lo que se refiere a la participación en los acuerdos de Schengen de terceros Estados, Dinamarca, Finlandia y Suecia, resultó problemática, ya que los países escandinavos (los tres miembros de la Unión, Islandia y

Noruega) estaban vinculados por la Unión Nórdica de Pasaportes, que preveía la supresión de los controles de personas. Por un lado, la adhesión a Schengen sólo de algunos de ellos habría sido obviamente incompatible con la Unión Nórdica y, por otro lado, no estaba prevista, por lo que no era posible la participación en Schengen de Estados no miembros de la Unión. Esta cuestión se ha concluido con la asociación de Islandia y Noruega a los Acuerdos de Schengen, es decir, con la atribución a tal Estados de la condición de observador; de este modo, se permite seguir manteniendo la calidad de asociados después de la “comunitarización”. Con el fin de regular los efectos de la posible participación del Reino Unido e Islandia en el acervo, el Consejo ha celebrado los correspondientes acuerdos: el primero, sobre la asociación de Islandia y Noruega a la actuación, aplicación y desarrollo del *acquis* de Schengen; el segundo, sobre las relaciones entre el Reino Unido (antes de su salida de la UE) e Irlanda, por una parte, e Islandia y Noruega, por otra, en los ámbitos del *acquis* de Schengen que les afectan. El Acuerdo establece que, de conformidad con los actos, Islandia y Noruega evaluarán si aceptaran los mismos actos que constituyen el desarrollo del *acquis* de Schengen; en el momento en que la decisión deje de ser aceptada, el acuerdo dejará de tener efecto.

Suiza y Liechtenstein también se convirtieron partes en los acuerdos de Schengen. Para estos países, el 12 de diciembre de 2008 se llevó a cabo la supresión de los controles en las fronteras interiores el 19 de diciembre de 2011.

Para la seguridad y la libre circulación, la libre circulación *tout court*, ya realizada en parte por el AUE, eran necesarias medidas de acompañamiento: estas propuestas se han elaborado en un marco separado del de los Tratados debido a la oposición manifiesta del Reino

Unido a atribuir a las instituciones competencias en ámbitos de mercado componente político.

En 1985, cinco¹⁷⁰ de los entonces diez Estados miembros de la CEE iniciaron entre sí una forma de cooperación destinada a suprimir los controles en las fronteras interiores¹⁷¹, realizada definitivamente en el Tratado de Schengen. El acuerdo preveía medidas a corto y largo plazo, como la armonización de las formalidades en las formalidades de las fronteras comunes y la aproximación de las políticas nacionales en materia de visados; la supresión de los controles de personas en las fronteras comunes y su transferencia a las fronteras exteriores, armonizando previamente las normas de control y adoptando medidas para salvaguardar la seguridad y prevenir la inmigración ilegal.

La cooperación reforzada¹⁷² es un Instituto introducido por el Tratado de Amsterdam, en virtud del cual algunos Estados miembros de la UE utilizan el marco institucional y de procedimiento de la Unión o de la Comunidad para promover una integración más estrecha. Con el Tratado de Niza se ha procedido a una simplificación, intentando atenuar las rígidas condiciones y los límites generales. De conformidad con el artículo 43, letra h), del TUE, la cooperación reforzada debía respetar las competencias, los derechos y las obligaciones de los Estados que no participaban en ella. Se suprimió la condición de no incidencia en las políticas, acciones o programas comunitarios, que bloqueaba las posibles cooperaciones en el ámbito del primer pilar. Además, se suprimió la norma según la cual la cooperación reforzada no podía afectar a la ciudadanía de la Unión ni provocar discriminación entre los ciudadanos de la Unión, pero,

¹⁷⁰ Francia, Alemania, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo.

¹⁷¹ "Fronteras comunes".

¹⁷² Sobre el punto, cf. LANG, A., «Sub art. 20 TUE», en *Trattati dell'Unione Europea*, ed. TIZZANO, A., Milano 2014, pp. 217 ss.

en cualquier caso, el principio de no discriminación seguía estando regulado por el artículo 10 del TCE. El Tratado de Lisboa ha simplificado aún más las disposiciones relativas a este organismo, como consecuencia de la supresión de los pilares antes mencionada. Los principios generales se recogen en un único artículo del TUE, mientras que el régimen más específico en la materia se remite a los artículos 326 a 334 del TFUE.

La cooperación reforzada puede realizarse de diversas maneras. La integración puede lograrse recurriendo a los instrumentos clásicos del derecho internacional ajenos a los Tratados de la UE, como los convenios celebrados entre algunos Estados miembros. Las modalidades, al haberse utilizado tanto para coordinar la acción de los Estados en materias para las que los Tratados constitutivos no ofrecían fundamentos jurídicos adecuados, como en los casos en que, a pesar de la existencia de dichas bases, la intención de avanzar en determinados ámbitos de la integración sólo fue compartida inicialmente por un número limitado de Estados miembros; estos convenios constituyeron una forma *ante litteram* de cooperación reforzada. Así se hizo en los acuerdos de Schengen y de Pruem, que preveían modalidades de funcionamiento totalmente independientes del control de las instituciones comunitarias. En el ordenamiento comunitario pueden formularse posiciones diferentes mediante el instrumento de derecho internacional que representan los protocolos adicionales a los Tratados constitutivos. Gracias al Protocolo, dentro del mismo se recorta una posición específica y diferenciada, generalmente excluida de determinadas obligaciones contenidas en cláusulas del Tratado, en favor de los Estados solicitantes. Por ejemplo, el Protocolo sobre la política social anejo al Tratado de Maastricht consagraba la opción *opting out* del Reino Unido de esta materia y la condición de *opt-in* para el Reino Unido e Irlanda, respectivamente, y de

opt-out para Dinamarca. El recurso a la cooperación reforzada puede considerarse a través de dos acepciones: una positiva, como instrumento que facilita la integración promoviéndola a título experimental a escala reducida; la otra, como la incapacidad de la UE para adoptar un acto con todos sus Estados miembros. La cooperación reforzada puede entenderse en dos modelos diferentes: el primero es la “Europa del núcleo duro” y el otro es Europa “*a la carte*”, o “*multispeed*”. En el primero, un grupo de Estados persigue proyectos coherentes entre sí y encaminados a un diseño coherente de integración progresiva. En el segundo se forman grupos de Estados diferentes, que persiguen integraciones a pequeña escala en varias materias diferentes. La cooperación reforzada parece convertirse en un instrumento de flexibilidad: su objetivo es reforzar el proceso de integración de la UE. El Tratado configura la cooperación reforzada¹⁷³ como una facultad para los Estados miembros: éstos tienen la facultad de elegir, bien recurriendo al instituto en cuestión, bien recurriendo a los instrumentos *extra ordinem* del derecho internacional.

¹⁷³ El Tribunal de Justicia, en la Sentencia Pringle (27 de noviembre de 2012, en el asunto C-370/12), subrayó, a propósito de la conclusión entre algunos Estados miembros del Tratado sobre la *European Stability Mechanism*, que sólo podrá establecerse una cooperación reforzada cuando la propia Unión sea competente para actuar en el ámbito objeto de dicha cooperación, y que “las disposiciones de los Tratados en los que se basa la Unión no confieren a esta una competencia específica para instituir un mecanismo permanente de estabilidad”. El artículo 20 del TUE no se opone a la conclusión entre los Estados miembros, cuya moneda es el euro, de un acuerdo como el Tratado MES, ni a su ratificación por estos.

La secuencia jerárquica de intervención que hay que respetar será, en primer lugar, intentar la vía del procedimiento normativo ordinario previsto por los Tratados: en caso de fracaso se puede pasar a la cooperación reforzada; sólo si ésta fracasa, se permitirá el recurso a procedimientos *extra ordinem*. La violación del principio de cooperación leal contemplado en el artículo 4, apartado 3 del TUE puede sancionarse con un procedimiento de infracción contra los Estados miembros interesados. El mismo procedimiento podría utilizarse también cuando, aunque no sea posible recurrir a la cooperación reforzada, la acción concentrada a nivel internacional entre algunos Estados miembros eluda los límites fijados en el Tratado para la cooperación reforzada.

El carácter principal de la cooperación reforzada se configura en el Tratado, como una extrema ratio, a la que los Estados miembros sólo pueden recurrir en caso de que los actos no puedan adoptarse con arreglo a los procedimientos normales. El número mínimo de Estados participantes, fijado anteriormente en ocho, es ahora de nueve. Sólo les serán aplicables los efectos de los actos adoptados en el marco de la cooperación reforzada. El carácter “políticamente correcto” de la cooperación reforzada se desprende también del hecho de que, aunque el voto está reservado a los participantes, los demás Estados miembros participan igualmente en las deliberaciones, aunque éstas sólo vinculen a los Estados participantes. El Tratado de Lisboa también aclara que los actos adoptados en el marco de una cooperación reforzada no se consideran un *acquis* que deba ser aceptado por los Estados candidatos a la adhesión a la Unión, pero deben cumplirse las condiciones establecidas en los artículos 326 y 327 del TFUE.

La importancia de los acuerdos de Schengen, además de centrarse en la libre circulación, se centra en el Derecho del ciudadano europeo dentro de la Unión, ya que, además de gozar de la libre circulación dentro de los Estados miembros, también disfruta del derecho de circulación en los países de Schengen.

Las principales consecuencias para los ciudadanos de la Unión Europea que pertenecen a Estados que aplican el Tratado de Schengen: tienen derecho a viajar a todos los demás países de la Unión sin tener que cumplir formalidades especiales. Bastará con estar provisto de un documento de identidad o un pasaporte válidos. El derecho a viajar sólo podrá limitarse por razones de orden público, seguridad y salud públicas. Por lo tanto, el derecho a viajar no depende de la situación personal del ciudadano: éste tiene derecho a viajar por todo el territorio de la Unión,

independientemente del motivo del viaje, profesional o privado. Los ciudadanos de la UE ya no deben presentar su pasaporte cuando cruzan las fronteras entre los Estados miembros del espacio Schengen. No obstante, estos Estados se reservan el derecho, de conformidad con su legislación nacional, de efectuar controles de identidad en todo su territorio en el marco de las funciones de policía. La legislación nacional obligará, en caso necesario, a llevar un documento de identidad o un pasaporte válido.

Por el contrario, por lo que se refiere a los nacionales no comunitarios, es decir, los nacionales de terceros países, podrán entrar y viajar en el territorio de los Estados miembros que apliquen plenamente las disposiciones de Schengen durante un período máximo de tres meses, siempre que se cumplan las condiciones de entrada establecidas en el *acquis* de Schengen, ahora integrado en la UE: estar en posesión de un documento de viaje válido; estar en posesión de un visado de estancia de corta duración, si así se solicita; poder justificar el objeto del viaje; disponer de medios de subsistencia suficientes para la duración de la estancia y el regreso; además, no estar incluido en la lista de información del Sistema de Información de Schengen, ni ser considerado peligroso para el orden público o la seguridad nacional de todos los Estados del espacio Schengen. Quien desea permanecer más de tres meses, necesita un visado nacional de larga duración o un permiso de residencia. Cada Estado puede establecer sus propias condiciones. En 2001, el Consejo de la Unión Europea adoptó un Reglamento en el que se enumeran los terceros países cuyos nacionales deben estar en posesión de un visado de corta duración para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, y los países cuyos nacionales estén exentos de esta obligación.

Esto significa que todos los Estados miembros del espacio Schengen expiden visados en las mismas condiciones, teniendo en cuenta los intereses de cada uno de ellos. Por lo tanto, un visado expedido por un Estado miembro también es válido para los demás, lo que facilita a los nacionales de terceros países que deseen visitar más de un Estado miembro del espacio Schengen. En casos excepcionales, se expedirá un visado válido únicamente para el Estado miembro que lo expida a los visitantes que no cumplan las condiciones comunes de entrada. Estos casos se producen por razones humanitarias o de interés nacional o por el cumplimiento de obligaciones internacionales. De conformidad con el *acquis* de Schengen, un permiso de residencia válido para un Estado miembro del espacio Schengen, junto con un documento de viaje, puede sustituir a un visado. Así, un nacional de un tercer país que presenta su pasaporte y un permiso de residencia expedido por un Estado miembro del espacio Schengen puede viajar a otro Estado miembro para una estancia de corta duración sin visado. Esta equivalencia no se aplica a los permisos de residencia expedidos en Irlanda, ya que este país no aplica las disposiciones del *acquis* de Schengen. Sin embargo, a día de hoy los problemas de seguridad interior y la incidencia del fenómeno migratorio actual, están llevando a algunos Estados miembros a ejercer las competencias específicas que les confiere el propio Tratado de Schengen para permitirles establecer limitaciones a su aplicabilidad por razones de seguridad nacional, por lo que luego se profundizará en el cierre de este trabajo.

V – LA CIUDADANÍA EN ESPAÑA

V – LA CIUDADANÍA EN ESPAÑA

5.1 CIUDADANÍA Y NACIONALIDAD: COMPARACIÓN SEMÁNTICA

Los conceptos de ciudadanía y nacionalidad en su terminología requieren un examen de carácter semántico y conceptual, ya que en los ordenamientos internacionales estos términos se utilizan frecuentemente como sinónimos a pesar de ser utilizados por el legislador y la doctrina con diferentes significados o contrapuestos.

Como se afirma en la doctrina, las acepciones relativas a la nacionalidad pueden reducirse a dos: la *nacionalidad de hecho*, y la *nacionalidad de derecho*, la primera acepción se referiría a la naturaleza sociológica de la nacionalidad, es decir la existencia de una serie de factores que unirían a grupos de personas con los mismos valores culturales, históricos, étnicos o geográficos, favoreciendo el vínculo nacional más que estatal; la segunda acepción situaría al Estado soberano en relación con el individuo, con el fin de considerar el sujeto como miembro de un Estado¹⁷⁴.

En muchos estados se suele utilizar el término sociológico, a diferencia del término ciudadanía, identificado para la aplicación jurídico-política. Por lo que se refiere al ordenamiento alemán y español, el término nacionalidad (*Staatsangehörigkeit*) se utiliza más que el término ciudadanía (*Staatsbürgerschaft*) en cuanto a la aplicación jurídico-política, a diferencia de los ordenamientos franceses e italianos en los que el término ciudadanía (*citoyenne*), (ciudadanía) contiene el significado de las

¹⁷⁴ PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R., FERNÁNDEZ MASIÁ, E., AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., LAPIEDRA ALCAMÍ, R., REIG FABADO, I., DE LORENZO SEGRELLES, M., *Nacionalidad y Extranjería*, Valencia 2018², p. 21.

dos categorías en contra del término nacionalidad (*nationalité*), (nacionalidad)¹⁷⁵.

Asimismo, en la Constitución española, la noción de ciudadanía no aparece directa, sino indirectamente, en relación con los derechos y libertades de las personas, como se puede observar en los artículos 23.1¹⁷⁶, 30.1¹⁷⁷, 30.4¹⁷⁸ y 35.1¹⁷⁹. Aquí el término ciudadano se utiliza para temas que no dependen de la nacionalidad y en algunos artículos también se confunde con el de nacionalidad como en los párrafos 4 de los artículos 13 y 30: en el 13.4¹⁸⁰ CE se utiliza el término “ciudadanos” por argumentos que formalmente se refieren a la nacionalidad, así como en el artículo 30.4 CE¹⁸¹.

A lo largo de la historia, a pesar de que no siempre ha habido una clara distinción entre función incluyente de la ciudadanía y excluyente de la nacionalidad, Aláez Corral, hace una distinción, atribuyendo a la ciudadanía una función incluyente que permite la concesión de derechos y libertades fundamentales y garantiza la integración social y jurídica de los sujetos y la nacionalidad con funciones excluyentes, que refleja la expresión de la estratificación de las nacionalidades en los Estados¹⁸².

¹⁷⁵ ALÁEZ CORRAL, B., «Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-Funcional», en *Revista Electrónica de Historia Constitucional* 6 (2005), pp. 29-75; p. 30.

¹⁷⁶ Artículo 23.1 CE: “Los ciudadanos tienen derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representante, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal”.

¹⁷⁷ Artículo 30.1 CE: “Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España”.

¹⁷⁸ Artículo 30.4 CE: “Mediante ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública”.

¹⁷⁹ Artículo 35.1 “todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo”.

¹⁸⁰ Artículo 13.4 CE: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España”.

¹⁸¹ COSTA, P., ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad y ciudadanía*, Madrid 2009, pp. 57-58.

¹⁸² ALÁEZ CORRAL, B., «Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-Funcional», cit., p. 34.

En los ordenamientos actuales las dos funciones se han fusionado proyectándose en un flujo semántico y produciendo así una “*categoría multidimensional*”. La fusión podría derivar de la práctica de los Estados modernos, que otorgando de manera indiferenciada los derechos de ciudadanía y la garantía de la plena participación política, sin distinción alguna, entre personas que son originarias del Estado o naturalizadas, y negándola en cambio a los sujetos no nacionales¹⁸³.

En España, se suele utilizar el término ciudadanía para indicar los derechos políticos que posee un ciudadano, mientras que el término nacionalidad se utiliza para establecer una determinada relación jurídica entre el sujeto y el Estado, como, por ejemplo, la relación jurídica que se establece con la adquisición la pérdida y la recuperación de la nacionalidad.

La nacionalidad, cualquiera que sea, es fundamental para todo ciudadano, ya que representa el vínculo jurídico que vincula al ciudadano con el Estado, permitiendo así a la persona gozar de esos derechos y respetar los deberes y obligaciones que incumben al Estado y a su propia nacionalidad. Cada Estado determina las condiciones de adquisición de su nacionalidad, por lo que es necesario que cada Estado reconozca la nacionalidad atribuida sobre la base del derecho de su propio Estado.

Como expone también el artículo 15.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece: “*Toda persona tiene derecho a una nacionalidad*”. 15.2 “*A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad*”. La nacionalidad se concibe en la legislación española y también en los otros

¹⁸³ VELASCO, J.C., «Capítulo 3. Inmigración y Ciudadanía/Nacionalidad», en *El azar de las fronteras. Políticas migratorias, justicia y ciudadanía*. Ciudad de México 2016¹.

Estados miembros de la Unión Europea, como el vínculo jurídico que permite la unión entre la persona física y el Estado español.

5.2 FUENTES NORMATIVAS

La Constitución del Reino de España de 1978 subraya la importancia de la Monarquía española como Estado social y de derecho, que garantiza la libertad, la igualdad y la justicia a todos sus ciudadanos, prestando especial atención al pluralismo político. Esta Carta aprobada por las Cortes después del fin del franquismo (1975) determinó el inicio de la monarquía parlamentaria.

A pesar de algunas novedades con respecto a los demás textos de las democracias occidentales, la Constitución Española de 1978 no entra específicamente en lo que se refiere al derecho de nacionalidad, en efecto se limita a exponer el concepto al artículo 11.1: “*La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley*” y remite el tema al I Capítulo del Código Civil, que legisla los modos de adquisición, pérdida y recuperación.

La regulación de la nacionalidad estaba presente en las anteriores *Cartas Magna*: Constitución de Cádiz del 1812 artículo 5; Constitución de la Monarquía Española del 18 de junio de 1837 artículo 1; Constitución del 23 de mayo de 1845 artículo 1; Constitución de 1856 que luego no fue promulgada, en el artículo 2; Constitución del 1 de junio de 1869 artículo 1; Constitución del 30 de junio de 1876 artículo 1¹⁸⁴.

¹⁸⁴ VIÑAS FARRÉ, R., «Evolución del derecho de nacionalidad en España: Continuidad y cambios más importantes», en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* (2009), pp. 275-313; p. 278. Cf. Además, FERNANDEZ ROZAS, J.C., ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A., «Le droit Espagnol de la nationalité», en *Nationality Laws in the European Union. Le droit de la nationalité dans l'Union Européenne* (1996),

En la actual Constitución Española al Capítulo Primero artículo 11, al primer párrafo, trata del tema de la adquisición, conservación y pérdida de la nacionalidad española según lo establecido por la ley; en el segundo párrafo se limita a apoyar la prohibición de privar la nacionalidad a los españoles de origen, y el tercer párrafo establece disposiciones relativas a los tratados internacionales sobre la doble nacionalidad con los países hispanoamericanos u otros países que hayan mantenido vínculos con España. Y esto, respetando el principio de reciprocidad¹⁸⁵.

En estos casos, en el supuesto de que los países hispanoamericanos no reconozcan el principio de reciprocidad, los españoles podrán naturalizarse para no perder su nacionalidad de origen. A este respecto, hay que recordar el caso de los sefardíes, que tras la reforma puesta en auge por la Ley 12/2015, de 24 de junio, *en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardíes originarios de España*, según la cual independientemente de la nacionalidad pueden adquirir también la española sin renunciar a ella¹⁸⁶.

Además, el art. 13 de la Constitución española prevé que:

- I. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

pp. 207-261. Sobre el tema, cf. DE ESTEBAN, J., *Constituciones españolas y extranjeras*, I, Madrid 1977, pp. 82, 148, 159, 200.

¹⁸⁵ Artículo 11 CE: "1. *La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley.* 2. *Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.* 3. *El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derechos recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen*".

¹⁸⁶ GÓNZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., «La adquisición de la ciudadanía española por parte de los judíos sefardíes tras la aprobación española por parte de la Ley 12/2015», en *Revista latinoamericana de derecho y religión* 2.2 (2016), pp. 1-35; p. 2.

- II. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.
- III. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la extradición los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.
- IV. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

Los modos de adquisición, pérdida y recuperación de la nacionalidad española, encuentran regulación también en el Código Civil, del Libro Primero "*De las Personas*", titulado "*De los españoles y extranjeros*" analizados precisamente en los artículos del 17 al 26, de los cuales el 20, 22, 23, 24 y 25 modificados por la Ley 36/2002 de 8 de Octubre para llevar a cabo los mandatos de la Constitución Española, exponiendo con precisión en la presente ley, que para respetar y aplicar plenamente el artículo 42¹⁸⁷ CE, es necesario facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad española, objetivo propio de la presente Ley¹⁸⁸. Se completa la disposición con los artículos que se desarrollan del 63 al 68 del LRC, de 220 a 237 RRC, para luego terminar con las resoluciones dictadas por la DGRN sobre el tema en cuestión. Los preceptos contenidos en los artículos del Código Civil derivan de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre,

¹⁸⁷ Artículo 42 CE: "*El Estado velará especialmente por la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero y orientará su política hacia su retorno*".

¹⁸⁸ Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad. [<https://www.boe.es/boe/dias/2002/10/09/pdfs/A35638-35640.pdf>].

que reformó el tema, sustituyendo a la Ley 51/1982 de 13 de julio de modificación de los artículos del 17 al 26 del Código Civil. Las modificaciones en cuanto a la nacionalidad hasta la fecha han sido las siguientes: La Ley 15/1993, de 23 de diciembre¹⁸⁹, la Ley 29/1995, de 2 de noviembre¹⁹⁰, la Ley 36/2002, la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, la Ley 12/2015, de 24 de junio, la Ley 26/2015, de 28 de julio y el Real Decreto 1004/2015, de 6 de noviembre¹⁹¹.

Como se ha podido observar, el ordenamiento español en materia de nacionalidad no incluye en un único texto las fuentes internas, esta característica es criticada por la doctrina que reclama una Ley especial de nacionalidad¹⁹².

5.3 LA ADQUISICIÓN

La adquisición de la nacionalidad española puede distinguirse en dos grupos:

- A) adquisición automática de la nacionalidad española;
- B) adquisición no automática de la nacionalidad española;
- A) La primera modalidad de adquisición incluye:

¹⁸⁹ Ley 15/1993, de 23 de diciembre, por la que se prorrogó el plazo para ejercer la opción por la nacionalidad española, establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 18/1990, de 17 de diciembre. [<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1993-30620>].

¹⁹⁰ Ley 29/1995, de 2 de noviembre, por la que se modifica el código civil en materia de recuperación de la nacionalidad. [boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A1995-23931].

¹⁹¹ PALAO MORENO, G., ESPINOSA CALABUIG, R., FERNÁNDEZ MASIÁ, E., AZCÁRRAGA MONZONÍS, C., LAPIEDRA ALCAMÍ, R., REIG FABADO, I., DE LORENZO SEGRELLES, M., *Nacionalidad y Extranjería*, Valencia 20182, p. 25.

¹⁹² ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A; «Inmigrantes e hijos de inmigrantes nacidos en España: vías de acceso a la nacionalidad española», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 90 (2010), pp. 103-126; p.103.

- *Adquisición de la nacionalidad española de origen por filiación - ius sanguinis-* que se dividirá en:
 - *Filiación natural* artículo 17.1¹⁹³ Código Civil, (De lo dispuesto en el artículo 17.1 CC se evidencia también el criterio subsidiario utilizado: el *ius soli*, sea en la primera parte del 17.1 b¹⁹⁴, que en la letra c¹⁹⁵.
- 2) *Filiación adoptiva* artículo 19.1¹⁹⁶ Código Civil.
- B) La segunda modalidad de adquisición comprende:
 - *Adquisición de la nacionalidad española por opción*, artículo 20¹⁹⁷ Código Civil y el artículo 23¹⁹⁸ CC.

¹⁹³ Artículo 17 CC: "1. Son españoles de origen: a) Los nacidos de padre o madre españoles. b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos, hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de funcionario diplomático o consular acreditado en España. c) Los nacidos de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad. d) Los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. A estos efectos, se presumen nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español.

2. La filiación o el nacimiento en España, cuya determinación se produzca después de los dieciocho años, no son por sí solos causa de adquisición de la nacionalidad española. El interesado tiene entonces derecho a optar por la nacionalidad española de origen en el plazo de dos años a contar desde aquella determinación.

¹⁹⁴ Artículo 17.1: "Son españoles de origen b) Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos, uno de ellos, hubiera nacido también en España".

¹⁹⁵ Artículo 17.1 c: "c) Los nacidos de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad".

¹⁹⁶ Artículo 19 CC: 1. El extranjero menor de dieciocho años adoptado por español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen.

¹⁹⁷ Artículo 20 CC: "1. Tienen derecho a optar por la nacionalidad española: a) Las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español. b) Aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España. c) Las que se hallen comprendidas en el segundo apartado de los arts. 17 y 19.

2. La declaración de opción se formulará: a) Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor incapaz. b) Por el propio interesado, asistido por su representante legal cuando aquél sea mayor de catorce años o cuando, aun estando incapacitado, así lo permita la sentencia de incapacitación. c) Por el interesado, por sí solo, si está emancipado o es mayor de dieciocho años. La opción caducará a los veinte años de edad, pero si el optante no estuviera emancipado según su ley personal al llegar a los dieciocho años, el plazo para optar se prolongará hasta que

- *Adquisición de la nacionalidad española por naturalización*, artículo 21 y 22 Código Civil, que se obtendrá mediante:

1) *Naturalización por carta de naturaleza*, artículo 21, párrafo 1¹⁹⁹ del Código Civil y el artículo 23 CC en el que se exponen los requisitos comunes para la validez de la adquisición.

2) *Naturalización por residencia*, artículo 21, párrafo 2²⁰⁰ del Código Civil, según las condiciones que señala el artículo 22²⁰¹ CC e también el

transcurran dos años desde la emancipación. d) Por el interesado, por sí solo, dentro de los dos años siguientes a la recuperación de la plena capacidad. Se exceptúa el caso en que haya caducado el derecho de opción el párrafo c).

3. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el ejercicio del derecho de opción previsto en el apartado 1.b) de este artículo no estará sujeto a límite alguno de edad*".

¹⁹⁸ Artículo 23 CC: "Son requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española por opción, carta de naturaleza o residencia: a) Que el mayor de catorce años y capaz para presentar declaración por sí jure o prometa fidelidad al Rey y obediencia a la constitución y a las leyes, b) Que la misma persona declare la renuncia a su anterior nacionalidad. Quedan a salvo de este requisito los naturales de países mencionados en el apartado 1 del art. 24 y los sefardíes originarios de España, c) Que la adquisición se inscriba en el Registro Civil español".

¹⁹⁹ Artículo 21, párrafo 1 CC: "La nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales".

²⁰⁰ Artículo 21, párrafo 2 CC: "La nacionalidad española también se adquiere por residencia en España, en las condiciones que señala el artículo siguiente y mediante la concesión otorgada por el Ministerio de Justicia, que podrá denegarla por motivos razonados de orden público o interés nacional".

²⁰¹ Artículo 22 CC: "Para la concesión de la nacionalidad por residencia se requiere que ésta haya durado diez años. Serán suficientes cinco años para los que hayan obtenido la condición de refugiado y dos años cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de Sefardíes.

2. *Bastará el tiempo de residencia de un año para: a) El que haya nacido en territorio español. b) El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar. c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud. d) El que al tiempo de la solicitud llevare un año casado con español o española y no estuviere separado legalmente o de hecho. e) El viudo o la viuda de española o español, si a la muerte del cónyuge no existiera la separación legal o de hecho. f) El nacido fuera de España de padre o madre, abuelo o abuela, que originariamente hubieran sido españoles.*

3. *En todos los casos, la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.*

A los efectos de lo previsto en el párrafo d) del apartado anterior, se entenderá que tiene residencia legal en España el cónyuge que conviva con funcionario diplomático o consular español acreditado en el extranjero.

artículo 23 CC que expone los requisitos como se ha expuesto anteriormente.

- *Adquisición de la nacionalidad española por posesión de estado*, artículo 18²⁰² del Código Civil

A) Adquisición automática de la nacionalidad española

- *Adquisición de la nacionalidad española de origen* por: 1) *filiación natural* se analiza en el artículo 17.1 a) del Código Civil en el que se expone que *son españoles de origen los nacidos de padre o madre españolas* y como hemos mencionado antes en el artículo 19.1 CC se define la 2) *nacionalidad por filiación adoptiva*; la peculiaridad de la adquisición de esta última reside en el hecho de que, a pesar de que la persona extranjera menor de 18 años no sea española, adquirirá la nacionalidad española de origen por igual desde su adopción. Además, en el caso de que el sujeto que se adopte tenga más de 18 años, podrá optar, mediante una declaración de voluntad, en el plazo de dos años, a partir de la constitución de la adopción, por la nacionalidad española de origen (párrafo 2.)

En el presente caso, por tanto, el medio jurídico que favorece la adopción permite el efecto retroactivo de la adquisición de la nacionalidad para españoles de origen. La ley permite así la protección de la unidad familiar, no generando prejuicios o desigualdades en el caso de que en un núcleo familiar estén presentes hijos biológicos e hijos adoptados, igualando con los mismos derechos y las mismas obligaciones a los hijos.

4. *El interesado deberá justificar, en el expediente regulado por la legislación del Registro Civil, buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española.*

5. *La concesión o denegación de la nacionalidad por residencia deja a salvo la vía judicial contencioso-administrativa*".

²⁰² Artículo 18 CC: "*La posesión y utilización continuada de la nacionalidad española durante diez años, con buena fe y basada en un título inscrito en el Registro Civil, es causa de consolidación de la nacionalidad, aunque se anule el título que la originó*".

El mismo Estado irá a identificar como nacional español a la persona a la que la ley reconozca, después del nacimiento, o la adopción, las condiciones necesarias para ser considerado nacional de origen.

A pesar de que en muchos países europeos se aplica el *ius sanguinis*, el *ius soli* también tiene importancia, aunque de forma subsidiaria. En el ordenamiento español se utiliza el criterio de *ius soli*, por lo que se refiere a la adquisición de la nacionalidad originaria en el artículo 17.1 b) del CC, permitiendo la adquisición a los nacidos en España de padres extranjeros, con la condición de que al menos uno de los dos padres haya nacido en España, con excepción de los hijos de funcionarios diplomáticos o consulares acreditados en España; en la letra c) del apartado 1 del artículo 17, atribuyendo la nacionalidad española de origen a los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieran de nacionalidad o si la legislación de ambos países no atribuye al hijo una nacionalidad; y, por último, en la letra d) del mismo artículo, garantizando a la persona nacida en España, cuya filiación no resulte determinada, la nacionalidad española, así como la presunción de nacimiento en el territorio español al menor de edad cuyo primer lugar de estancia haya sido el territorio español.

B) Adquisición no automática de la nacionalidad española

- *Adquisición de la nacionalidad por opción*, que en el artículo 20 del CC, trata al sujeto que tenga algún tipo de vínculo con un español como: la persona que está o ha estado sujeta a la patria potestad de un español, o sea hijo de un padre que haya sido originalmente español o haya nacido en España, sino también como expone el segundo apartado de los artículos 17 y 19: Los nacidos en España por padres extranjeros si, al menos, uno de ellos, hubiera nacido

también en España. A excepción de los hijos de funcionarios diplomáticos o consulares acreditados en España; en el caso de que el sujeto sea mayor de dieciocho años, tendrá la oportunidad de optar por la nacionalidad española de origen, en el plazo de dos años desde la constitución de la adopción y, además, en la Disposición Adicional séptima²⁰³ incluida en la Ley 52/2007, en la que, mediante resolución de 17 de marzo de 2010, se amplía el plazo del apartado 1²⁰⁴, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura, también llamada Ley de Memoria histórica. La particularidad de la adquisición de la nacionalidad por opción, presente en la disposición adicional séptima, está en que no exige ningún tipo de límite de edad para poder ejercerla, probablemente, precisamente para poder favorecer principalmente a las personas que perdieron la nacionalidad española por ser exiliadas (apartado 2 de la Disposición adicional 7), favoreciendo a los sujetos incluso con la simple acreditación de una partida de nacimiento de los abuelos.

²⁰³ Disposición adicional séptima. Adquisición de la nacionalidad española: "1. Las personas cuyo padre o madre hubiese sido originariamente español podrán optar a la nacionalidad española de origen si formalizan su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Disposición adicional. Dicho plazo podrá ser prorrogado por acuerdo de Consejo de Ministros hasta el límite de un año". "2. Este derecho también se reconocerá a los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio".

²⁰⁴ "Resolución de 17 de marzo de 2010, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de enero de 2010, por el que se amplía un año el plazo para ejercer el derecho de optar a la nacionalidad española recogido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura". Ref. BOE-A-2010-4853.

Según la norma general, la característica del modo de adquisición por opción es que debe someterse a plazos preestablecidos para ejercer este tipo de adquisición de la nacionalidad, como se puede observar en el artículo 20 II, párrafo c, del Código Civil. Además, la opción es una declaración de voluntad que no está sujeta a la imposición o a la homologación estatal es un derecho subjetivo y también difiere de otros modos de adquisición, ya que no está relacionada ni sujeta a ella, como, por el contrario, el criterio de la adquisición por posesión de estado, al uso continuado o la integración del sujeto en la sociedad, pero dependerá exclusivamente de la declaración de voluntad del sujeto, y en base a algunas circunstancias subjetivas como las enumeradas en el mismo artículo, que permitirán al individuo la posibilidad de optar por la nacionalidad española de origen o por la nacionalidad española no originaria.

- *Adquisición de la nacionalidad española por naturalización:*

La presente modalidad de adquisición debe estar sujeta a dos factores principales, el primero se refiere a la demanda de adquisición de la nacionalidad española por parte del extranjero y el segundo factor planteado por el Estado, que, a través de la autoridad competente, puede conceder o no la posibilidad de adquirirla y que, en caso afirmativo, coloca al extranjero en una posición jurídica de opción, permitiendo así al solicitante la oportunidad, en base a determinados requisitos establecidos por la ley, de poder solicitar o la adquisición por 1) *naturalización por carta de naturaleza* o 2) *la naturalización por residencia*.

- 1) *Naturalización por carta de naturaleza*

En el artículo 21.1 del Código civil español se encuentra la denominada adquisición de la *nacionalidad por carta de naturaleza*. Este artículo establece que la nacionalidad española se adquiere mediante el

Real Decreto de expedición de un certificado denominado *Carta de Naturaleza*, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales. Además, según el artículo 21.2 CC, se puede adquirir por concesión del Ministro de Justicia, en los casos de residencia en España y según los requisitos mencionados en el artículo 22 del CC.

En realidad, la concesión de la nacionalidad por carta de naturaleza es una facultad que la Administración española podría o no conceder discrecionalmente, como indica el artículo 366 RRC²⁰⁵. Las circunstancias excepcionales, como requisito para la obtención de la Carta de naturaleza, han suscitado muchas dudas, ya que, al no estar claramente determinadas, cualquier razón puede ser adecuada y válida para que el Gobierno conceda la Carta de Naturaleza sin ningún criterio efectivamente objetivo, hecho que podría en cierto sentido provocar desigualdades y discriminaciones de trato, ya que no se identifican los criterios mínimos para su concesión, como los que se enumeran en la nacionalidad por residencia que veremos más adelante²⁰⁶. Entre los ejemplos de las circunstancias consideradas excepcionales, la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, indica en el artículo 4.1 a las personas que han sido víctimas de atentados terroristas, y la Ley 12/2015 en el artículo 1²⁰⁷, considera que, entre las circunstancias excepcionales para adquirir la nacionalidad

²⁰⁵Artículo 366 RCC: "Cuando la concesión sea otorgable discrecionalmente o cuando dependa de circunstancias excepcionales o de motivos de orden público o interés nacional, los Encargados instructores y el Subdirector en sus propuestas se limitarán a enjuiciar los requisitos de fondo y forma, y a destacar los hechos probados o notorios que puedan ilustrar para la decisión".

"La resolución denegatoria se comunicará en estos casos a la Dirección General para que ordene las notificaciones que procedan".

"No es imperativa la resolución de peticiones de gracia. Se librárá recibo de su presentación".

²⁰⁶ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., DURÁN AYAGO, A., CARRILLO CARRILLO, B.L., *Curso de nacionalidad y extranjería*, Madrid 2008², pp. 106-107.

²⁰⁷ Ley 12/2015, de 24 de junio, en materia de concesión de la nacionalidad española a los sefardiés originarios de España, el https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7045 (Consultado 23.07.2020).

española por carta de naturaleza, recurra el caso de los sefardíes originarios de España, que puedan probar su condición y un vínculo particular con España; incluso en el caso de que no tengan residencia legal en el País, mediante certificados que demuestren la pertenencia a su comunidad judía o certificaciones análogas.

2) *La naturalización por residencia*, se considera el método de adquisición derivado de la nacionalidad española más utilizado. Según lo previsto, para su concesión necesita requisitos mínimos, como la presencia legal y continuada de una persona en el Estado español en caso de que quiera adquirir su nacionalidad. Según el artículo 22 del CC, para la concesión de la nacionalidad por residencia, los años requeridos son 10, pero que irán a disminuir según los casos particulares, en efecto se prevé una reducción de los años de residencia de:

- 5 años para los que son reconocidos refugiados;
 - 2 años para los nacionales de un país iberoamericano, Andorra, Filipinas, Portugal, Guinea Ecuatorial;
 - 2 años para Sefarditas;
 - 1 año para los nacidos en territorio español;
 - 1 año para quien no haya ejercido el derecho de opción;
-
- 1 año para las personas sometidas a la tutela o a la custodia de un ciudadano o de una entidad española durante dos años;
 - 1 año para las personas que, en el momento de la solicitud, estén casadas con un nacional español o española y no estén separadas de hecho o de derecho;
 - 1 año para los viudos o viudas de un español si al morir el cónyuge no existiera separación legal o, de hecho;

- 1 año para los nacidos fuera de España, pero cuyos padres o abuelos hayan sido nacionales de España;

además, según el párrafo 3 del mismo artículo, se precisa que la residencia deberá ser legal, de forma continuada, pero en particular inmediatamente antes de la solicitud.

Por lo que se refiere a la legalidad y a la inmediatez, la jurisprudencia considera que el primer requisito se deriva claramente de la veracidad de la autorización de residencia, que se comprobará inmediatamente, es decir, en el momento en que el solicitante solicita la nacionalidad.

Además, se considera que tiene residencia legal en España el cónyuge que convive con un funcionario diplomático o consular acreditado en el extranjero. El solicitante debe haber demostrado buena conducta cívica, integración en la sociedad española y acreditar su sustento en España.

Por lo que se refiere a la legalidad según la jurisprudencia, deberá comprobarse en el momento en que el demandante solicita la nacionalidad.

No obstante, en ambos casos, *carta de naturaleza o residencia*, como se indica en el párrafo 3 del artículo 21 CC, podrá ser solicitada por el sujeto emancipado o interesado que haya alcanzado la mayoría de edad; el sujeto mayor de catorce años con la asistencia de su representante legal; y, en caso de que la persona no haya alcanzado la edad de catorce años, podrá ser sustituido por su representante legal; el representante legal del sujeto incapaz o el mismo incapaz solo o asistido en virtud de la sentencia de incapacidad. En caso de que sea necesaria la presencia del representante legal, la solicitud sólo podrá ser formulada por éste, en presencia de un documento que certifique y autorice sus actos en

nombre del representado²⁰⁸. En el plazo de ciento ochenta días a partir de la notificación de la concesión por Carta de naturaleza o por residencia, el interesado deberá comparecer ante el funcionario competente para cumplir los requisitos exigidos en el artículo 23 CC.

Los requisitos comunes relativos a la validez de la adquisición de la nacionalidad española, ya sea por opción, carta de naturaleza o residencia, se encuentran en el artículo 23 CC, en el que se solicita que:

- El solicitante mayor de 14 años y capaz de hacer una declaración para sí mismo debe prometer fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes;
 - debe renunciar a su anterior nacionalidad, a menos que proceda de los países iberoamericanos: Andorra, Filipinas, Guinea, Portugal y los sefardíes originarios de España;
 - Se inscribe la adquisición de la nacionalidad en el Registro Civil español.
- *Adquisición de la nacionalidad española por posesión de estado*, contemplada en el artículo 18 CC: implica la posesión y utilización continuas de la nacionalidad española durante un período de tiempo de 10 años, sólo si el sujeto demuestra que actúa como ciudadano español, mediante comportamientos perpetuados y basados en la buena fe y un título inscrito en el Registro Civil. Esta conducta permite la consolidación de la nacionalidad, a pesar de la anulación del título que la creó en una fase anterior.

²⁰⁸ Artículo 20 CC apartado 2 letra a): “La declaración de opción se formulará: Por el representante legal del optante, menor de catorce años o incapacitado. En este caso, la opción requiere autorización del encargado del Registro Civil del domicilio del declarante, previo dictamen del Ministerio Fiscal. Dicha autorización se concederá en interés del menor o incapaz”.

Por tanto, son tres los requisitos exigidos por la ley para que se adquiriera la consolidación de la nacionalidad por posesión de estado:

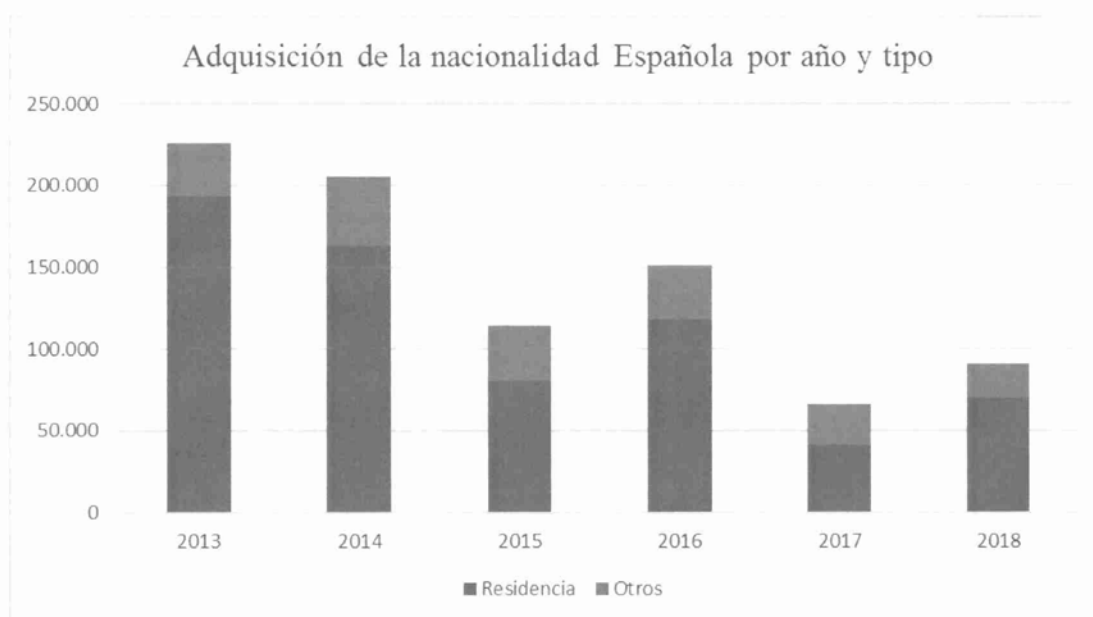
1. Posesión y uso continuado de la misma durante 10 años;
2. La buena fe realizada durante dicho período;
3. La inscripción del título que certifique y demuestre la posesión de la nacionalidad.

Teniendo en cuenta los dos últimos requisitos, como la buena fe y la inscripción del título en el registro civil, el precepto de buena fe parece estar relacionado con la demostración de la inscripción y del título en el Registro Civil, pero, en realidad, la buena fe debería ser demostrada jurídicamente, siempre que no se demuestre lo contrario mediante conductas inadecuadas a las exigidas en el plazo establecido. La conducta que podría inducir a dudar de la veracidad del título sería la aplicación de actos jurídicos durante un período de diez años, que demuestren lo contrario, como la realización de gestiones para adquirir otros tipos de nacionalidades diferentes de la presente²⁰⁹. En conclusión, el sujeto tendrá que comportarse en este período como un español de origen.

Lo que puede entenderse del proceso de adquisición de la nacionalidad española es que, entre las diversas formas de adquisición, la mayor demanda de adquisición de la nacionalidad corresponde a la nacionalidad por residencia.

²⁰⁹ MEIX CERECEDA, P., «La adquisición de la nacionalidad en España», en *Democrazia e Sicurezza-Democracy and Security Review* 4 (2018), pp. 23-70. pp. 42-45.

GRÁFICO 1. ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR AÑO (2013-2018) Y TIPO



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE).

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Residencia	193.731	162.788	80.146	117.994	41.180	69.771
Otros	32.062	43.092	34.205	32.950	25.318	21.003

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE).

En el gráfico se observa que de 2013 a 2018, entre las modalidades de adquisición de la nacionalidad española, los solicitantes de la nacionalidad por residencia son mayores que otras modalidades de adquisición, a pesar de que se observa anualmente una disminución de esta.

GRÁFICO 2. ADQUISICIÓN DA LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA SOBRE EL TOTAL (Residencia + otros), AÑO (2018).



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Instituto Nacional de Estadística (INE).

El mapa representa la adquisición de la nacionalidad española sobre el total (residencia + otros) en las diversas comunidades autónomas, según el análisis de los datos de 2018 extraídos del Instituto Nacional de Estadística (INE). También se identifica la procedencia y el número total de extranjeros que adquieren la nacionalidad española, especificando la comunidad autónoma y proporcionando el número total de personas que

viven en ella. Cada bandera representa la mayoría del total del Estado de procedencia de las personas que adquieren la nacionalidad española.

En Andalucía en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 8.681 personas, la mayoría, que equivale a 3.772 es procedente de África de los cuales 3.231 de Marruecos.

En Aragón en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 2.828 personas, la mayoría, que equivale a 1.274 procedente de África, de las cuales 807 de Marruecos.

En el Principado de Asturias en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 1.193 personas, la mayoría, que equivale a 488 procedentes de Sudamérica, de las cuales 109 provienen de Paraguay.

En las Islas Baleares en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 2.903 personas, la mayoría, que equivale a 1.394 procedentes de Sudamérica, de las cuales 332 proceden de Bolivia.

En las Islas Canarias en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 4.336 personas, la mayoría equivalente a 1.804 procedentes de Sudamérica, de las cuales 553 proceden de Colombia.

En Cantabria en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 796 personas, la mayoría equivalente a 418 procedentes de Sudamérica, de las cuales 125 provienen de Perú.

En Castilla-La Mancha en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 3.183 personas, la mayoría, que equivale a 1.396 procedentes de África, de las cuales 1.237 proceden de Marruecos.

En Castilla y León en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 2.953 personas, la mayoría, que equivale a 1.119 procedentes de África, de las cuales 949 proceden de Marruecos.

En Cataluña en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 20.103 personas, la mayoría, que equivale a 8.671 procedentes de África, de las cuales 7.105 proceden de Marruecos.

En Ceuta en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 185 personas, la mayoría, que equivale a 178 procedentes de África, precisamente de Marruecos.

En Extremadura en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 672 personas, la mayoría, lo que equivale a 325 procedentes de África, de las cuales 309 proceden de Marruecos.

En Galicia en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 2.373 personas, la mayoría, que equivale a 1.173 procedentes de Sudamérica, de las cuales 283 provienen de Brasil.

En la Rioja en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 724 personas, la mayoría, equivalente a 263 procedentes de África, de las cuales 194 proceden de Marruecos.

En la Comunidad de Madrid en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 17.558 personas, la mayoría, que equivale a 8.540 procedentes de Sudamérica, de las cuales 1.822 de Bolivia.

En Melilla, en el año 2018, adquirieron la nacionalidad española un total de 221 personas, la mayoría, equivalente a 207 procedentes de África, concretamente de Marruecos.

En la Región de Murcia en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 5.480 personas, la mayoría, que equivale a 2.879 procedentes de Sudamérica, de las cuales 1.753 del Ecuador.

En la Comunidad Foral de Navarra en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 2.140 personas, la mayoría, que equivale a 990 procedentes de África, de las cuales 665 de Marruecos.

En País Vasco en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 4.944 personas, la mayoría, que equivale a 2.014 procedentes de Sudamérica, de las cuales 718 proceden de Bolivia.

En la Comunitat Valenciana en el año 2018 adquirieron la nacionalidad española un total de 9.501 personas, la mayoría, que equivale a 4.235 procedentes de Sudamérica, de las cuales 1.103 de Ecuador.

El mapa ilustra que en 2018 los ciudadanos marroquíes adquirieron en mayor medida la nacionalidad española y en parte menor los sujetos procedentes de Sudamérica: Perú, Ecuador, Bolivia, Colombia, Brasil y Paraguay.

Las dinámicas migratorias, cuyas directrices y cuya composición cambia con el tiempo, se caracterizan ahora en la nación española por la transferencia de sujetos de las zonas más pobres y menos seguras a las más prósperas. En efecto, como se ha podido comprobar, los inmigrantes proceden en gran número del Norte de África, posiblemente por razones también de proximidad con el territorio español, pero también, aunque en parte menor de América Latina: Se supone que los motivos se refieren a un origen económico-laboral.

La mayoría de los inmigrantes son jóvenes, dispuestos a cuestionar su propio camino existencial, a afrontar la mayoría de las veces viajes peligrosos e imprevisibles. Sin embargo, la continua llegada de inmigrantes es útil para satisfacer las necesidades de mano de obra, sobre todo en las regiones autónomas del sur, ya que estas masas humanas se adaptan a cualquier condición, aceptando también trabajos humildes y mal

pagados. Su integración en el sector de los servicios responde a las exigencias de la fuerte segmentación del mercado de trabajo.

5.4 LA PÉRDIDA Y LA RECUPERACIÓN

De conformidad con el artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), toda persona tiene derecho a una nacionalización y no se podrá privar arbitrariamente ni de la nacionalidad ni el derecho a cambiar la nacionalidad. A nivel estatal, la Constitución española de 1978 señala en el artículo 11.2: *“Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad”*. Esto significa que no es posible que los españoles de origen pierdan la nacionalidad por sanción. En relación con la redacción original del artículo 24 del Código Civil, que establecía la pérdida de la nacionalidad española en el momento en que se adquiriera la nacionalidad de un país extranjero. Con la redacción vigente de la ley 36/2002 del 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, el Código Civil español desarrolla de manera específica, a los artículos 24 y 25, los casos en que se produzca la pérdida de la nacionalidad española y en el artículo 26, cuando sea posible su recuperación, ya que la pérdida de la nacionalidad española no es irreversible. Pero incluso antes de la ley de 2002 las bases para una modificación de la ley de la nacionalidad, y específicamente en el caso de la pérdida de la nacionalidad española serán dirigidas por el artículo 24 párrafo 2²¹⁰ de la Constitución de 9 de diciembre de 1931 y el artículo 22

²¹⁰ Artículo 24 párrafo 2: *“La calidad de español se pierde Por adquirir voluntariamente naturaleza en país extranjero”*.

párrafo 1²¹¹ de la Ley de 15 de julio de 1954. Ambos artículos vinculan la pérdida de la nacionalidad a una situación de voluntariedad del sujeto²¹².

Pérdida voluntaria de la nacionalidad española

El Código Civil al artículo 24 trata de la pérdida voluntaria de la nacionalidad española por parte de:

"Emancipados": son los ciudadanos que, son independientes de su familia de origen, residen habitualmente en el extranjero o han adquirido otra nacionalidad. Sin embargo, se pierde la nacionalidad española solo después tres años de la adquisición de la nueva nacionalidad o de la emancipación. Esta pérdida puede evitarse si el interesado declara en el plazo de tres años al encargado del Registro Civil que desea conservar la nacionalidad española²¹³.

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos como Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal no se considera suficiente para que se produzca la pérdida de la nacionalidad de origen.

Se analiza también que en todos los casos pierden la nacionalidad española todos los demás ciudadanos emancipados que declaran renunciar a ella expresamente, o

²¹¹Artículo 22 párrafo 1: "*Perderán la nacionalidad española los que hubieran adquirido voluntariamente otra nacionalidad*".

²¹² ESPÍN ALBA, I. E., «Nacionalidad, ciudadanía y emigración española: a propósito de las últimas modificaciones legislativas en materia de nacionalidad», en *Derecho privado y Constitución* 24 (2010), pp. 291-332. pp. 308-310.

²¹³ Ley 8 de octubre de 2002 n. 36.

que poseen otra nacionalidad, o residen habitualmente en el extranjero.

Los nacidos o residentes en el extranjero, pero de nacionalidad española por ser hijos de padre o madre española nacidos en el extranjero, pierden la nacionalidad española si las leyes del país donde residen les atribuyen la nacionalidad del mismo. Se puede evitar tal pérdida mediante la declaración de querer conservar la ciudadanía española ante el encargado del Registro Civil en el plazo de 3 años, a contar desde su mayoría de edad o emancipación, de lo contrario perderán en todos los casos la nacionalidad española.

Entre las modalidades enunciadas de pérdida de la nacionalidad, se excluye la pérdida de la nacionalidad en caso de que España estuviera en guerra.

Como se ha podido observar en el artículo 24, la modalidad de pérdida de la nacionalidad descrita no se entiende exclusivamente en sentido de privación mediante un acto establecido por la autoridad estatal, pero se circunscribe también a la renuncia efectiva y voluntaria de un sujeto de nacionalidad española que vive en el extranjero y ha adquirido la nacionalidad de ese determinado País. La persona legitimada, en el presente caso, la persona emancipada o renunciante, para hacer que se ejecute la pérdida de la nacionalidad deberá demostrar claramente que ha adquirido en las modalidades establecidas una nacionalidad distinta de la española que implique, la pérdida del original. Esta demostración se realiza para prevenir que el sujeto respetando las leyes del Estado español

no se encuentre en una situación de apátrida, ya que no es un derecho que se reconoce en la Constitución Española. Por el contrario, en lo que respecta a los países iberoamericanos, la ley concede la posibilidad de doble nacionalidad con dichos países, siempre que no haya una renuncia explícita de la nacionalidad española. De esta oportunidad sólo pueden beneficiar los españoles de origen²¹⁴. La Ley 36/2002, de 8 de octubre, es partidaria de la introducción de un nuevo apartado del artículo 24.3 en el que el tipo de adquisición de la nacionalidad que se menciona se efectúa de forma involuntaria. La inadvertencia de la adquisición radica en la aplicación de la ley que forma parte del país de residencia del sujeto. En realidad lo que pretende evitar la ley en el artículo 24.3 del Código Civil es la persistencia de las estirpes de los españoles en el extranjero, estableciendo la pérdida de la nacionalidad española para los hijos de padre o madre españoles y han nacido en el extranjero, pero dando la oportunidad de conservar la nacionalidad española mediante una declaración en un plazo de tres años²¹⁵. La evidente discriminación aplicada por el legislador no parece tener una explicación, ya que pone en clara inferioridad discriminatoria a una persona que ha adquirido la nacionalidad española mediante la modalidad por *carta de naturaleza*, con la pérdida definitiva de la nacionalidad española.

Pérdida de la nacionalidad española por sanción

Según el artículo 25 del Código Civil, se legisla la pérdida de la nacionalidad española para los ciudadanos no de origen:

²¹⁴ VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «Comentario al artículo 24 del Código civil», en *Código Civil Comentado. Normas jurídicas, personas, domicilio. Comentarios a los artículos 1 a 41 del Código civil* (2010), pp. 1-3.

²¹⁵ LINACERO DE LA FUENTE, M., «La Nacionalidad: comentario a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de Modificación del Código Civil en materia de nacionalidad», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia 2004, pp. 2707-2742, p. 2736.

si durante un período de tres años utilizan la nacionalidad anterior a la que habían declarado renunciar

Cuando entran en el servicio de las Fuerzas Armadas extranjeras u ocupan cargos políticos en Estados extranjeros voluntariamente y sin el consentimiento del Gobierno español.

Se especifica que, en el caso de que se haya adquirido la nacionalidad española a través de declaraciones o documentos falsos u ocultados, confirmados después por una sentencia definitiva, todos los actos realizados que habrían generado la adquisición de la nacionalidad española producirían la nulidad de dicha adquisición, nulidad que no repercutiría en los efectos perjudiciales para los terceros que hayan realizado de buena fe.

Recuperación de la nacionalidad española

En el artículo 26 del Código Civil, la ley grava las modalidades de recuperación de la nacionalidad española perdida, en los siguientes casos:

si se tiene residencia legal en España;

si se declara que desea recuperarla ante el representante del Registro Civil;

si se registra la recuperación de la misma en el Registro Civil.

Quien se encuentre en los supuestos previstos en el artículo precedente, no podrá recuperar o adquirir la nacionalidad española, a falta de la previa concesión discrecional de la habilitación por parte del Gobierno.

Así pues, para que se produzca la recuperación de la nacionalidad española, el sujeto deberá demostrar inevitablemente que ha sido un nacional español en antecendencia, que ha perdido la misma nacionalidad, y que ha residido legalmente en el territorio español, como se expone en el artículo 2 del LRC y según la (IDGRN) Dirección General de los Registros y del Notariado de 7 de febrero de 2007 que indica la importancia de justificar y demostrar que ha ostentado anteriormente la nacionalidad española.

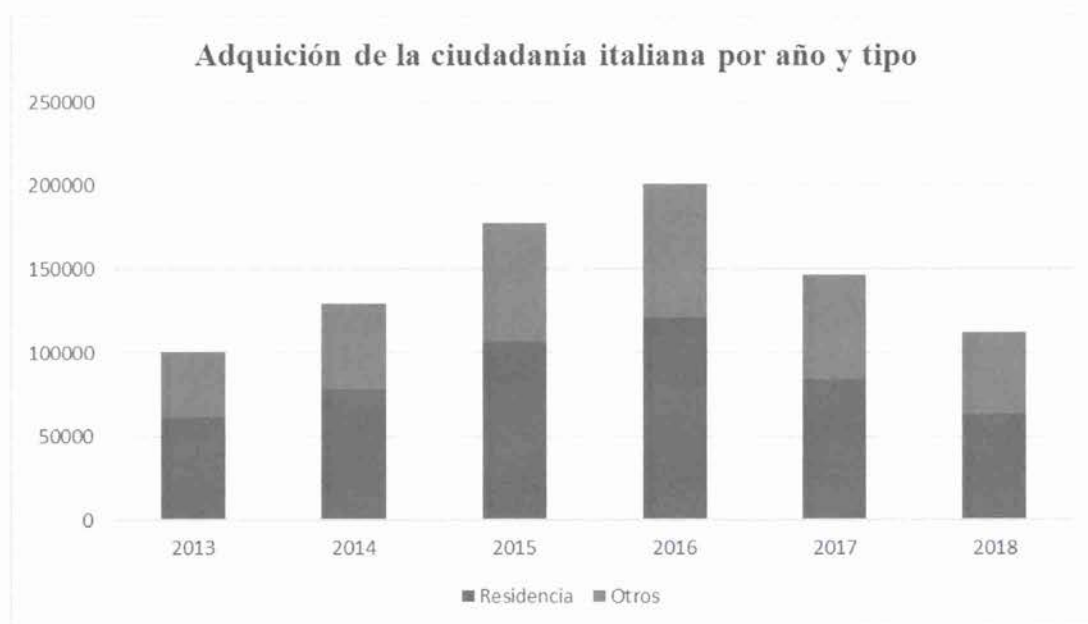
Haciendo una comparación con las leyes anteriores en materia de nacionalidad, que se caracterizaban por la mayor estrechez y limitación en la acogida de los extranjeros y la recuperación de la nacionalidad por parte de los mismos. La Ley 29/1995 de 2 de noviembre sobre la recuperación de la nacionalidad española, exigía entre los requisitos principales la residencia legal en España, la voluntad de recuperarla, la renuncia de la nacionalidad anterior adquirida, demostrables mediante actos administrativos obligatorios, como su inscripción en el Registro Civil. Con la ley 36/2002 en relación con los requisitos anteriores, se suprime el requisito de renuncia de la anterior nacionalidad, pero se mantiene el requisito de residencia en España, la declaración ante el encargado del Registro Civil y la inscripción de la declaración. Se analiza probablemente que el hecho de tener que renunciar obligatoriamente a la nacionalidad anteriormente adquirida habría supuesto un obstáculo de difícil superación, porque no favorecería la situación jurídica y económica en la

que se encontraban los emigrantes españoles²¹⁶. En definitiva, ha habido una simplificación real en la práctica.

²¹⁶ AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., *Intervención Consular en Derecho Internacional Privado*, Sevilla 2005, p. 33.

5.5 PERFILES DE COMPARACIÓN

GRÁFICO 3. ADQUISICIÓN DE LA CIUDADANÍA ITALIANA POR AÑO Y TIPO (2013-2018).



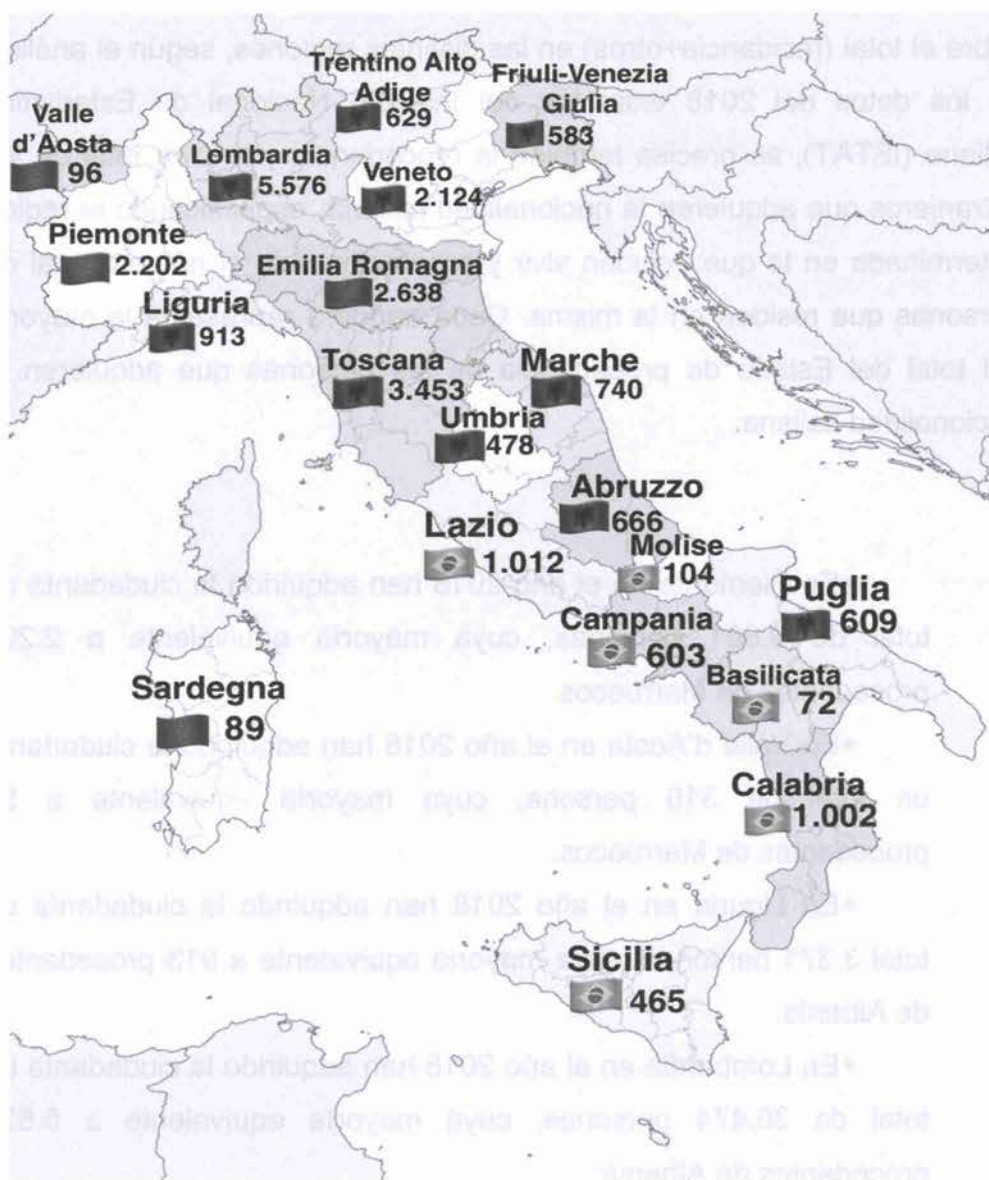
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT).

Año	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Residencia	61.462	78.068	107.278	121.135	84.516	63.613
Otros	39.250	51.819	70.757	80.456	62.089	48.910

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT).

Del presente gráfico es posible observar que del año 2013 se ha estado en presencia de un crecimiento relacionado a la adquisición de la nacionalidad italiana que ha alcanzado un máximo en del 2016. Del 2016 al 2018 el objeto de estudio experimentó un decrecimiento donde se retoman los valores del 2013.

GRÁFICO 4. ADQUISICIÓN DA LA CIUDADANÍA ITALIANA SOBRE EL TOTAL (Residencia + otros) AÑO (2018)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Istituto Nazionale di Statistica (ISTAT).

El presente Mapa representa la adquisición de la ciudadanía italiana sobre el total (residencia+otros) en las distintas regiones, según el análisis de los datos del 2018 extractos del Instituto Nacional de Estadística italiano (ISTAT), se precisa también la procedencia y la cifra total de los extranjeros que adquieren la nacionalidad italiana, especificando la región determinada en la que deciden vivir y proporcionando el número total de personas que residen en la misma. Cada bandera representa la mayoría del total del Estado de procedencia de las personas que adquieren la nacionalidad italiana.

- En Piemonte en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 9.801 personas, cuya mayoría equivalente a 2.202 procedentes de Marruecos.

- En Valle d'Aosta en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 316 persona, cuya mayoría equivalente a 96 procedentes de Marruecos.

- En Liguria en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total 3.371 personas, cuya mayoría equivalente a 913 procedentes de Albania.

- En Lombardia en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 30.474 personas, cuya mayoría equivalente a 5.576 procedentes de Albania.

▪ En Trentino Alto Adige en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 2.667 persona, cuya mayoría equivalente a 629 procedentes de Albania.

▪ En Veneto en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 15.536 personas, cuya mayoría equivalente a 2.124 procedentes de Albania.

▪ En Friuli- Venezia Giulia en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 2.522 perswonas, cuya mayoría equivalente a 583 procedentes de Albania.

▪ En Emilia Romagna en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 13.446 personas, cuya mayoría equivalente a 2.638 procedentes de Marruecos.

▪ En Toscana en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 9.349 personas, cuya mayoría equivalente a 3.453 procedentes de Albania.

▪ En Umbria en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 1.692 personas, cuya mayoría equivalente a 478 procedentes de Albania.

▪ En las Marche en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 3.580, cuya mayoría equivalente a 740 procedentes de Albania.

▪ En Lazio en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 6.943 personas, cuya mayoría equivalente a 1.012 procedentes de Brasil.

▪ En Abruzzo en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 2.682 personas, cuya mayoría equivalente a 666 procedentes de Albania.

▪ En Molise en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 426 personas, cuya mayoría equivalente a 104 procedentes de Brasil.

▪ En Campania en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 2.538 personas, cuya mayoría equivalente a 603 procedentes de Brasil.

▪ En Puglia en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 1.561 personas, cuya mayoría equivalente a 609 procedentes de Albania.

▪ En Basilicata en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 252 personas, cuya mayoría equivalente a 72 procedentes de Brasil.

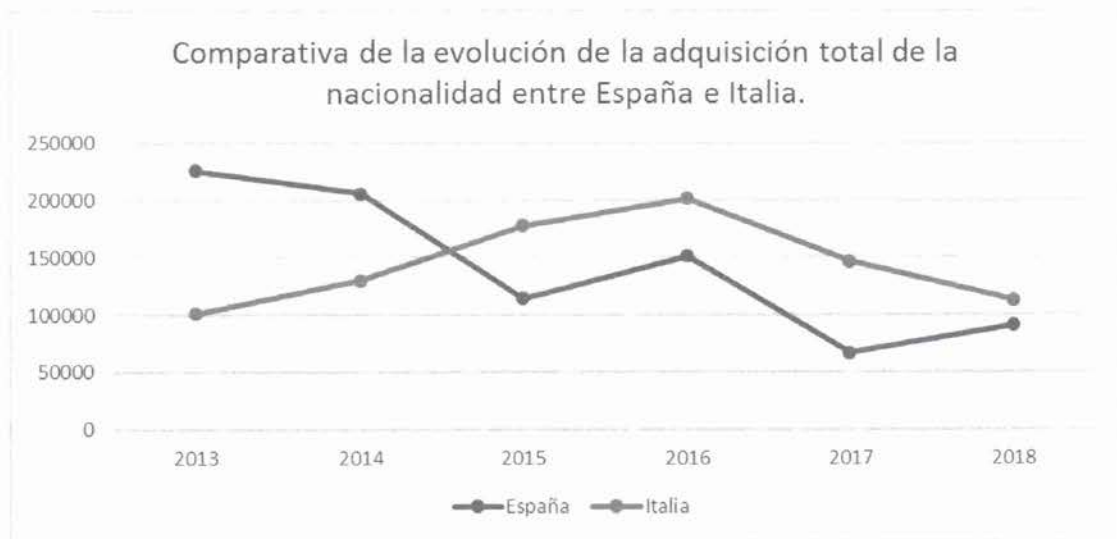
▪ En Calabria en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 2.011 personas, cuya mayoría equivalente a 1.002 procedentes de Brasil.

▪ En Sicilia en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 2.712 personas, cuya mayoría equivalente a 465 procedentes de Brasil.

▪ En Sardegna en el año 2018 han adquirido la ciudadanía un total de 644 personas, cuya mayoría equivalente a 89 procedentes de Marruecos.

El mapa ilustra que en 2018 adquirieron la nacionalidad italiana, sobre todo los ciudadanos albaneses, sujetos procedentes de la península balcánica, y en parte menor de Sudamérica precisamente de Brasil y de África del Norte, especialmente de Marruecos.

GRÁFICO 5. COMPARATIVA DE LA EVOLUCIÓN DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ENTRE ESPAÑA E ITALIA.



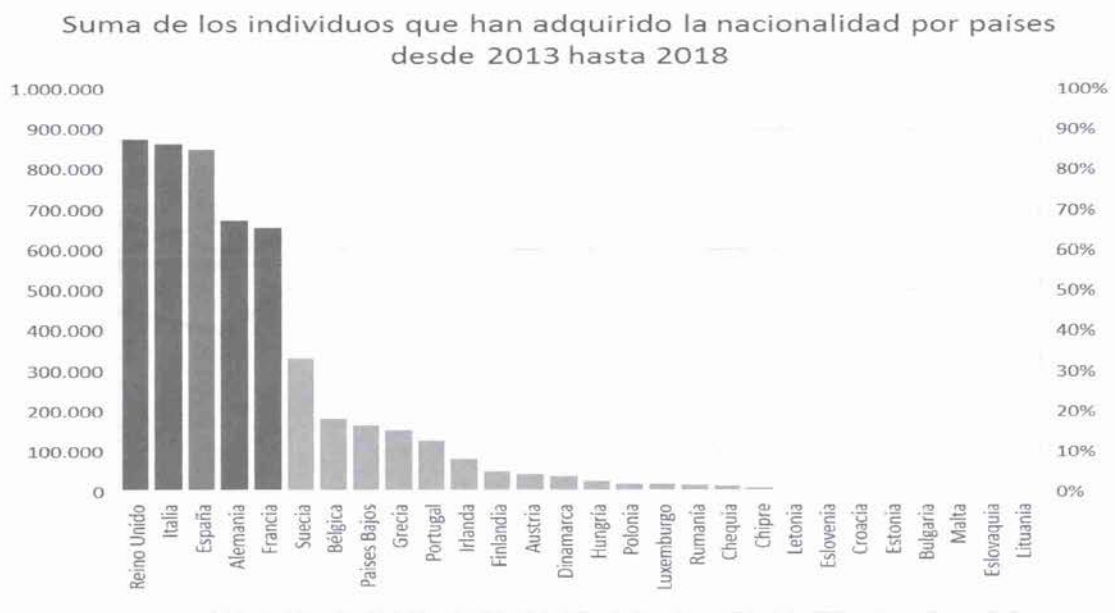
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del Instituto Nacional de Estadística Español (INE) y del Istituto Nazionale di Statistica italiano (ISTAT).

Confrontando los datos extraídos del INE y del ISTAT es posible observar del gráfico que mientras España ha mantenido una evolución descendente, aunque en el último año se puede observar un aumento en relación a la adquisición de la nacionalidad, en Italia es posible dividir el proceso en dos fases: hasta el 2016 la adquisición de la nacionalidad italiana ha sido creciente y desde el 2016 en adelante decreciente. Independientemente del número de nuevos nacionales anual en cada país, las diferencias de adquisición de nacionalidad entre países se van reduciendo.

A partir del 2015 las variables muestran una relativa correlación entre ellas, podríamos deducir que sería debido por un principio de causalidad, que ha determinado un flujo migratorio subyacente común de España e Italia hasta la actualidad. Confrontando los dos mapas es posible ver que la procedencia de los ciudadanos que llegan para adquirir la nacionalidad en España y en Italia es por la mayoría distinta, porque en España la mayoría de las personas que deciden adquirir la nacionalidad procede de Marruecos, mientras que la mayoría de los sujetos que adquieren la ciudadanía italiana proceden de Albania.

Este análisis muestra que no está presente un principio de causalidad subyacente que pone en común Italia y España, como se pensaba en principio, por esta razón se ha procedido a realizar una comparativa con el resto de países de la Unión Europea según los datos extraídos de Eurostat.

GRÁFICO 6. SUMA DE LOS INDIVIDUOS QUE HAN ADQUIRIDO LA NACIONALIDAD POR PAÍSES DESDE 2013 HASTA 2018.



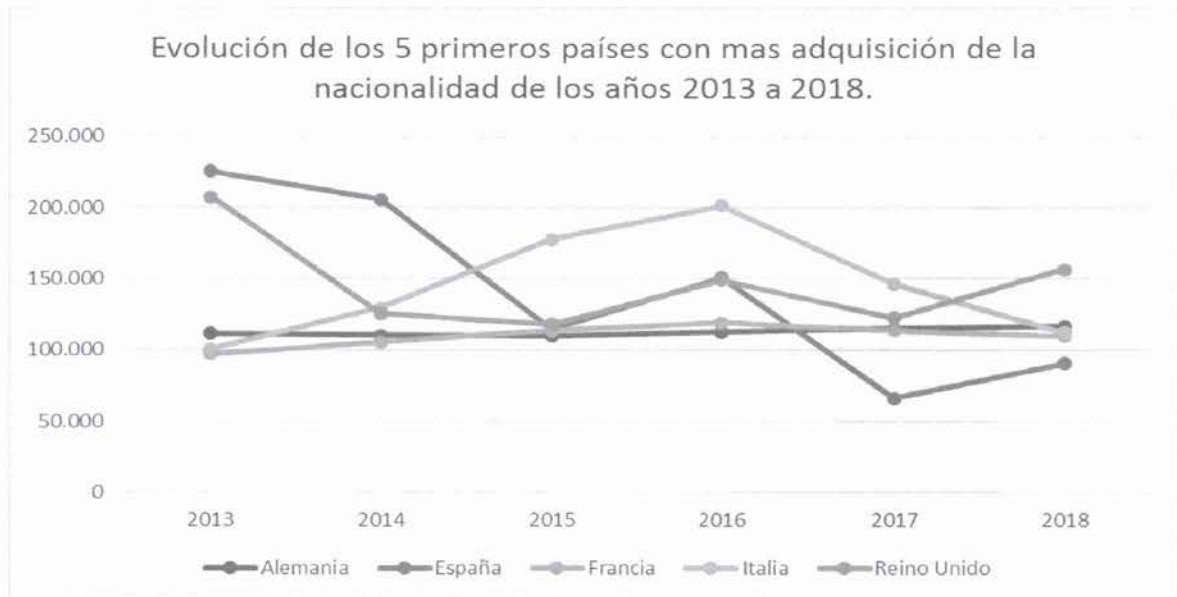
Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de (EUROSTAT).

El mapa representa la suma de los individuos que han adquirido la nacionalidad por países desde los años 2013 hasta 2018. Que se ha calculado sumando cada uno de los valores anuales de cada país de la Unión Europea.

Se puede apreciar que después de Francia el número de adquisiciones de nacionalidad desciende significativamente.

En base a este dato, se han generados dos conjuntos, el primero con los 5 países que tienen unas adquisiciones de nacionalidad más altas como el Reino Unido Italia Alemania y Francia y el segundo con el resto.

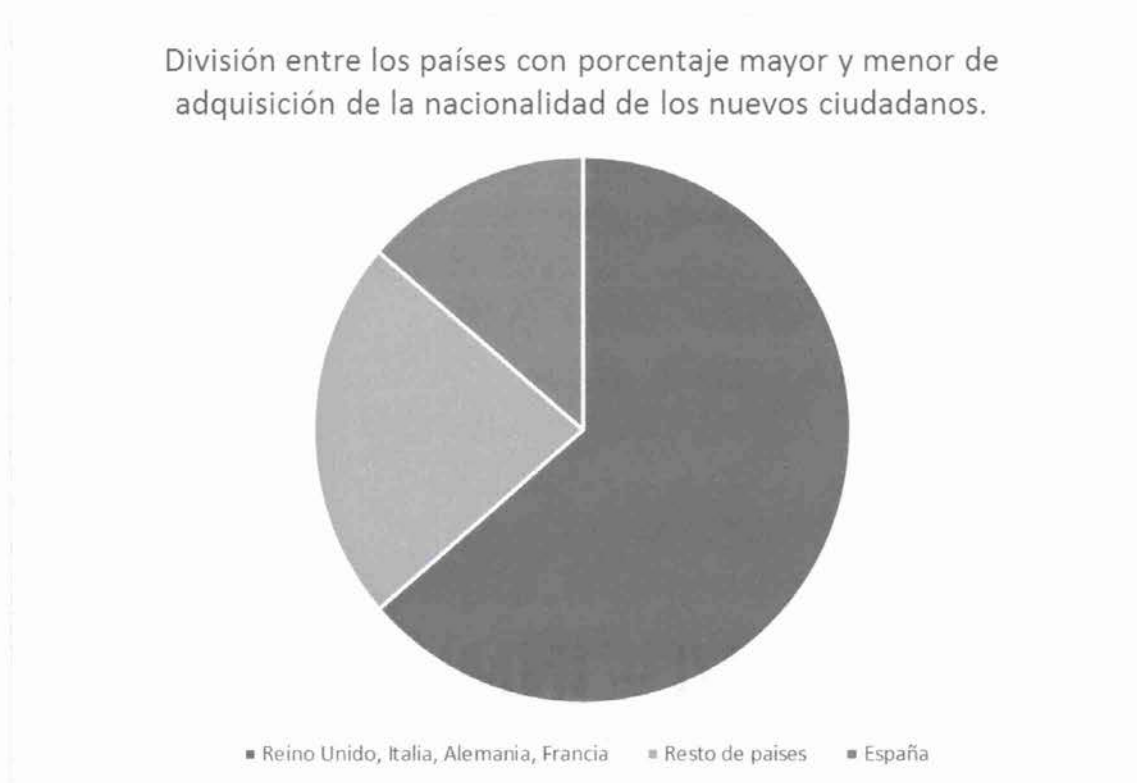
GRÁFICO 7. EVOLUCIÓN DE LOS 5 PRIMEROS PAÍSES CON MAS ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD DE LOS AÑOS 2013 A 2018.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del (EUROSTAT).

Desde el Grafico es posible observar que la fluctuación migratoria relacionada a la adquisición de la nacionalidad es muy parecida entre Italia y España. Reino Unido fluctúa entre los 200.000 y 100.000. En Francia y Alemania se mantiene estable en España y Italia existe un alto nivel de volatilidad.

GRÁFICO 8. DIVISIÓN ENTRE LOS PAÍSES CON PORCENTAJE MAYOR Y MENOR DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD DE LOS NUEVOS CIUDADANOS.



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos del (EUROSTAT).

Se puede apreciar en definitiva del gráfico que casi el 77% de las nuevas adquisiciones de la nacionalidad de toda Europa está dividido en tan solo 5 países, donde España representa el 16% y los otros países representan el 23%.

VI – INMIGRACIÓN E INTEGRACIÓN SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

VI – INMIGRACIÓN E INTEGRACIÓN SOCIAL EN LA UNIÓN EUROPEA

6.1 LOS DERECHOS DE LIBERTAD

Los derechos de libertad son derechos atribuibles a todo ser humano y de hecho fundamentales, universales, por lo tanto absolutos *erga omnes* puesto que se hacen valer ante todos, están presentes en todos los ordenamientos jurídicos y, al desarrollarse en una relación dicotómica, garantizan y exaltan las diferencias personales propias de cada sujeto, haciéndolo único respecto a los demás por la nacionalidad, el sexo, la lengua, las condiciones individuales y, al mismo tiempo, garantizan la igualdad de cada individuo como persona igual a todas las demás²¹⁷.

En el marco normativo de la Unión Europea las primeras referencias a los derechos fundamentales, se mencionaron con el Acta Única Europea de 1986 que entró en vigor en julio de 1987, anticipada por el Proyecto de Tratado que instituyó la Unión Europea, aprobado el 14 de febrero de 1984 por el Parlamento Europeo denominado “Tratado Spinelli”, que protegía y reconocía en sus orientaciones programáticas a todas las personas los derechos y libertades fundamentales consagrados en los principios comunes de las Constituciones europeas y en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, modificando así la Comunidad mediante un ambicioso procedimiento democrático de adopción de la misma, que luego no entró

²¹⁷ FERRAJOLI, L., «I diritti fondamentali come dimensioni della democrazia costituzionale», en *Ricerche giuridiche* 3/2 (2014), pp. 211-222, p. 212.

en vigor, pero que posteriormente se relanzó con la adopción del Acta Única Europea que emulaba el “Tratado Spinelli”²¹⁸.

Los derechos de libertad se desarrollan en el derecho interno de cada Estado a través de las Constituciones, pero también se contemplan en el ámbito internacional a través de los Tratados internacionales como: la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966; el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma en 1950; la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y de la Adolescencia, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza en 2000 y una segunda vez en Estrasburgo en 2007.

Estos derechos constituyen un instrumento de defensa que el individuo puede ejercer por posibles abusos sufridos, aplicados tanto por otras personas como por el Estado.

En este panorama europeo, los derechos de libertad desempeñan un papel fundamental en los Estados, ya que representan a todas las personas.

Los documentos citados han tenido y tienen un papel fundamental en el respeto de las libertades de la persona humana y han nacido para ser aplicados y tutelar a la humanidad. Está claro que los tratados internacionales no sustituyen a las leyes nacionales de los Estados y a las propias realidades políticas, sino que se benefician de dos complejas realidades legislativas como la europea y la nacional.

²¹⁸ VILLANI, U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari 2014³, pp. 15-16.

Ferrajoli Analizando los llamados derechos universales de las cartas nacionales e internacionales ha reflexionado que la Declaración Universal de 1948 es el resultado de una internacionalización de los derechos fundamentales, aunque en forma utópica²¹⁹.

Zolo, afirma que un constitucionalismo mundial resultaría difícil o incluso imposible, ya que a pesar de que se habla de globalización, siempre hay límites de las naciones individuales que implican diferencias entre Estados, ciudadanía y personas, por lo tanto, el concepto de universalidad es desafinado al extremo²²⁰.

En algunos casos, las disposiciones vigentes contienen normas, en su mayoría generales o restrictivas, que pueden crear obstáculos de carácter pragmático, en particular en materia de libertad de circulación de los migrantes, gozan de garantías internacionales reducidas. La insatisfacción de la actualidad nos plantea una evolución del Derecho según el espíritu de una nacionalización del individuo europeo que unifique a todos los ciudadanos de la unión europea recuperando el respeto y la protección de esos derechos enunciados a nivel teórico, donde nacerá una necesidad de la unificación de todos los derechos teóricos que se aplican a los migrantes en el conjunto de reglas internacionales específicas, para dar soporte a esta nueva identidad europea.

6.2 LA LIBRE CIRCULACIÓN DE LAS PERSONAS

El primer derecho del que es titular todo ciudadano europeo es la libertad de circulación y residencia de las personas dentro de la Unión

²¹⁹ FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari 2001, p. 370.

²²⁰ ZOLO, D., «Libertà, proprietà e uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali», en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari 2001³, p. 49.

Europea. El fundamento jurídico de este principio se establece, según los artículos:

- Artículo 3 apartado 2 del Tratado de la Unión europea (TUE)²²¹;
- Artículo 20 apartado 2 del Tratado de funcionamiento de la Unión europea (TFUE)²²²;
- Artículo 21 apartado 1 del Tratado de funcionamiento de la Unión europea (TFUE)²²³;
- Título IV e V del Tratado de funcionamiento de la unión europea (TFUE);
- Artículo 45 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)²²⁴.

²²¹ Artículo 3 apartado 2 TUE (antiguo artículo 2 TUE): *“La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas juntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia”*.

²²² Artículo 20 apartado 2 TFUE (antiguo artículo 17 TCE): *“Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: de circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros; de sufragio activo y pasivo en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instituciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en esa misma lengua. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro de los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos”*.

²²³ Artículo 21 apartado 1 TFUE (antiguo artículo 18 TCE): *“Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación”*.

²²⁴ Artículo 45 CDFUE Libertad de circulación y de residencia: *“1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estado miembros”; 2. Podrá concederse libertad de circulación y de residencia, de conformidad con lo dispuesto en los Tratados, a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de un Estado miembro”*.

El actual derecho ya estaba recogido en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, el Tratado de Roma, pero estaba reconocido a los sujetos que se relacionaban con la esfera económica y de mercado, mientras que posteriormente se refirió a un fundamento político como el *status* de ciudadano europeo²²⁵.

También la Directiva n. 2004/38/CE de 29 de Abril de 2004²²⁶, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, se dirige en la misma dirección que los Tratados. La Directiva, en un acto de síntesis, ha valorizado y reforzado el derecho de libre circulación de todos los ciudadanos de la Unión, mediante la ampliación del ámbito de aplicación, confiriendo el derecho de residencia también a los sujetos que no ejerzan actividades laborales, como los estudiantes o los pensionistas, a diferencia de la concepción inicial de dicho derecho, que se atribuía exclusivamente a los trabajadores migrantes europeos. Además, la libertad de circulación entre los Estados miembros era, desde el principio, uno de los objetivos fundamentales del proceso de integración europea, en efecto, precisamente en el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) de 1957 se enunciaba la libertad de circulación de las personas como una de las cuatro libertades constitutivas del mercado común²²⁷.

²²⁵ VILLANI, U., *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari 2014³, p. 109.

²²⁶ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:02004L0038-20110616&from=es> (Consultado 25.07.2020).

²²⁷ STROZZI, G., ADINOLFI, A., CANNIZZARO, E., MASTOIANNI, R., PACE, L. F., SBOLCI, L., *Diritto dell'Unione Europea*, Torino 2017⁵, pp. 65-67.

En determinadas circunstancias, la Directiva impone limitaciones relacionadas con el derecho a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión, ya que dicho derecho no puede definirse como absoluto, como se expone explícitamente en los Tratados a los artículos mencionados.

Por lo que se refiere a las limitaciones impuestas por la Directiva 2004/38/CE, el capítulo VI titulado: "*Limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública*" incluye el artículo 27, cuyos dos primeros apartados establecen:

1. *Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos.*

2. *Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas.*

El artículo 30 de la Directiva prevé: 1. *Toda decisión adoptada en virtud del apartado 1 del artículo 27 deberá notificarse al interesado por escrito, en condiciones tales que le permitan entender su contenido e implicaciones.*

De la exposición de los artículos contenidos en la presente Directiva, pero también en los Tratados, resulta evidente que la limitación impuesta permite al Estado, en determinadas circunstancias, restringir la libre circulación o incluso prohibir la entrada de un ciudadano de la unión en su Estado.

La aplicación normativa se ha producido en varias sentencias de la Corte del Tribunal de Justicia, a continuación, se analizan dos casos:

1. El asunto planteado en la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de octubre de 2012²²⁸ relativa a la prohibición de entrada en el territorio de la República Eslovaca del presidente de Hungría en el asunto C-364/10 relativo al recurso por incumplimiento, de conformidad con el artículo 259 del TFUE, presentado el 8 de julio de 2010, con demandante Hungría y como demandada la República Eslovaca, apoyada por la Comisión Europea;

2. El asunto planteado por la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 10 de octubre de 2013 en el asunto C-86/12²²⁹ que tiene por objeto la petición de decisión prejudicial planteada en virtud del artículo 276 TFUE, relativa a la interpretación de los artículos 20 y 21 del TFUE, así como de la Directiva 2004/38/CE, y que tiene por objeto un litigio entre La Sra. Alokpa y sus hijos Jarel Moudoulou e Eja Moundoulou y el *Ministre du Travail, de l'Emploi et de L'immigration*, en el caso, la decisión de este último de denegar a la demandante el derecho de residencia en Luxemburgo y la orden posterior de abandonar el territorio del Estado miembro.

²²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 16 de octubre de 2012, en el asunto C-364/10, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:62010CJ0364&from=ES>].

²²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 10 de octubre de 2013, en el asunto C-86/12, [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0086>].

En el primer caso, en el asunto C-364/10, Hungría solicita al Tribunal de Justicia que:

- Declarar que Eslovaquia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 2004/38 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de sus familiares a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (apartado 1 del artículo 21), al no haber permitido la entrada del Sr. Sòlyom, Presidente de Hungría, en su propio territorio, basándose en la Directiva 2004/38 CE, pero sin respetar sus disposiciones.
- Declarar que es incompatible con el Derecho de la Unión y, en particular, con el artículo 21, apartado. 1, del TFUE.

La posición defendida por la República Eslovaca consiste en considerar conforme a la Directiva 2004/38 CE el hecho de prohibir la entrada en territorio eslovaco a un representante de Hungría, como el presidente de dicho Estado, conservando de este modo la posibilidad de repetir este comportamiento ilícito.

Hechos que originaron el litigio:

Por invitación de una asociación establecida en Eslovaquia, el Sr. Sòlyom, presidente de Hungría, debía viajar el 21 de agosto de 2009 a la ciudad eslovaca de Komárno para participar en la ceremonia de inauguración de una estatua de San Esteban.

Del expediente presentado ante el Tribunal de Justicia se desprende que, por una parte, el 20 de agosto es un día de fiesta nacional en Hungría, en conmemoración de San Esteban, fundador y primer rey del

Estado húngaro. Por otra parte, el 21 de agosto de 1968, las fuerzas armadas de cinco países del Pacto de Varsovia, incluidas las tropas húngaras, invadieron la República Socialista de Checoslovaquia.

Como resultado de varios intercambios diplomáticos entre las embajadas de los dos Estados miembros en relación con la visita prevista del presidente de Hungría, entrar en territorio eslovaco. En dicha nota se invocaba para justificar esta prohibición la Directiva 2004/38, así como las disposiciones del Derecho nacional relativas, por una parte, a la estancia de los extranjeros y, por otra, a las fuerzas de policía.

El presidente Sòlyom, informado del contenido de dicha nota cuando se dirigía a la República Eslovaca, reconocía en la frontera que la había recibido y renunciaba a entrar en el territorio de dicho Estado miembro.

Mediante nota de 24 de agosto de 2009, las autoridades húngaras han contestado en particular, el hecho de que la Directiva 2004/38 CE pudiera constituir una base jurídica válida para justificar la negativa de la República Eslovaca a conceder al Presidente de Hungría la entrada en su territorio. Además, constataron que dicha decisión de denegación no estaba suficientemente motivada. Por estas razones, la República Eslovaca ha adoptado esta medida infringiendo el Derecho de la Unión.

En una reunión celebrada el 10 de septiembre de 2009 en Szécsény (Hungría), los Primeros Ministros húngaro y eslovaco adoptaron una declaración conjunta en la que reiteraban sus respectivas posiciones sobre los aspectos jurídicos de la decisión controvertida.

Mediante nota de 17 de septiembre de 2009, las autoridades eslovacas respondieron a la nota de 24 de agosto de 2009 indicando que, dadas las circunstancias del accidente, la aplicación de la Directiva 2004/38 era "la última posibilidad" de impedir al Presidente Sòlyom la

entrada en el territorio de la República Eslovaca y afirmar que no actuó en violación del derecho de la Unión.

Mientras tanto, el 3 de septiembre de 2009, el Ministro de Asuntos Exteriores húngaro envió una carta al Vicepresidente de la Comisión de las Comunidades Europeas en la que solicitaba el dictamen de la Comisión sobre la posible violación del Derecho de la Unión por parte de la República Eslovaca.

El vicepresidente de la Comisión reconoció que, de conformidad con la Directiva 2004/38 CE, toda restricción al derecho de libre circulación debe respetar el principio de proporcionalidad²³⁰, que, de conformidad con el artículo 27, apartado 2, de dicha directiva, se basara en el comportamiento personal del interesado y se le notificara en la forma prescrita en el artículo 30, explicando sus razones con una motivación precisa y completa.

Además, señaló que corresponde en primer lugar a los jueces nacionales garantizar el respeto de las normas de la directiva y que era necesario hacer todo lo posible para evitar que se repitieran estas situaciones.

El 12 de octubre de 2009, el Ministro de Asuntos Exteriores de Hungría envió una denuncia al presidente de la Comisión y pidió que ésta considerara la posibilidad de incoar un procedimiento por incumplimiento contra la República Eslovaca de conformidad con el artículo 258 del TFUE, por infracción del artículo 21 del TFUE y de la Directiva 2004/38 CE.

Mediante carta de 11 de diciembre de 2009, la Comisión consideró que “los ciudadanos de la Unión tienen derecho a circular y residir

²³⁰ Artículo 5.4 TUE (antiguo artículo 5 TCE): “En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados. Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.

libremente en el territorio de los Estados miembros en virtud del artículo 21 del TFUE y de la Directiva 2004/38". Sin embargo, ha precisado que: *"sobre la base del derecho internacional, los Estados miembros se reservan el derecho de controlar la entrada de un Jefe de Estado extranjero en su territorio, sea o no ciudadano de la Unión"*.

Según la Comisión, un Jefe de Estado puede, por supuesto, decidir visitar otro Estado miembro como ciudadano privado, de conformidad con el artículo 21 del TFUE y la Directiva 2004/38 CE, pero los documentos adjuntos a la denuncia del Ministro de Asuntos Exteriores húngaro indican que Hungría y la República Eslovaca no están de acuerdo con la naturaleza de la visita prevista.

Por consiguiente, la Comisión consideró que no estaba en condiciones de concluir que la República Eslovaca había infringido las disposiciones del Derecho de la Unión relativas a la libre circulación de los ciudadanos de la Unión.

A este respecto, la República Eslovaca considera que, habida cuenta del papel de los Jefes de Estado, sus desplazamientos dentro de la Unión se inscriben en el marco de las relaciones diplomáticas entre los Estados miembros, como se rigen por el Derecho internacional consuetudinario y los convenios internacionales. En efecto, el principio de atribución de competencias que resulta del artículo 3 del TFU, 4 del apartado 1 TUE y 5 del TUE excluiría las relaciones diplomáticas incluso después de la adhesión a la Unión. Además, ninguna disposición de los Tratados otorgaría expresamente a la Unión competencia para regular las relaciones diplomáticas entre los Estados miembros.

Además, un Jefe de Estado, en su calidad de titular de la soberanía del Estado al que representa, sólo podría desplazarse a otro Estado soberano si éste hubiera sido informado y hubiese aceptado. A este

respecto, la República Eslovaca recuerda que en el apartado 2 del artículo 4 del TUE que “La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional” y recuerda que el principio de libre circulación no puede en ningún caso suponer una modificación del ámbito de aplicación del Tratado de la UE o de las disposiciones de Derecho derivado.

Además, si se admitiera la aplicación del Derecho de la Unión en circunstancias como las del presente caso, el Jefe de Estado de un Estado miembro gozaría en otro Estado miembro de privilegios en virtud del Derecho de la Unión, aunque, al mismo tiempo, protegido por las inmunidades previstas por el Derecho internacional contra la aplicabilidad de las decisiones administrativas adoptadas por dicho Estado en virtud del Derecho de la Unión. De ello se desprende que un Estado miembro no puede ni denegar la entrada en su territorio a dicha persona ni, habida cuenta de las inmunidades, su expulsión posterior.

Por consiguiente, la presencia de un Jefe de Estado en el territorio de otro Estado impone a éste la obligación de garantizar la protección de la persona que ejerza dicha función, con independencia del rol que representa.

El *status* de Jefe de Estado es, pues, una especificidad, que se deriva del hecho de estar regulado por el Derecho internacional, con la consecuencia de que los comportamientos de dicho Jefe de Estado en el plano internacional, por ejemplo, su presencia en el extranjero, entran en el ámbito de este derecho y, en particular, del Derecho de relaciones diplomáticas.

Esta especificidad permite distinguir entre la persona que goza de dicho *status* y todos los demás ciudadanos de la Unión, de modo que a la

entrada de dicha persona en el territorio de otro Estado miembro no se le apliquen las mismas condiciones que se aplican a los demás ciudadanos.

De ello se desprende que la circunstancia de que un ciudadano de la Unión ejerza la función de Jefe de Estado puede justificar una limitación, basada en el Derecho internacional, al ejercicio del derecho de circulación que le confiere el artículo 21 del TFUE.

Habida cuenta de lo anterior, procede concluir que, en las circunstancias del caso en examen, ni el artículo 21 del TFUE ni la Directiva 2004/38 obligaban a la República Eslovaca a garantizar la entrada en su territorio al Presidente de Hungría.

La decisión del Tribunal de Justicia se basó en *la desestimación del recurso, con la condena en costas del Hungría y la condena a la Comisión Europea a cargar con sus propias costas.*

En el segundo caso, el asunto C-86/12 tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de conformidad con el artículo 276 del TFUE.

La petición de decisión prejudicial se refiere a:

- la interpretación de los artículos 20 y 21 del TFUE y de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (la directiva recoge en un único texto el complejo corpus legislativo existente en el ámbito del derecho de entrada y residencia de los ciudadanos de la Unión en el territorio de los Estados miembros, que estaba regulado por dos reglamentos y nueve directivas).

Esta solicitud se presentó en el marco de un litigio entre la señora Alokpa y sus hijos Jarel e Eja Moudoulou y el Ministre du Travail, de l'Emploi et de l'immigration, sobre la decisión de este último de denegar a la señora Alokpa un derecho de residencia en Luxemburgo y la consiguiente orden de abandonar el territorio de dicho Estado miembro.

Litigio principal y cuestión prejudicial:

En 2006, la señora Alokpa presentó ante las autoridades luxemburguesas una solicitud de protección internacional en relación con el derecho de asilo y otras formas de protección complementaria y recibió un resultado negativo. Posteriormente, presentó ante las mismas autoridades una solicitud de concesión de un estatuto de tolerancia, que se concedió en 2008 y no se prorrogó en 2010.

Mientras tanto la interesada había dado a luz a dos gemelos. El Sr. Moudoulou, de nacionalidad francesa, reconoció a los hijos de la Sra. Alokpa, en el momento de la formación de los documentos de nacimiento. Poseen la nacionalidad francesa y se han beneficiado de la expedición de un pasaporte y de un documento nacional de identidad franceses.

En respuesta a una petición de información adicional del Ministro, la Sra. Alokpa indicó que no podía establecerse con sus hijos en el territorio francés, donde reside su padre, en la medida en que no mantenía ninguna relación con él y dichos hijos necesitaban asistencia médica en Luxemburgo debido a su nacimiento prematuro.

El derecho de residencia de los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión se limita a los ascendientes directos a su cargo.

En efecto, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que la calidad de miembro de la familia "a cargo" del ciudadano de la

Unión titular del derecho de residencia resulta de una situación de hecho caracterizada por la circunstancia de que el apoyo material del miembro de la familia está garantizado por el titular del derecho de residencia, de modo que, cuando se produce la situación inversa, es decir, el titular del derecho de residencia está a cargo del nacional de un tercer país, este último no puede considerarse "a cargo" de dicho titular: en efecto, son los hijos de la señora Alokpa los que están a cargo de esta última, por consiguiente, la interesada no puede invocar el estatuto de ascendiente a su cargo y no puede considerarse en este caso beneficiaria de la Directiva 2004/38 CE. Además, los hijos de la Sra. Tampoco cumplirían las condiciones relativas a la libre circulación, ya que nunca han abandonado el territorio de Luxemburgo.

Por lo tanto, la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, entiende determinar, en una situación como la del litigio principal, que los artículos 20 TFUE y 21 TFUE deben interpretarse en el sentido de que se oponen a que un Estado miembro deniegue a un nacional de un tercer país el derecho a residir en su territorio cuando dicho nacional tenga a su cargo exclusivamente hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, que, desde su nacimiento, residan con él en dicho Estado miembro sin poseer su nacionalidad y sin haber ejercido su derecho a la libre circulación; corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si los hijos de la Sra. Alokpa cumplen los requisitos establecidos en el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 2004/38 CE y puedan gozar, en consecuencia, de un derecho de residencia en el Estado miembro de acogida en virtud del artículo 21 del TFUE.

Por lo que se refiere, en segundo lugar, al artículo 20 del TFUE, el Tribunal de Justicia ha declarado que existen situaciones muy particulares en las que: a pesar de que el derecho derivado relativo al derecho de

residencia de los nacionales de terceros países no es aplicable y de que el ciudadano de la Unión en cuestión no ha hecho uso de su libertad de circulación, no se puede negar, con carácter excepcional, el derecho de residencia del nacional de un tercer país que sea miembro de la familia de dicho nacional, so pena de menoscabar el efecto útil de la ciudadanía de la Unión de la que goza este último, si, como consecuencia de tal denegación, dicho ciudadano se viera obligado, de hecho, a abandonar el territorio de la Unión en su conjunto, privándose así del disfrute efectivo del núcleo esencial de los derechos conferidos por el *status* de ciudadano de la Unión.

El Tribunal de Justicia llega a la conclusión de que, en una situación como la del procedimiento principal, los artículos 20 y 21 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que un Estado miembro deniegue un derecho de residencia a un nacional de un tercer país en su territorio cuando dicho nacional tenga a su cargo hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, que, desde su nacimiento, residan con él en ese Estado miembro sin poseer su nacionalidad y sin haber ejercido su derecho a la libre circulación.

Este principio es aplicable en dos casos: el primero se refiere a los casos que entran en el ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38CE; el segundo, que se refiere al caso concreto de que se trate, se refiere a la hipótesis en que la negativa del Estado miembro puede privar a los ciudadanos europeos del disfrute efectivo del núcleo esencial de los derechos conferidos por el *status* de ciudadanos de la Unión Europea.

El Tribunal de Justicia considera que no le corresponde verificar esta circunstancia, sino remitir su determinación al órgano jurisdiccional remitente.

Teniendo en cuenta que la Directiva 2004/38/CE facilita la libre circulación de personas, ya que está concebida para incitar a los ciudadanos de la Unión a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, en las limitaciones del derecho de entrada y de residencia establecidas en los artículos 20, 21.1, 45.3 52.1 y 62 del TFUE y en el capítulo VI de la Directiva 2004/38/CE, entre los casos mencionados se encuentran algunos de ellos, que los Estados disponen de un margen de apreciación en relación con el comportamiento personal del individuo, que le permite, en virtud de los Tratados, limitar o denegar la entrada del ciudadano en su Estado por razones de orden público, seguridad o salud públicas. Las limitaciones serán competencia de las autoridades nacionales respetando y protegiendo los valores sociales, pero en última instancia se remitirán al Tribunal de Justicia de la Unión Europea TJUE²³¹.

En el estado actual, la Directiva 2004/38/CE presenta numerosas divergencias de opinión, en la medida en que constata graves carencias en materia de libre circulación, como se indica en los informes de la Comisión y estudios del Parlamento²³².

6.3 MOVILIDAD INTERNACIONAL Y SUS EVOLUCIONES

La movilidad a nivel internacional se afirma como elemento típico de nuestro tiempo, involucrando en el fenómeno global a millones de

²³¹ MARTÍN MARTÍNEZ, M.M., «Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 49, septiembre/diciembre (2014), pp. 764-804; p. 774.

²³² MARZOCCHI, O., La libre circulación de personas. Fichas técnicas sobre la Unión Europea – 2020. pp. 1-5; p. 4, en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas> (Consultado 12.07.2020).

personas y causando consecuencias inevitables en la protección jurídica de sus derechos y de la dignidad humana.

Sin embargo, el fenómeno de la migración ciertamente no es nuevo, pertenece a una realidad secular, que hoy en día ha asumido dimensiones casi “bíblicas” y que, en muchos casos, ha derivado en consecuencias de violencia, sufrimientos inauditos y muertes dramáticas.

De hecho, individuos o poblaciones enteras de todo el mundo se han visto obligados a huir de las persecuciones que se les han infligido.

Son muchos los motivos que pueden llevar a una persona a trasladarse de un País a otro. Se puede tratar de motivos laborales o económicos, o bien de factores profesionales, y en este último contexto se pueden distinguir, por una parte, las migraciones determinadas por la subsistencia como necesidad existencial (*subsistence migration*)²³³.

Otras situaciones se relacionan con la pobreza extrema y con la absoluta carencia de perspectivas o con regímenes políticos totalitarios en los cuales la vida de los opositores puede estar en peligro, motivando de tal manera dichos movimientos migratorios.

En la actualidad hay decenas de miles de migrantes²³⁴ y refugiados políticos procedentes de África que llegan arriesgando la vida a nuestras costas o que, desde los territorios del Medio Oriente, a través de las regiones de Europa del Este, intentan trasladarse al corazón de Europa. Ellos son los sujetos sobre los cuales la legislación europea ha tratado durante décadas, pero que, dadas las dimensiones que ha adquirido el problema, en los últimos tiempos ha obligado a los diferentes gobiernos

²³³ BADE, K.J., *Europa en movimiento: las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*, Barcelona 2003¹, p.10.

²³⁴ La palabra *migrante*: describe una persona que se mueve de un lugar, región o país al otro, en https://www.echr.coe.int/Documents/COURTalks_Asyl_ITA.PDF (Consultado 29.06.2020).

nacionales involucrados y a las organizaciones internacionales a estudiar nuevas intervenciones legislativas inexploradas.

Por lo tanto, sobre la base de estas reflexiones, fue necesario un trabajo de profundización, tanto desde el punto de vista humano, como desde la disciplina jurídica para definir la peculiaridad de la situación actual con respecto a las del pasado.

Se ha analizado la evolución del concepto de asilo desde la antigüedad hasta hoy en su aplicación jurídica, según el derecho internacional tradicional y las normas que se desarrollan en el ámbito del mismo a través las Constituciones y las leyes de los Estados soberanos, hasta llegar a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 14.1, la Convención de Ginebra sobre el *status* de refugiados de 1951 junto al protocolo de Nueva York de 1967 en el cual han encontrado aplicación las normas concernientes el asilo.

6.4 ORIGEN DEL CONCEPTO DE ASILO Y SUS APLICACIONES PRÁCTICAS

El origen del concepto de asilo se remonta por lo menos a 3.500 años²³⁵, pero viene adquirido y aceptado plenamente en la antigua Grecia. “Asilo²³⁶” del griego: *ásulon* (ἄσυλον), que literalmente significa “sin

²³⁵ Cf. FERRARI, G., «L'asilo nella storia», p. 7, publicado por el Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los refugiados (UNHCR) 2005, en <http://www.unhcr.it/news/dir/91/view/634/lasilo-nella-storia-3400.html> (Consultado 09.08.2018).

²³⁶ D'HARMONVILLE, A.L., Voce. «Asilo», en *Dizionario delle date, dei fatti ed uomini storici* 1, ed. ANTONELLI, G., Venezia, p. 417.

captura²³⁷», es compuesto por *a* privativo y por *sulon* (quitar) y en las fuentes clásicas ha adquirido dos significados diferentes:

a) privilegio concedido a determinadas personas: el *asylía*, venía concedido al sujeto que se encontraba en una Ciudad-Estado diferente de aquella de procedencia. Los gobernantes reconocían al individuo determinadas garantías que impedían la violación del mismo y también de sus bienes. Por ejemplo, a los atletas se concedía la inmunidad durante todo el viaje que tenían que enfrentar para moverse hacia el sitio en el cual se desarrollaban los juegos y la misma inmunidad se garantizaba también a los embajadores²³⁸;

b) el concedido a determinado lugares sagrados, como los templos, que ofrecían refugio a cualquier persona pudiera entrar, aplicando el valor sagrado de la hospitalidad a los hombres perseguidos (elemento subjetivo) acogiéndolos en determinados lugares sagrados e inviolables (elemento objetivo).

Se encuentran en el curso de la historia diferentes referencias. Un *rei hitita*, concluyendo un tratado con el soberano de otro país, declara: “*Por aquel que concierne los refugiados, afirmo bajo juramento cuanto sigue: cuando vendrá un refugiado desde el vuestro país hasta el mío, no será devuelto a vosotros. Rechazar un refugiado de la tierra de los Hititas no es justo*”²³⁹.

²³⁷ MASTROMARTINO, F., *Il diritto d'asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Torino 2012.

²³⁸ MENTXAKA, R., «El derecho de asilo en la Antigüedad clásica, en particular en el Derecho Romano», en *Cristianismo y mundo romano, V Y Vi Ciclos De Conferencias Sobre El Mundo Clásico*, ed. TAMAYO ERRAZQUIN, J. Á., San Sebastián 15,16 y 17 de Diciembre 2007 y 15, 16 y 18 de Diciembre de 2008, p. 176.

²³⁹ UNHCR, «"The origins of asylum". The State of the World's Refugees: The Challenge of Protection» (1993), en <http://www.unhcr.org/publications/sowr/3eeced4a4/state-worlds-refugees-1993-challenge-protection-chapter-2-asylum-under.html> (Consultado 13.09.2018).

En el siglo XIV a.C. un rey hitita, Urhi-Teshup²⁴⁰, que había sido depuesto por su tío, encuentra refugio bajo la protección del faraón egipcio, Ramsete II;

En el Siglo VII a.C., un *rei asirio*, *Asurbanipal*, hace referencia a un refugiado que viene de la tierra de Elam, “*que agarró mis pies reales*”, lo que significaba que había pedido y obtenido asilo²⁴¹.

Según el pensamiento de Platón, en el diálogo las *Leyes*²⁴² del V sec. a.C, se habla de la importancia de la hospitalidad, atribuyéndole una visión sagrada y en consecuencia aplicando la sacralidad del asilo al anfitrión extranjero, hombre “*aislado de sus compatriotas y de sus parientes*”²⁴³, recordando que la denotación de los lugares de asilo está también a la base de las prescripciones bíblicas, con valor de “normas de derecho”.

Si se observan las Sagradas Escrituras se encuentran las primeras referencias al asilo; en el Antiguo Testamento²⁴⁴ y en el Nuevo Testamento el asilo tiene un significado relacionado con el sentido de la acogida y protección hacía el extranjero. De hecho, en el Antiguo Testamento la ciudad viene indicada como “refugio”, en el “*Libro de los Números*”.

En la terminología latina *asylum* -*templo donde no hay derecho de captura*- estaba estrechamente conectado con el instituto de hospitalidad

²⁴⁰ Cf. UNHCR, “The origins of asylum”.

²⁴¹ FERRARI, G., «L'asilo nel diritto internazionale», en *Relazione tenuta all'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”. Omaggio dell'autore agli studenti universitari iscritti al XIII° Corso Multidisciplinare Unversitario “Migrazione ed asilo: Unione Europea ed area mediterranea”* (2005), en <https://www.unhcr.it> (Consultado 08.09.2018).

²⁴² Platón, *Leyes*, V, 1974: 1244.

²⁴³ FERRARI, G., “L'asilo nel diritto internazionale”, cit.

²⁴⁴ Cf. Antiguo Testamento, *Libro de los Números*, 35,9-16 en que se hace referencia a las ciudades de asilo fundadas por Moisés.

definido por los Romanos *Hospitium Publicum*, como una de las primeras formas de hospitalidad pública.

En la literatura latina sobre el término “Asilo” reporta Livio (1,8,5-6):

“con el propósito de aumentar la población de la nueva ciudad fundada de él, abrió un lugar de refugio en el área entre los dos picos de la colina Capitolina donde pudieron encontrar protección los exiliados de lugares cercanos, habían sido ellos libres o esclavos fugitivos: un *Asylum* en un hundimiento inter duos lucos, considerado tal vez en sí mismo un bosque, aire -dice Livio- en su tiempo cercada y cerrada”²⁴⁵.

Como ya mencionado, el asilo en la antigüedad estaba fundado sobre el principio de la hospitalidad; se habla de *Hospitium Publicum*, que sin embargo es diferente de la hospitalidad por fines y exterioridad²⁴⁶.

La hospitalidad, por lo tanto, era generalmente constituida por la relación establecida entre los miembros de una asociación política y el extranjero que iba hacia el territorio que le pertenecía. La relación que se formó, que no era exclusivamente de carácter privado, fue de duración provisional y la permanencia del extranjero en el territorio preveía obligaciones que ambas partes tenían que aceptar y respetar. Gracias a la protección que se le ofreció, el extranjero podía disfrutar de algunos derechos que de otro modo hubieran sido negados por el derecho civil de la época.

En cuanto a la exterioridad, el asilo no se basaba ni en pactos ni mucho menos en tratados, porque la relación que transcurría entre el Estado de acogida y los extranjeros era suficiente para sí misma.

²⁴⁵ DEL PONTE, R., «L'asylum di Romolo: da schiavi a cittadini romani», en *Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 14 (2016), p. 9, en <http://www.dirittoestoria.it/14/memorie/Del-Ponte-Asylum-Romuli-da-schiavi-a-cittadini.htm> (Consultado 02.08.2018).

²⁴⁶ STANISLAO MANCINI, P., «Asilo, Clientela, Ospitalità», en *Enciclopedia Giuridica Italiana* 1.4, ed. VALLARDI, L., 1895.

A diferencia de la hospitalidad, el asilo tenía como objetivo acoger a los extranjeros en la asociación política del territorio que los recibía para asegurar que se establecieran permanentemente en ese territorio, separándose, así, de las asociaciones políticas de origen.

Las relaciones que en consecuencia produjera el asilo fueron muy similares a las desarrolladas por el hospicio y la confirmación nos viene de Vico, quien definió los asilos como los primeros hospicios. Por lo tanto, podemos decir que el instituto del asilo tiene orígenes más remotos que la hospitalidad; y que cuando se establecieron las sociedades antiguas, los núcleos territoriales comenzaron a desarrollarse con confines bien definidos, comparables con los Estados modernos, en los que los gobernantes establecieron disposiciones para los refugiados de otros territorios.

El instituto del asilo, en la tradición judía²⁴⁷, griega y romana, como hemos observado fue definido como un valor sagrado de la hospitalidad²⁴⁸.

En los siglos incluidos entre la Edad Media y mediados del siglo XIX, sigue asociándose al instituto del asilo la protección garantizada a las personas perseguidas por múltiples causas como la religión, tanto que en la tradición cristiana las iglesias y los conventos representaban el refugio de aquellos que querían evadir el arresto y el encarcelamiento pidiendo protección divina, por este motivo cada fiel tenía como misión, acoger y otorgar asilo, deber que no encontraba ni obstáculos ni tampoco límites²⁴⁹. De hecho, el can. 1179²⁵⁰ preveía: "*Ecclesia iure asyli gaudet ita ut rei, qui*

²⁴⁷ En la *Tanakh*, Biblia Judía, la ciudad venía definida como un lugar de refugio para los sujetos que involuntariamente habían asesinado a otra persona.

²⁴⁸ Ley de la Edad Antigua y Media por la cual se concedía asilo dentro de un espacio sagrado considerado inviolable.

²⁴⁹ Cf. CAPPELLETTI, F.A., «Dalla legge di Dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto di asilo», en *Il diritto di asilo*, ed. BILOTTA, B.M., CAPPELLETTI, F.A., Padova 2006, p.9.

²⁵⁰ CIC. 17.1179

ad illam confugerint, inde non sint extrahendi, nisi necessitas urgeat, sine assensu Ordinarii, vel saltem rectoris ecclesiae”.

Lo sagrado se convirtió en un espacio inviolable y no profanable, se pedía protección a una justicia evangélica frente a violencias, vindictas y arbitrariedad seculares.

La acogida convenida por los religiosos, así como la respuesta a los sentimientos de caridad cristiana, fue también una forma de afirmar la soberanía y los privilegios de las instituciones eclesásticas frente al poder temporal, hasta llegar a la era moderna, en la cual, con el aumento del poder de la monarquía, el derecho de otorgar asilo se convirtió cada vez más en la prerrogativa del estado.

Con el desarrollo de los Estados Nacionales soberanos, la institución del asilo cambió radicalmente y se convirtió en un instrumento para afirmar la identidad del Estado transformando el concepto de asilo religioso, que involucraba el “privilegio del santuario²⁵¹”, en asilo de tipo político, perdiendo así totalmente su origen religioso, desarrollando otra forma de asilo que se podría definir territorial²⁵², de esta manera permitía al sujeto que pasaba por aquel estado salvarse de los perseguidores.

En este caso encontramos la figura del asilo definida como un instrumento político por parte del estado que acogía el sujeto, y ya no como una acción para salvaguardar el interés de las personas como posteriormente se enunciaba en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 14.1²⁵³.

²⁵¹ Luigi XII lo abolió en Francia el 1515 y en Inglaterra el 1625 por un *Act of Parliament*.

²⁵² Declaración sobre el Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General en resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

²⁵³ Artículo 14.1: “*En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país*”.

6.5 DERECHO DE ASILO Y *STATUS* DE REFUGIADO ENTRE LAS DOS GUERRAS

El asilo, que hasta la mitad del 1700 era identificado exclusivamente como refugio y acogida de exiliados escapados de las persecuciones religiosas (por ejemplo, a favor de algunos protestantes quienes, durante la Revolución Francesa se habían visto obligados a huir sucesivamente a la revoca del Edicto de Nantes del 1598) se convirtió el concepto de asilo religioso se convierte en asilo político.

La base del concepto moderno de asilo se encuentra recogido en el texto de la Constitución Republicana de 1793 (que nunca entró en vigor) y se exponía en el artículo 120: “*el pueblo francés da asilo a los extranjeros expulsados de su patria por la causa de la libertad, y no a los tiranos*”. A pesar de no haber sido aplicada, dicha disposición determinó la afirmación del carácter laico-político del asilo.

El estado actual en materia de asilo y refugiados es el resultado de un proceso que comienza después del Primer Conflicto Mundial.

El 26 de febrero de 1921, el Consejo de la Sociedad de las Naciones aprobó la primera resolución sobre los refugiados y, el 27 de junio de 1921, hubo una propuesta para constituir un Alto Comisario para los Refugiados, encabezado por Fridtjof Nansen, premio Nobel de la paz en el 1922. El papel del Alto Comisario fue muy importante en el período entre las dos guerras mundiales, ya que desde 1921 hasta 1929 se ocupó no solamente de los problemas humanitarios, sino también de las situaciones particulares relacionadas con algunas de las poblaciones expuestas a peligros (rusos, armenios y griegos). De igual manera, se encargó no solo

de las cuestiones humanitarias sino también de las *repatriaciones de 450.000 prisioneros de guerra desde la Rusia central y de la Siberia*²⁵⁴.

En el mismo período se desarrolló el primer ejemplo de un documento de viaje internacional: “El pasaporte Nansen”, adoptado el 5 de julio de 1922 y reconocido por 52 países. Era un documento de viaje e identidad, que le otorgó al refugiado el derecho a abandonar el País de primera recepción que lo había emitido, pero sobre todo a poder regresar, teniendo así la oportunidad de establecerse en el país de su elección.

Posteriormente se estipularon dos acuerdos en el '28, que eran simples recomendaciones para los refugiados con respecto al *status* civil, *status* personal y la exención de reciprocidad. Cabe decir que estos acuerdos estaban limitados, porque se dirigían exclusivamente a rusos y armenios.

Dado que la necesidad de una regulación específica del tema era urgente, el 2 de octubre de 1933 se adoptó la primera Convención internacional sobre el *status* de refugiado, en el que se reanudaron las principales garantías otorgadas en el documento de 1928 y se anunciaba el principio de no devolución de refugiados en las fronteras.

A pesar de este paso adelante, seguían existiendo importantes limitaciones, como la ya mencionada reducción del alcance de la Convención solo para los rusos y los armenios.

Después de la muerte de Nansen, se estableció una organización que lleva su nombre (“Oficina Nansen”) para gestionar la nueva ola de refugiados, pero es después de la Segunda Guerra Mundial cuando se desarrolla la definición de “refugiados” debido al gran flujo de personas,

²⁵⁴ FERRARI, G., en *La convenzione sullo status dei rifugiati aspetti storici*, p. 11. (un número desconocidos de ellos, que provenían de 26 Países, sobre todo desde Europa sud-oriental y Unión Soviética, supervivían sin poder volver en patria por causa del caos de la postguerra) desde el 1919 en adelante (en menos de dos años) - su encargo de la S.d.N - cuando era un delegado en esta organización en Noruega.

que ha sido definido el más grande éxodo de la historia moderna, y que se produjo en los últimos años del conflicto e inmediatamente después de su conclusión.

Otras Convenciones²⁵⁵ en las cuales se trata del tema de los refugiados son:

1. *La Convención de 28 de octubre de 1933 concerniente los refugiados españoles: los sujetos que han poseído o poseen exclusivamente la nacionalidad española, y que de iure o de facto no gozan de la protección del Gobierno español;*

2. *La Convención de 10 de febrero de 1938: "sobre los refugiados procedentes de la Alemania: a) sujetos que han poseído o poseen la nacionalidad alemana y que no están en posesión de otra nacionalidad y que de iure o de facto no gozan de la protección del Gobierno alemán, b) los apátridas que no teniendo la protección de las antecedentes Convenciones o Acuerdos, después de haber vivido un tiempo en aquel territorio, han abandonado Alemania y que de iure o de facto no gozan de la protección del Gobierno alemán";*

3. *La Convención de 14 de septiembre de 1939: "que trataba de los refugiado procedente de Austria, víctimas de persecuciones nazistas, a) que poseen la nacionalidad austriaca, que poseen exclusivamente la nacionalidad alemana y que de iure o de facto, no gozan de la protección del Gobierno alemán, b) apátridas que no teniendo protección de las Convenciones o Acuerdos, que dejando los territorios que antes apartarían al Austria después de haber vivido un tiempo en aquel territorio y que de iure o de facto no gozan de la protección del Gobierno alemán".*

Como se puede observar del texto, estas Convenciones eran limitantes porque se aplicaban exclusivamente a los sujetos que pertenecían a determinadas Países: España, Alemania, y Austria.

6.6 EL CUADRO NORMATIVO INTERNACIONAL

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el

²⁵⁵ LAPENNA, E., «Rifugiati», en *Enciclopedia Giuridica* 34, ed. TRECCANI, G., Roma 1895, p. 3.

asilo se convierte en un derecho fundamental, consagrado en el artículo 14 de la Convención: “*el derecho de toda persona “a buscar y disfrutar de asilo en otros países de la persecución»*”. El régimen internacional en materia de protección de los refugiados se llevó a cabo a nivel jurídico por la Convención de Ginebra de 1951, en su artículo 1A²⁵⁶.

Es necesario no olvidar el nacimiento de la UNRRA (*United Nations Rehabilitation Relief Agency*) y del IRO (*International Refugee Organization*), ocurrido en 1947, porque marcó un pasaje importante en el *excursus* que estamos siguiendo.

La UNRRA²⁵⁷ fue de gran ayuda para los prisioneros de guerra y para categorías específicas de refugiados y, a pesar de tener un mandato limitado, fue la primera organización internacional que se ocupó plenamente del fenómeno de los refugiados, sustituida por la IRO²⁵⁸, con un mandato temporal, a pesar de haber fomentado la repatriación de

²⁵⁶ Artículo 1A: A los efectos de la presente Convención, el término “refugiado” se aplicará a toda persona:

1) “*Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados*”.

“*Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección*”.

2) “*Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él*”.

“*En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión “del país de su nacionalidad” se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea*”.

²⁵⁷ Administración de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación.

²⁵⁸ Organización internacional para los refugiados.

73.000 personas y la reintegración de más de un millón, se hizo cargo de los refugiados que entraron antes del 1 de octubre de 1950, cesando con su mandato en 1952, cuando al mismo tiempo ya se había creado el actual UNHCR (Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados), establecido en 1949 y adoptado el 14 de diciembre de 1950. El Alto Comisariado tenía un mandato limitado inicialmente a tres años, pero más tarde se amplió a 5, y en la actualidad está sujeto a renovación cada 5 años. El objetivo es ayudar a restaurar a millones de refugiados europeos. En la actualidad el UNHCR (Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Refugiados) es uno de los principales organismos humanitarios del mundo, con dos objetivos: 1) Proporcionar protección internacional a los refugiados 2) Buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados.

De hecho, la definición de refugiado, presente en el estatuto, define quiénes son los refugiados que entran en la competencia de la organización: - aquellos que fueron considerados por los Convenios anteriores y de acuerdo con el Estatuto de la IRO, - aquellos que, por causas de acontecimientos que ocurrieron antes del 1ro de enero de 1951, habían fundado temores de persecución por motivos de raza, religión, nacionalidad y opinión política, todas las personas que se encontraban en las condiciones consagradas en el artículo 6A²⁵⁹ del Estatuto de la Oficina del Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los refugiados, pero sin ninguna limitación temporal. Según el artículo 1F²⁶⁰ y 33.2²⁶¹ de la

²⁵⁹ del Alto, Estatuto de la Oficina. "Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados." *Resolución de la Asamblea General 428* (1950).

²⁶⁰ Artículo 1F: "No serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundado para considerar: Que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos; Que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugiado antes de ser admitida en él como

sobredicha Convención de Ginebra, no se concederá asilo a quien se encuentra comprendidos en algunos de los supuestos previstos en estos artículos²⁶².

Es evidente que, haciendo una comparación con los objetivos presentes en las antecedentes Convenciones, ya no están presentes criterios limitantes de carácter geográfico, étnico o cronológico, por lo que la institución de refugiados adquiere un alcance universal.

Sin embargo, el fenómeno de los refugiados ha evolucionado, ya que millones de personas están experimentando situaciones personales similares sin caer en esta definición. De este modo, se llevó a cabo una extensión del mandato a través de la introducción de los “buenos oficios” del Alto Comisario de conformidad con el artículo 1 del Estatuto, en el que se invita a buscar soluciones duraderas y, el artículo 9, con el cual El Alto Comisario se compromete a realizar actividades adicionales, como la repatriación, para adaptarse correctamente a las condiciones actuales.

Por el momento la organización presta ayuda por motivos humanitarios. Además de la capacidad de soportar la crisis, las actividades también se han extendido a la prevención, a través de un sistema de “*early warning*” que permite predecir posibles crisis y resolverlas de antemano.

Al analizar la Convención de Ginebra de 1951 y el posterior Protocolo de Nueva York de 1967, se observa que eliminaron los límites temporales y geográficos impuestos por la Convención en la definición de refugiado,

refugiada; Que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”

²⁶¹ Artículo 33.2: “*Sin embargo, no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país*”.

²⁶² BERMEJO HERNÁNDEZ, O., MORENO DÍAZ, J. A., *Inmigración, Extranjería y Asilo*, Madrid 2007¹, p. 98.

así también su aplicabilidad ya que habían adquirido tal *status* “*como resultado de los eventos ocurridos antes del 1 de enero de 1951*”, y la discrecionalidad que permitió a los Estados limitar la competencia de la Convención a los refugiados convertidos en tales después de los eventos ocurridos en Europa. La Convención se define en cualquier caso como el primer acuerdo internacional en materia de refugiados.

Actualmente forman parte del Protocolo de Nueva York de 1967, ciento cuarenta y seis Estados. Por lo tanto, se puede decir que desde 1951 hasta hoy, 3 datos fundamentales han permanecido invariados: 1) Las razones que hacen que una persona tenga derecho al estado de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951 (art. 1); 2) El abandono del País de origen o residencia habitual; 3) La condición de apátrida *de facto*. Podemos decir que la Convención sin duda tiene como objetivo garantizar el ejercicio de la libertad de expresión y de opinión consagradas en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos de 1966.

Uno de los principios importantes consolidados en la Convención de Ginebra se establece en el Artículo 33: *prohibición de devolución (non-refoulement)* que hoy se considera un principio de derecho internacional consuetudinario y está universalmente reconocido también en la Declaración de la ONU sobre el asilo territorial del 1967.

En las conclusiones del UNHCR²⁶³ de la mesa redonda sobre el *non-refoulement* celebrada en 2007, se afirma que la prohibición de expulsión se aplica tanto a los que han obtenido el *status* de refugiado como a los que esperan obtenerlo. La importancia del principio también se menciona

²⁶³ Dictamen consultivo sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones del *non-refoulement*, Ginebra, 2007.

en el artículo (42.1 reservas²⁶⁴) de la Convención de Ginebra, que al acto de la ratificación establece que los Estados contratantes pueden poner reserva, excepto algunos artículos entre ellos se encuentra el artículo 33.

En cualquier caso, nunca debemos olvidar que la ausencia de la condición de refugiado es un antecedente a cualquier definición establecida en las Convenciones, porque el refugiado lo es, incluso antes de ser reconocido y, por lo tanto, debe ser tratado como tal, especialmente en la evaluación de hechos, y luego definir jurídicamente el *status* en el que se encuentra.

En el año 2004, el Consejo Europeo examinó un conjunto de propuestas sobre la repatriación de ciudadanos de terceros Países llegando después a la adopción de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento y el Consejo denominada “Directiva de repatriación”, cuyo objetivo es instituir una política de repatriación efectiva que garantice la remoción y repatriación de los ciudadanos de terceros países que se encuentran irregularmente en el Estado, a través de regímenes eucos y procedimientos transparentes para respetar el principio de *non-refoulement*.

Más de sesenta años después de la creación de la Convención de Ginebra de 1951, modificada únicamente por el Protocolo de Nueva York de 1967, la acción de la Comunidad Europea se dirige en dos direcciones igualmente importantes: prevenir y reprimir la inmigración clandestina y mejorar las condiciones de los trabajadores de terceros países. Este último aspecto es digno de mención, ya que se revela la orientación para garantizar a estos individuos el mismo trato en términos de derechos sociales reservados para los ciudadanos de la Unión. Hay una serie de

²⁶⁴ Artículo 42.1 Reservas: “En el momento de la firma de la ratificación o de adhesión, todo Estado podrá formular reservas con respecto a artículos de la Convención que no sean los artículos 1,3,4,16(1), 33 y 36 a 46 inclusive”.

instrumentos jurídicos en Europa para resolver asuntos relacionados con el asilo. A este respecto, recordamos cuando la Comisión Europea, en junio de 1985, transmitió al Consejo Europeo una relación sobre la actuación del libro titulado: “Completamiento del mercado interno²⁶⁵: el libro blanco de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo”, en el que la Unión Europea se centra en producir mayores resultados en tiempos más rápidos para algunos sectores, por ejemplo, en cuestiones de inmigración y seguridad en las que el Consejo Europeo establece como objetivo una cooperación sistemática en la gestión de las fronteras y en las políticas de asilo y lucha contra el terrorismo.

Una de las más grandes evoluciones de la Unión Europea, en materia de libre circulación de los ciudadanos y lucha contra la criminalidad organizada dentro de la misma Unión, fue el acuerdo establecido el 14 junio del 1985 llamado Tratado de Schengen.

Las disposiciones del acuerdo de Schengen han consagrado:

- 1- La abolición de los controles a las fronteras internas de los Estados miembros que pertenecen al espacio Schengen.
- 2- Normas comunes sobre los controles de las fronteras externas.
- 3- Una política común relativa a los visados y disposiciones complementarias que permiten la eliminación de los controles a las fronteras internas (en particular en el ámbito de la cooperación judicial y de la policía en materia penal).

Estas disposiciones han tenido consecuencias directas para los ciudadanos en el espacio de libre circulación de las personas:

- A) La abolición de los controles de los mismos en las fronteras internas comunes.

²⁶⁵ Eur-lex en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:51989DC0311&from=EN> (Consultado 04.06.2020).

B) Un conjunto de normas comunes aplicables a las personas que atraviesan las fronteras externas de los Estados miembros del espacio Schengen.

C) La separación en los aeropuertos y en los puertos de mar de las personas que viajan dentro del espacio Schengen de las que llegan de países que no pertenecen a tal espacio.

D) La armonización de las normas sobre las condiciones de entrada y sobre los visados de estancia corta.

El 19 de junio de 1990 en Schengen y a través de la Convención de Aplicación, que contiene las obligaciones específicas y articuladas para realizar la abolición de las fronteras internas y reforzar aquellas externas, se creó la institución del SIS (Sistema de información Schengen).

En la Conferencia intergubernamental del 27 de octubre de 1996, la Comisión Europea presentó, dentro del proyecto, el concepto de “Espacio de libertad, seguridad y justicia” (SLSG) que hace su primera aparición y es acogido en el Tratado de Ámsterdam.

El concepto contiene en sí un objetivo previsto por el Acto único europeo: la plena libertad de circulación y la supresión de los controles en las fronteras internas. Sin embargo, de tal objetivo puede potencialmente derivar una consecuencia negativa: la circulación de los criminales y las ganancias ilícitas.

La Convención de Dublín de 1990, más tarde reemplazada por el Tratado de Dublín II, adoptado en 2003 por todos los Estados miembros y modificado con el nuevo nombre de Dublín III del 26 de junio de 2013, establece, a nivel europeo, los criterios y mecanismos del Estado competente para el examen de una solicitud de protección internacional, presentada en uno de los Estados miembros por un ciudadano de un

tercer país o un apátrida²⁶⁶. La regla de “primera recepción”, establecida por el Reglamento, exige que las personas procedentes de terceros países soliciten asilo en el primer Estado en el que desembarquen.

Las raíces de esta regla son en realidad mucho más antiguas y de hecho se remontan a 1990, cuando Europa aún no era el centro de los flujos migratorios.

En 1990, con el Reglamento original de Dublín, se quería evitar el llamado “asilo *shopping*”²⁶⁷ para que los migrantes no solicitaran asilo en todos los Estados miembros por los que viajaban: así fue como se creó la regla de la “primera entrada”.

En 1992 hubo un paso adelante con el Tratado de Maastricht, cuyo tercer pilar, entonces denominado “justicia y asuntos de internos”, incluye la política de inmigración, la política de asilo y el cruce de las fronteras exteriores.

La cooperación es aún limitada y los actos emitidos en este sector no son muy vinculantes. La verdadera revolución es el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1ro de mayo de 1999, y ha permitido el desarrollo del Sistema Europeo Común de Asilo (*Common European Asylum System* – CEAS) bajo el Título IV del Tratado de la CE que se llama “Asilo, Visados, Inmigración”. Por otra parte, al Consejo se le atribuye la competencia para adoptar actos en este ámbito.

En Tampere, en octubre de 1999, el Consejo Europeo, en una reunión extraordinaria sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, tuvo que reafirmar una Política Común de la UE de asilo e inmigración garantizando la importancia que la

²⁶⁶ Reglamento (UE) nº 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, junio 2013. Aplicable a partir del 1 de enero 2014.

²⁶⁷ GAMMELOFT-HANSEN, T., *Access to asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge University Press 2011.

Unión y los Estados miembros reconocen al respeto absoluto del derecho para solicitar asilo. Se acordó trabajar en el establecimiento de un régimen europeo común en materia de asilo, basado en la aplicación de la Convención de Ginebra en todos sus componentes, reconociendo un *status* adecuado a los ciudadanos pertenecientes a estado terceros, asegurando así que nadie se vea nuevamente expuesto a la persecución, es decir, manteniendo el principio de “*non-refoulement*”, como establecido en el artículo 78 TFUE y el artículo 18 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Por lo tanto, la Convención sigue siendo el documento central en el régimen actual para la protección de los refugiados, pero, habiendo cambiado el contexto al que se aplica, en algunos casos resultaría ser inadecuada cuando obliga a los Estados a considerar todas las solicitudes de asilo, independientemente de ser fundadas o infundadas.

La Convención analiza así los casos individuales que adaptan con extrema dificultad los movimientos actuales de las masas humanas, también porque se creó para tratar de eliminar los efectos inmediatos y no para dar una solución definitiva al problema, no se concibió como un instrumento de regulación de la inmigración, por lo que debemos sopesar adecuadamente los casos individuales, no dejando un poder discrecional excesivo a la política de la UE, sino otorgando poder de decisión al Estado en asuntos de asilo y refugiados.

En la actualidad, el panorama europeo ha cambiado completamente: los flujos migratorios masivos tienen lugar principalmente a causa de los conflictos violentos que se han presentado en el continente africano y precisamente en las áreas mediterráneas. Por lo tanto, el Reglamento ha penalizado en particular a los países fronterizos como Grecia, Italia, Malta

y España, por lo que, desde este punto de vista, el documento podría estar en antítesis con los procedimientos de recepción que cada Estado implementa, a pesar de que han sido establecidos niveles mínimos de acogida para solicitantes de asilo, impuestos por directivas:

- Directiva sobre procedimientos de asilo.
- Directiva sobre condiciones de acogida.
- Directiva sobre el estatuto de refugiado.

La Directiva sobre procedimientos de asilo²⁶⁸, “*que establece normas mínimas para los procedimientos en los Estados miembros para el reconocimiento y la revocación del status de refugiado*”, fue sustituida por la Directiva 2013/32/UE, ya que la anterior no fue efectiva porque los Estados miembros aplicaron sus propias leyes sin cumplir con los estándares mínimos establecidos. La nueva Directiva 2013/32/UE²⁶⁹ “*que establece procedimientos comunes para el reconocimiento y la revocación del status de protección internacional (refundición)*”, se centra más en los objetivos en esta área, permitiendo a los Estados miembros (basándose en estándares comunes) analizar las solicitudes recibidas a través de reglas más claras y eficientes, que también permiten un procedimiento más rápido para casos que se presumen infundados.

Con respecto a la Directiva sobre condiciones de recepción:²⁷⁰, “*que establece normas mínimas relacionadas a la recepción de solicitantes de asilo en los Estados miembros*”, también ha sido modificada por una nueva

²⁶⁸ Directiva 2005/85/CE del Consejo, del 1º diciembre 2005.

²⁶⁹ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, aplicable a partir del 21 de julio de 2015.

²⁷⁰ Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero 2003.

directiva de recepción:²⁷¹, “*que establece normas relacionadas a la recepción de solicitantes de protección internacional (refundición)*”, garantizando específicas normas comunes para el tema de los solicitantes de asilo, respetando los derechos fundamentales, evitando la detención por un período de tiempo considerable y agregando condiciones de recepción específicas para los centros que reciben, garantizando la protección a nivel jurídico y después analizando la situación de cada persona vulnerable para establecer una recepción adecuada.

La Directiva sobre la calificación de los refugiados:²⁷² “*establece normas mínimas sobre la asignación a nacionales de terceros países o apátridas, de la condición de refugiado o de una persona que de otro modo necesita protección internacional, así como normas mínimas en el contexto de la protección reconocida*”.

La Directiva 2004/83/CE establece numerosos derechos contra el “*refoulement*” (*devolución*), los permisos de residencia, los documentos de viaje y el acceso al empleo, las medidas de integración y una mayor protección para los niños y las personas vulnerables. Con la nueva Directiva de calificación²⁷³, se ha mejorado la protección internacional de las personas que huyen de la persecución para ser tratadas dentro de la UE de manera justa, extendiendo la duración de los permisos de residencia para aquellos que se benefician de la protección subsidiaria.

Ciertamente, lo que por un lado se ha desarrollado ha sido la idea de reformar el Reglamento de Dublín a nivel europeo, una idea que ya se abordó en junio de 2018, en una reunión celebrada por el Consejo Europeo en la que se habló de una división obligatoria de migrantes en

²⁷¹ Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio 2013, aplicable a partir del 21 julio 2015.

²⁷² Directiva 2004/84/CE del Consejo, de 29 de abril 2004.

²⁷³ Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre 2011.

partes iguales en todos los Estados pertenecientes a la Unión Europea, pero ha sido rechazada. Hay quienes piensan que una revisión del reglamento es imposible, ya que el tema de los migrantes que ingresan en los países fronterizos ciertamente no concierne solo el asilo, sino que se extiende a otras formas de inmigración cuyos actores están buscando un permiso para permanecer en Europa.

Rechazar a los migrantes no debería ser la solución correcta, ya que habría una violación de las normas internacionales y la protección de los refugiados, tal como está consagrado en el principio de *no refoulement* en el Artículo 33 párrafo 1²⁷⁴ de la Convención de Ginebra de los refugiados de 1951, a pesar de que en el párrafo 2²⁷⁵ del artículo hay una excepción a la situación del *no refoulement* del refugiado: "*si se considera por razones serias peligroso para la seguridad del país*".

Entre los Convenios internacionales sobre el derecho del mar, recordamos: la Convención de Montego Bay de 1982 - la Carta de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar, también conocida como (UNCLOS, *United Nations Convention on the Law of the Sea*). Precisamente en su artículo 98, párrafos 1 y 2, explica cómo favorecer asistencia a las personas en peligro²⁷⁶. La Convención SOLAS de 1974²⁷⁷

²⁷⁴ Artículo 33, apartado 1: "*Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas*".

²⁷⁵ Artículo 33, apartado 2: "*no podrá invocar los beneficios de la presente disposición el refugiado que sea considerado, por razones fundadas, como un peligro para la seguridad del país donde se encuentra, o que, habiendo sido objeto de una condena definitiva por un delito particularmente grave, constituya una amenaza para la comunidad de tal país*".

²⁷⁶ Artículo 98: 1. "*Todo Estado exigirá al capitán de un buque que enarbole su pabellón que, siempre que pueda hacerlo sin grave peligro para el buque, su tripulación o sus pasajeros: a) Preste auxilio a toda persona que se encuentre en peligro de desaparecer en el mar; b) Se dirija a toda la velocidad posible a prestar auxilio a las personas que estén en peligro, en cuanto sepa que necesitan socorro y siempre que tenga una posibilidad razonable de hacerlo; c) Caso de abordaje, preste auxilio al otro buque, a su*

“solicitante a los Estados Partes que hagan los acuerdos necesarios para la comunicación del peligro y la coordinación en su área de responsabilidad y el rescate de personas en riesgo en sus costas²⁷⁸”. La Convención SAR, adoptada en Hamburgo en 1979, establece la obligación de asistencia a las personas en el mar²⁷⁹ y garantiza que las personas desembarquen en un lugar seguro²⁸⁰.

6.7 LAS INTERVENCIONES DE LA UNIÓN EUROPEA EN LOS ESTADOS INDIVIDUALES SOBRE EL FENÓMENO MIGRATORIO

Las intervenciones de la UE en materia de migración han sido múltiples, principalmente debido a los importantes flujos migratorios a los que se ha enfrentado Europa desde los años inmediatamente posteriores a la Segunda Guerra Mundial hasta la actualidad.

Durante la última década, las migraciones a Europa se han duplicado, alcanzando su punto máximo en 2015, hasta el punto de que no está preparada para hacer frente a ellas. El reto ha consistido en revisar las reformas destinadas a promover la inmigración legal y a facilitar nuevas vías legales de acceso a los solicitantes de asilo, en el respeto de los derechos humanos.

Con el fin de hacer frente a esta crisis migratoria, las instituciones europeas han desarrollado un complejo orgánico de medidas denominado *Agenda Europea de Migración*, en el proyecto inicial cuyo objetivo era un

tripulación y a sus pasajeros y, cuando sea posible, comunique al otro buque el nombre del suyo, su puerto de registro y el puerto más próximo en que hará escala”.

²⁷⁷ Convenio internacional para la seguridad de la vida en el mar (SOLAS), Londres 1974.

²⁷⁸ Ibid.

²⁷⁹ Convenio internacional sobre Búsqueda y salvamento Marítimo Internacional (SAR), cap.2.1.10, Hamburgo 1979.

²⁸⁰ Convenio internacional sobre Búsqueda y salvamento Marítimo internacional (SAR), cap. 1.3.2, Hamburgo 1979.

enfoque global de las *acciones internas* de la política migratoria, control de las *fronteras exteriores* de la Unión Europea y en su *acción exterior*²⁸¹.

Los cuatros pilares de la *Agenda Europea de Migración*²⁸² se dividen en:

1. *Reducir los incentivos a la migración irregular,*
2. *Gestión de las fronteras: salvar vidas y proteger las fronteras exteriores;*
3. *El deber de protección que incumbe a Europa: una política común de asilo sólida;*
4. *Una nueva política de migración legal.*

1. *Reducir los incentivos a la migración irregular*²⁸³. La Unión Europea ha considerado de fundamental importancia el papel de los partenariados entre países en cuanto contribuyen a la integración y al desarrollo de los Estados interesados favorecidos por la ayuda puesta en marcha por la UE para la colaboración con los terceros países, con el fin de limitar el tráfico de migrantes a través del sistema de repatriación y retorno en el que se aplican las disposiciones comunes que existen en los Estados agentes de la UE. Sin embargo, estas disposiciones no siempre han resultado eficaces para una cooperación insuficiente. En este contexto, la

²⁸¹ Servizio Studi – Dossier europei n. 42/DE *Le politiche dell'Unione europea in materia di migrazione* 4 marzo 2019 Documentazione per l'Assemblea ATTIVITÀ DELL'UNIONE EUROPEA XVIII LEGISLATURA. [https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/18/DOSSIER/0/1105820/index.html?part=dossier_dossier1, fecha 10.07.2019]. pp. 3-4.

²⁸² Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones - *Una Agenda Europea de migración*, COM(2015) 240 final 13 de Mayo de 2015. pp. 1-25 [<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2015:0240:FIN:ES:PDF>, fecha 10.07.2019].

²⁸³ *Ivi*, p. 9.

ayuda de Frontex, la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, que en un principio estaba encargada de coordinar las repatriación, fue fundamental, pero con el nuevo mandato establecido en el Reglamento 2019/1896 de la UE, de 13 de noviembre de 2019²⁸⁴ entre las diversas modificaciones, se le concedieron funciones ejecutivas para los controles de identidad, las autorizaciones de entrada y las denegaciones de entrada.

2. *Gestión de las fronteras: salvar vidas y proteger las fronteras exteriores*²⁸⁵. Uno de los objetivos fundamentales de las políticas de los Estados miembros es la salvación de vidas humanas y la seguridad de las fronteras exteriores. Europa se propone restablecer el estado de emergencia a un estado de normalidad, previendo las posibles nuevas criticidades con prontitud y anticipación, desarrollando una cooperación de coordinación entre los Estados miembros a través de una red europea de tecnologías de la información, como la ya existente Eurodac, que gestiona las solicitudes de asilo, el Sistema de Información de Visados para las solicitudes de visado y el Sistema de Información de Schengen creado para compartir información sobre personas u objetos sobre los que las autoridades competentes hayan informado.

3. *El deber de protección que incumbe a Europa: una política común de asilo sólida*²⁸⁶. En el marco de una política común

²⁸⁴ Reglamento (UE) 2019/1896 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019 sobre la Guardia Europea de Fronteras y Costas y por el que se derogan los Reglamentos (UE) n°. 1052/2013 y (UE) 2016/1624.

²⁸⁵ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones - *Una Agenda Europea de migración*, COM(2015) 240 final 13 de Mayo de 2015. pp. 1-25; p. 12, en <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2015:0240:FIN:ES:PDF> (Consultado 10.07.2019).

²⁸⁶ *Ivi*, p. 14.

europea de asilo, la comisión propone un sistema de asilo cohesionado que se lleve a cabo mediante un proceso de seguimiento sistemático para garantizar la cooperación mutua con los Estados miembros, la Comisión y la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (EASO) la creación de una estructura reguladora válida para todos los Estados miembros que limite los abusos y favorezca las solicitudes de asilo fundadas. Además, se propone la adopción de medidas para la toma de huellas dactilares y un mayor número de identificadores biométricos en el sistema Eurodac, así como una revisión final del sistema de Dublín que se diseñó entonces para hacer frente a diferentes niveles de asilo.

4. *Una nueva política de migración legal*²⁸⁷. La agenda para una nueva política de migración legal propone un sistema común racional que respete los intereses de la Unión Europea, de modo que Europa se convierta en un destino atractivo de migración legal. Los inmigrantes en Europa deberán integrarse a través del trabajo y de una educación inclusiva, de modo que la inmigración en el nuevo contexto europeo no sea un problema social, sino represente un recurso.

Como se ha podido observar en los puntos examinados, el objetivo de la agenda era encontrar soluciones sobre el tema de la migración eficaces y rápidas para una Europa más cohesionada.

Los trabajos de la Comisión no se detuvieron a 2015, en efecto en la Comunicación COM(2016) 85 final²⁸⁸, *sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración*,

²⁸⁷ Ivi, p. 16.

²⁸⁸ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al consejo - *sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración*, COM (2016) 85 final 10 de Febrero de 2016, pp.1-24

además del análisis de las operaciones realizadas en 2015 sobre este tema, en el que la Comisión Europea tenía como objetivo principal la dotación de los Estados miembros de todos los instrumentos adecuados para hacer frente al gran número de migrantes que llegaban, reforzando así la política de asilo y migración de la UE, se analizan las acciones prioritarias que debe llevar a cabo la Unión, poniendo de relieve, en particular, los problemas que se plantean en algunos ámbitos que requieren acciones inmediatas y ulteriores, ya que se había comprobado que, a pesar de la disponibilidad de los instrumentos normativos, la aplicación práctica todavía no era adecuada.

Las acciones prioritarias que en 2016 se analizaron en la COM (2016) 85 final se referían a:

- la estabilización de la presión soportada por los Estados miembros, que en su mayoría están sujetos a los flujos migratorios, como Grecia e Italia, mediante la prestación de asistencia a través de la provisión de mayores puntos de crisis operativos mediante el refuerzo de las medidas de seguridad,
- el apoyo de la UE y, por consiguiente, de otros Estados que se encuentran en los puntos de crisis, así como la ayuda de Frontex y de la EASO,
- el tema del retorno efectivo e inmediato para evitar que los migrantes que no hayan regularizado su situación se sustraigan al proceso de repatriación,
- el restablecimiento de los traslados de Dublín, con el fin de que el sistema europeo de asilo funcione adecuadamente, ya que en 2010-2011 ya se habían detectado carencias en el sistema²⁸⁹.

²⁸⁹ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el consejo europeo y el consejo- *Gestión de la crisis de los refugiados: estado*

Por tanto, sobre la base de los progresos realizados, es necesario analizar cada caso individual.

- La aplicación de un programa de reubicación adecuado y más rápido, cuyos principales artífices para alcanzar el objetivo son los Estados miembros que, mediante la realización de controles médicos y una investigación precisa, puesto que son precisamente las medidas médicas las que podrían llevar a un Estado a no aceptar un sujeto a la reubicación y la ayuda de las agencias de la UE como Frontex y la EASO para poder facilitar a Grecia un control más eficaz en la frontera entre la UE y la antigua Yugoslavia de Macedonia en la identificación de los migrantes irregulares que han entrado en la UE, para repatriar a los sujetos que no tengan credenciales para permanecer en la Unión.

- Otra novedad importante que representó 2016 fue la Reforma del Sistema Europeo Común de Asilo y el refuerzo de las vías legales de acceso a Europa, con el objetivo de modificar el sistema que, por su incorrecta aplicación, impone más trabajo a algunos Estados miembros, favoreciendo flujos migratorios irregulares, sustituyéndolo por un sistema más seguro que acompañe a los nacionales de terceros países que necesitan protección a una integración controlada en la UE²⁹⁰.

- La creación de la Guardia Costera y de la Guardia Fronteriza Europea se ha planificado entre las principales etapas en materia de fronteras, dado que los migrantes irregulares que cruzan las

de ejecución de las acciones prioritarias con arreglo a la Agenda Europea de Migración, COM (2015) final 14 de Octubre de 2015. p. 13.

²⁹⁰ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al consejo – *Hacia una reforma del sistema europeo común de asilo y una mejora de las vías legales a Europa*, COM (2016) 197 final 6 de Abril de 2016.

fronteras y acaban de llegar al Estado miembro deben aplicar los procedimientos establecidos en el Derecho internacional europeo, esto significa que, si las personas que entran en el Estado no presentan una solicitud de asilo para legalizar su presencia en el mismo, el Estado debe denegar su entrada.

- Por lo que se refiere a la situación en los Balcanes, es deseable una coordinación entre los Estados y el restablecimiento del orden de entrada exclusivamente para las personas que soliciten asilo en el sistema nacional de asilo del Estado miembro, de conformidad con las normas de Dublín.

- Entre los objetivos de los Estados miembros figura, en particular, la protección de los menores no acompañados y su reinstalación en la protección de los derechos fundamentales y la financiación de su educación, así como su protección en la UE y en el exterior.

- Proporcionar asistencia humanitaria dentro de la UE para los refugiados y los migrantes, así como el sustento de los Estados que deben acoger al mayor número de migrantes.

- Se prevé la aceleración de las prácticas administrativas en materia de retorno, así como la aplicación del concepto de *tercer país seguro* por parte de todos los Estados miembros expuesto en la Directiva procedimientos²⁹¹.

- Se pide un plan de acción común entre la UE y Turquía para limitar los flujos incontrolados de inmigrantes ilegales.

²⁹¹ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del consejo de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición).

- Eliminar los incentivos a la migración irregular mejorando la situación de los países de procedencia.

Las medidas propuestas por la Comisión en 2015 y 2016 han tenido un efecto positivo en la restauración de un mayor control de la migración.

La COM(2017) 558 final²⁹² establece un balance de las acciones llevadas a cabo en los años anteriores, que se tradujo en la consecución de importantes resultados y en los próximos pasos que se han dado.

En cuanto a los objetivos alcanzados, las operaciones realizadas por Tritón y Poseidon en el Mediterráneo han sido adecuadas para responder a las grandes migraciones que se abatieron también en la ruta de los Balcanes Occidentales, lo que ha permitido limitar los desplazamientos irregulares de los migrantes. Estas operaciones han garantizado un mayor control de las fronteras exteriores de la UE, gracias también a la creación de puntos de crisis tanto en Grecia como en Italia. La declaración entre la Unión Europea y Turquía ha permitido el control adecuado de los flujos irregulares y, en consecuencia, la salvación de vidas humanas²⁹³. La prevención de la migración irregular llevada a cabo por la UE y los Estados miembros ha establecido un sistema seguro de retorno, que con el plan de acción contra el tráfico de migrantes aplicado con la colaboración de los Estados y agencias de la UE ha permitido el análisis de los problemas y las soluciones al mismo²⁹⁴. Por lo que se refiere al retorno y la admisión,

²⁹² Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones – *relativa al cumplimiento de la Agenda Europea de Migración*, COM(2017) 558 final 27 de Septiembre de 2017.

²⁹³ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo europeo y al consejo – *Primer informe sobre los avances registrados en la aplicación de la Declaración UE-Turquía*, COM(2016) 231 final 20 de Abril de 2016.

²⁹⁴ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo, al comité económico y social europeo y al comité de las regiones –

un rol fundamental lo ocupa la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas, que colabora con los Estados miembros para garantizar y gestionar los aspectos relacionados con la repatriación, además de la importancia de la Directiva 2009/52/CE por la que se imponen sanciones a los empleadores que infrinjan la prohibición del empleo de nacionales de terceros países que residan ilegalmente en la UE²⁹⁵. Además, la Comisión Europea, con el renovado Plan de Acción sobre el Retorno de 2017, estableció recomendaciones concretas para garantizar que las lagunas anteriores se subsanaran garantizando una política de retorno más eficaz²⁹⁶. La aplicación de los puntos de crisis ha sido de gran importancia, ejemplo concreto de solidaridad entre los Estados miembros. En 2017 se produjo un aumento del número de menores migrantes en Europa, lo que dio lugar a un aumento de la ayuda a los menores gracias a la coordinación entre la UE y los Estados. Además, la Comisión se centró especialmente en la propuesta de la tarjeta azul propuesta en 2016, acelerando las prácticas de negociación y, al mismo tiempo, analizando el *acquis* en materia de migración legal, a fin de identificar las deficiencias existentes y aplicar modificaciones para incentivar la migración laboral.

En 2017 también se trató el tema de los visados, con la adopción de algunas medidas que permitieron a la Unión Europea suspender la exención de visado en caso de retos a nivel migratorios.

Plan de Acción de la UE contra el tráfico ilícito de migrantes (2015-2020), COM(2015) 285 final 27 de Mayo de 2015.

²⁹⁵ Directiva 2009/52/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. [<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32009L0052>].

²⁹⁶ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al consejo – *Relativa a una política de retorno más eficaz en la Unión Europea – un plan de acción renovado*, COM(2017) 200 final 2 de Marzo de 2017.

Los siguientes pasos para la aplicación de la agenda de migración han sido: el sistema europeo común de asilo, basado en una legislación adaptada a los nuevos retos migratorios, reforzar la legislación para erradicar la migración ilegal, la aplicación efectiva de los retornos orientando los recursos económicos hacia las personas realmente necesitadas e intensificando la cooperación entre los Estados que reciben el mayor número de migrantes.

En 2018 se observó un gran crecimiento de los flujos migratorios, como se indica en la COM(2018) 301 final²⁹⁷. En su Comunicación, la Comisión señalaba un aumento de los flujos migratorios en la ruta, con un aumento significativo en el Mediterráneo oriental y un aumento de las travesías irregulares terrestres de Turquía a Grecia, en la ruta de los Balcanes Occidentales, con la intensificación de los movimientos migratorios hacia Albania, Montenegro y Bosnia y Herzegovina, y en la ruta del Mediterráneo central. La nota positiva que se desprende de la COM(2018) 301 final, es la disminución de las muertes entre los migrantes, a diferencia de la ruta occidental/atlántica del Mediterráneo, en la que se registra un mayor número de muertes. Por lo que se refiere al tema del asilo, se constata que, sin duda, las solicitudes son inferiores a las de 2015, pero Europa tiene un atraso importante de solicitudes correspondientes a años anteriores, mientras que, en el caso de los menores no acompañados, la mayoría de los cuales llegan a las costas de Grecia, Italia, España y Bulgaria, se ha producido un aumento con respecto a los años anteriores.

²⁹⁷ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo europeo y al consejo – *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*, COM(2018) 301 final 16 de Mayo de 2018.

A pesar de que en 2018 la Comisión adoptó una nueva propuesta del Sistema de Información de Visados²⁹⁸, para aumentar la seguridad de las fronteras de la UE e incrementar los controles de los visados, las condiciones de acogida siguen siendo un problema grave. Los avances se han producido con la Declaración Turquía-UE, que es uno de los principales puntos que permite la reducción de las travesías irregulares.

Las próximas etapas de la agenda se referirán en primer lugar a Grecia y a la mejora de los puntos de crisis, a la aceleración de las prácticas de devolución a Turquía, garantizar el apoyo necesario de los Estados al trabajo realizado por las agencias de la UE en Grecia y Bulgaria y la celebración de acuerdos entre la UE y sus socios de los Balcanes Occidentales. Por lo que se refiere a Italia, en 2018 se han previsto otros puntos de crisis y, además, los Estados miembros deberán intensificar la financiación de las agencias de la UE en Italia.

A lo largo de 2018, Europa, a pesar de haber obtenido buenos resultados con las medidas aplicadas en años anteriores, la tendencia de los flujos migratorios sigue registrando un preocupante aumento, digno de especial atención y vigilancia, así como de nuevas planificaciones para las medidas que se han de aplicar, prosiguiendo las actividades de coordinación sobre la gestión de las migraciones a través de las instituciones de la UE, los Estados miembros y los países asociados.

El 2019 fue un año importante desde el punto de vista de la ayuda a los Estados miembros para la migración, el asilo, el retorno y la lucha contra los traficantes de migrantes, como se señala en la COM(2019) 481

²⁹⁸ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n.º 767/2008, el Reglamento (CE) n.º 810/2009, el Reglamento (UE) 2017/2226, el Reglamento (UE) 2016/399, el Reglamento XX/2018 [Reglamento sobre interoperabilidad] y la Decisión 2004/512/CE, y se deroga la Decisión 2008/633/JAI del Consejo.

final²⁹⁹, a pesar de la continua migración irregular, es necesario redoblar los esfuerzos para repatriar y reintegrar a las personas necesitadas de ayuda según un sistema legal que permita gestionar mejor la migración. Para que exista un sistema de asilo justo, es necesario regular un sistema de asilo europeo común, cuestión que sigue pendiente en 2019, a través de la intensificación de las colaboraciones con terceros países para que se restablezca un espacio común europeo Schengen sin fronteras.

En los años anteriores la UE se ha enfrentado a las grandes oleadas migratorias a las que, a pesar de no estar plenamente preparada, ha sido capaz de reaccionar ante circunstancias imprevistas. Pese a que la situación de 2019 no sea mejorada en el tiempo, la UE dispone de una base sólida y adecuada para completar el sistema europeo de migración y asilo, con resultados concretos.

En la actualidad, los Estados miembros y la UE están negociando la reforma del Sistema Europeo Común de Asilo presentada en 2016. Con la emergencia de COVID - 19 los Estados miembros, a pesar de no estar preparados, emprendieron procedimientos de repatriación y reasentamiento, ajustándose a la situación de emergencia actual, para proteger la seguridad interior, la salud pública comunitaria de los países de la UE y han llevado a cabo controles exhaustivos, como el registro de las solicitudes de asilo, entrevistas personales con los solicitantes, toma de huellas dactilares³⁰⁰.

²⁹⁹ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al consejo europeo y al consejo – *Informe de situación sobre la aplicación de la Agenda Europea de Migración*, COM(2019) 481 final 16 de Octubre de 2019.

³⁰⁰ Camera dei deputati, Ufficio rapporti con l'Unione europea, XVIII legislatura, *Dossier 23 aprile 2020*.

6.8 COVID-19, MIGRACIONES Y GOVERNANCE EN EL CONTEXTO EUROPEO

La evolución de la emergencia global debida al COVID - 19 fue un suceso sorpresivo por la Unión Europea y los Estados miembros, poniendo de relieve la debilidad del ser humano y de la sociedad que construyó. Las dificultades encontradas por Europa, han puesto de manifiesto la falta de preparación de la *governance* europea, que se ha deteriorado, en favor del refuerzo de la dimensión intergubernamental³⁰¹.

En este contexto, también se han aumentado también las problemáticas ya existentes en relación con la crisis migratoria. Europa parece estar sometida a una prueba: podrá demostrar todo su potencial para ser responsable y gestionar las sucesivas crisis que inevitablemente provocará la pandemia Covid-19, de lo contrario sólo seguirá siendo una organización internacional con gran capacidad para legislar, pero muy débil financieramente³⁰².

Por tanto, es necesaria una reacción rápida de la Unión Europea, con nuevas reformas y nuevos instrumentos financieros para hacer frente a la crisis sanitaria y económica.

A través de la COM(2020) 440 final³⁰³ la Unión Europea parecía haber adquirido una perspectiva diferente sobre la gestión de las emergencias, desarrollando propuestas de reforma también de la *governance* económica con el fin de salvaguardar el mercado único. Durante este período de crisis, la Comisión Europea se ha dedicado a la

³⁰¹ FROSINA, L., «La crisi "esistenziale" dell'Unione Europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe» en *Nomos* 2 (2018), pp. 1-20; p. 2.

³⁰² CASSESE, S., «L'Europa vive di crisi», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 3 (2016), pp. 779-790; p. 785.

³⁰³ Communication from the commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions – *Adjusted Commission Work Programme 2020*, COM (2020) 440 final 27 de Mayo de 2020.

protección de las vidas humanas poniendo a disposición los fondos y equipos médicos, la adopción de 291 decisiones y actos urgentes no previstos en el programa de trabajo inicial de la Comisión 2020 y la creación de SURE³⁰⁴ para la protección de los puestos de trabajo y la protección de los trabajadores perjudicados por la situación sin precedentes a verificar.

A pesar de las ayudas recibidas, cada Estado ha respondido a la crisis de manera diferente, haciendo fluctuar los aparentes equilibrios internos.

La Unión Europea, además de gestionar la pandemia desde el punto de vista de la salud pública, la seguridad social y el ámbito económico, ha tenido que enfrentarse y contener el importante número de inmigrantes que seguían llegando a la UE desde terceros países, tratando de poner precauciones sanitarias que inevitablemente en condiciones de mala higiene han ampliado la difusión del Covid-19. El 10 de marzo de 2020, los Jefes de Estado y de Gobierno consideraron oportuno establecer un estrecho vínculo y una colaboración necesaria con la Comisión Europea. El 16 de marzo de 2020, dada la propagación ilimitada de la pandemia en todo el mundo, que estaba causando un número considerable de víctimas, como consecuencia de los desplazamientos internacionales, la Comisión, con la COM(2020) 115 final³⁰⁵, recomendaba al Consejo Europeo de actuar con la mayor celeridad para la adopción por los Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados pertenecientes al espacio Schengen y de los Estados asociados al mismo, la decisión acordada de restringir

³⁰⁴ Reglamento (UE) 2020/672 Del Consejo de 19 de mayo de 2020 relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19.

³⁰⁵ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo – *COVID-19: Restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE*, COM(2020) 115 final 16 de Marzo de 2020.

temporalmente los viajes entre todos los Estados del espacio UE+³⁰⁶, ya que una restricción temporal de los viajes aplicada exclusivamente por algunos Estados en lo que se refiere a sus propias fronteras exteriores, sería resultada ineficaz, facilitando la propagación continua e incontrolada del Covid-19.

La Comisión Europea con la Comunicación 2020/C 102 I/02³⁰⁷ complementa las directrices relativas a la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE para la protección de la salud de los ciudadanos, facilitando, en particular, a los ciudadanos de la UE bloqueados en terceros países, garantizando su repatriación y sus desplazamientos en seguridad, un servicio mínimo para el tratamiento de las solicitudes de visado, la resolución de los problemas derivados de las restricciones de los viajes que han dado lugar a las estancias fuera de plazo.

Además en la Comunicación COM(2020)148 final³⁰⁸ también se observan las evoluciones de las restricciones temporales de los viajes, que han reducido a cero casi por completo el movimiento de las personas, con excepción de los retornos y las mercancías. Asimismo, en dicha Comunicación se evaluaba la prórroga de otros 30 días, concretamente hasta el 15 de mayo de 2020, debido al aumento incesante de los casos de COVID-19, con la coordinación de todos los Estados.

³⁰⁶ Cf. COM(2020) 222 final. El «espacio UE+» lo forman todos los Estados miembros de Schengen (incluidos Bulgaria, Croacia, Chipre y Rumanía), así como los cuatro Estados asociados de Schengen. También incluye a Irlanda y al Reino Unido si deciden sumarse.

³⁰⁷ Comunicaciones procedentes de las instituciones, órganos y organismos de la Unión Europea. Comisión Europea, Comunicación de la Comisión - *COVID-19 Directrices sobre la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE, sobre la facilitación del régimen de tránsito para la repatriación de los ciudadanos de la UE y sobre sus efectos en la política de visados*, (2020/C 102 I/02) 30 de Marzo de 2020.

³⁰⁸ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo – *sobre la evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE*, COM(2020) 148 final 8 de Abril de 2020.

El 15 de abril de este año se adoptó la “*Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19*”³⁰⁹, con el objetivo gradual de restablecer las fronteras interiores y exteriores orientadas al derecho de libre circulación de los ciudadanos.

La situación pandémica se ha solapado con los problemas que ya se han planteado y ha agravado considerablemente el ámbito de los procedimientos de asilo para el retorno y el reasentamiento. A este respecto, en el documento 2020/C 126/02³¹⁰ se establecen directrices en la emergencia COVID-19 sobre asuntos estrechamente relacionados con la migración: para contener la propagación de la pandemia en materia de asilo, reasentamiento y repatriación, el sistema de protección de la salud de cada Estado desempeña un papel esencial y la comisión establece directrices que permitan no interrumpir los procedimientos anteriormente mencionados respetando y garantizando la protección de la salud de las personas y de sus familiares en el contexto de la pandemia desarrollado, de conformidad con los principios establecidos en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE.

El 8 de mayo de 2020, la Comisión adoptó, junto con la COM(2020) 222 final³¹¹, la segunda Comunicación en la que se invitaba a los Estados miembros que prorrogaran la restricción de los viajes hasta el 15 de junio de 2020, con aplicación a todos los desplazamientos no esenciales

³⁰⁹ Hoja de ruta común europea para el levantamiento de las medidas de contención de la COVID-19. p. 1-17.

³¹⁰ Comunicación de la Comisión – *COVID-19: Directrices sobre la aplicación de las disposiciones pertinentes de la UE en materia de procedimientos de asilo y retorno y de reasentamiento*, (2020/C 126/02). 17 de Abril de 2020.

³¹¹ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo Europeo y el Consejo – *sobre la segunda evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE*, COM(2020) 222 final 8 de Mayo de 2020.

efectuados por terceros países hacia la Unión Europea, excluyendo de esta restricción a los viajeros necesarios como los médicos.

Por lo que se refiere a las directrices en materia de asilo, los nacionales de terceros países que deseen solicitar asilo en los Estados miembros de la UE pueden presentar la solicitud que deberán registrar las autoridades del país de que se trate. Los Estados miembros podrán aplicar la Directiva 2013/33/UE³¹² sobre las condiciones de acogida. Las medidas de cuarentena o aislamiento no están reguladas dentro del *acquis* de la UE, pero pueden aplicarse cuando se consideren necesarias, siempre que su aplicabilidad no se realice de forma discriminatoria y todas las actuaciones al respecto se apliquen de conformidad con los derechos fundamentales.

En relación con las operaciones de reasentamiento, los Estados miembros, el UNHCR y la OIM han acordado la suspensión, ya que el Covid-19 ha causado muchas problemáticas, impidiendo el acceso a terceros países donde hay números importantes de refugiados. Sin embargo, la Comisión anima a los Estados miembros a mostrar su solidaridad con las personas necesitadas, insistiendo en que prosigan las actividades de reasentamiento y estén preparados para reanudarlas una vez pasada la emergencia.

Por lo que concierne a la repatriación, se afirma en el documento que los Estados miembros deben aplicar medidas nacionales de protección sanitaria para contener la propagación del virus. Es evidente que las medidas de restricción adoptadas a escala mundial influyen especialmente a la repatriación de migrantes irregulares. Para ser eficaces, se recomienda la continuación de los trabajos preparatorios durante las

³¹² Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional. (Texto refundido).

restricciones momentáneas, para que, cuando sea posible, puedan realizarse las operaciones de retorno, con la ayuda de la asistencia de Frontex.

La tercera evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE tuvo lugar con la COM(2020) 399 final³¹³ en la que se ha observado una mejora de la situación epidemiológica en la Unión Europea, la consecuencia de ello fue que los Estados miembros levantaron parcialmente las restricciones a los viajes y la supresión de los controles en las fronteras interiores de algunos Estados con la consiguiente libertad de circulación en la UE. Para los Estados que no habían levantado las restricciones a la libre circulación, se preveía su supresión para el 15 de junio de 2020. La Comisión también ha decidido ampliar las categorías de viajeros exentos: los ciudadanos de la UE, los ciudadanos de los Estados asociados a Schengen y los nacionales de terceros países que residen legalmente en los Estados miembros, así como los miembros de sus familias y como a las personas que viajan por motivos de trabajo a terceros países si su trabajo es necesario desde el punto de vista económico.

El 30 de junio el Consejo de la Unión Europea adoptó la Recomendación (UE) 2020/912³¹⁴ sobre el levantamiento gradual sobre la restricción de los viajes no esenciales a la UE, que representa uno de los primeros pasos hacia el restablecimiento a la libre circulación, y, para ser efectiva, debería ser tenida en cuenta por todos los Estados miembros y por las fronteras exteriores.

³¹³ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo – *sobre la tercera evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE*, COM(2020) 399 final 11 de Junio de 2020.

³¹⁴ Recomendación (UE) 2020/912 del Consejo de 30 de junio de 2020 sobre la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE y el posible levantamiento de dicha restricción.

De una breve investigación de los documentos legislativos europeos sucesivos en estos meses particularmente críticos y ricos de situaciones anómalas debidas al COVID-19, se plantea la cuestión de cómo ha gestionado la crisis la Unión Europea y si las medidas de contención aplicadas por los Estados miembros y la Unión han respetado todos los principios fundamentales.

Los principios relativos a la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE establecidos en la COM(2020) 399 final³¹⁵ son los siguientes:

- No discriminación: residencia como factor determinante
- Flexibilidad
- Enfoque común y coordinado

En el primer punto, la aplicación de la restricción de los viajes no esenciales a la UE durante el COVID-19 está relacionada con la residencia de la persona en un tercer país para el que no se haya revocado dicha restricción.

La revoca de las restricciones a los viajes no esenciales a la UE está sujeta a la flexibilidad que permite, cuando un país concreto no cumple las condiciones de seguridad previstas, en la medida en que cambie la situación epidemiológica o se modifique la situación de la reciprocidad, la reintroducción de las restricciones de viaje.

El último punto se considera fundamental, ya que es necesaria una cooperación coordinada, simultánea y uniforme por parte de todos los Estados miembros en todas las fronteras exteriores, la iniciativa no

³¹⁵ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo y al Consejo – *sobre la tercera evaluación de la aplicación de la restricción temporal de los viajes no esenciales a la UE*, COM(2020) 399 final 11 de Junio de 2020, pp. 1-9; p. 4.

coordinada de algunos Estados miembros y con el resto de los Estados comprometería el espacio Schengen.

La situación actual nos hace reflexionar que el restablecimiento de las fronteras interiores, la restricción de los viajes no esenciales a la UE y la revoca de dicha restricción no se han llevado a cabo de manera coordinada y uniforme, lo que también ha afectado a la migración. A pesar de que la Comisión Europea ha recomendado a los Estados miembros del espacio Schengen la adopción de decisiones coordinadas en materia de restricción de los viajes a la UE, refiriéndose también a los problemas de los refugiados y solicitantes de asilo, cada Estado ha decidido por sí mismo sin una coordinación adecuada y, a veces, con comportamientos discriminatorios.

Las medidas adoptadas por la Unión Europea en el estado de emergencia han sido objeto de continua extensión, sin embargo presentan numerosos perfiles críticos y suscitan perplejidad en el plano organizativo, en particular de la migración, ya que, en la *governance* de los Estados miembros, es probable que las normas actuales no hayan sido capaces de gestionar adecuadamente las situaciones críticas que se han producido como consecuencia de la pandemia, que no han facilitado la integración de las personas procedentes de terceros países. Los Estados miembros perciben los flujos migratorios como una fuente de peligro para la estabilidad interna, que desestabilizan a los propios ciudadanos de la Unión.

Los inmigrantes recogidos en lugares de acogida, a menudo abarrotados e insalubres, agravan las condiciones sanitarias, ya que en estos lugares es casi imposible mantener distancias de seguridad y niveles mínimos de higiene. Hay que recordar, además, que la mayoría de los emigrantes que llegan a los territorios de los Estados miembros, al ser

indocumentados o por así decirlo "invisibles", no pueden acceder a los servicios sanitarios del Estado.

Gran parte de los países europeos han interrumpido completamente, en este período sin igual, los servicios dedicados a las solicitudes de asilo, ampliando inevitablemente las problemáticas ya existentes sobre el tema. A diferencia de Portugal, que puede representar un modelo interesante, ya que como respuesta a la pandemia COVID-19, el Gobierno portugués ha garantizado a los inmigrantes con un permiso de residencia pendiente, beneficiar de un permiso de residencia temporal que les garantizara los mismos derechos que a todos los demás ciudadanos³¹⁶.

Los Estados europeos han gestionado la pandemia adoptando *de facto* decisiones individuales no coordinadas con otros Estados miembros, influyendo en el comportamiento de los ciudadanos. Pero en un contexto global en el que las decisiones deben ser tomadas a nivel continental para salvaguardar la seguridad y la salud pública en línea con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, no es admisible que en una situación como la causada del COVID-19 se cierren las fronteras dejando a los emigrantes en situaciones precarias e insalubres a sus márgenes, violando los principios fundamentales de la Unión Europea. El tema de los inmigrantes ha sido siempre relegado un segundo plano, lo que ha dado lugar a la amplificación de los problemas durante la pandemia COVID-19. Para que haya una acogida eficaz, al menos en situaciones de emergencia en las que vivimos, serían necesarias leyes europeas que complementaran las medidas que los Estados individuales aplican en

³¹⁶ Presidência do Conselho de Ministros, Administração Interna, Trabalho, Solidariedade e Segurança Social e Saúde - Gabinetes da Ministra de Estado e da Presidência, do Ministro da Administração Interna e das Ministras do Trabalho, Solidariedade e Segurança Social e Saúde.

Diário da República n.º 62/2020, 3º Suplemento, Série II de 2020-03-27. Despacho n.º 3863-B/2020. pp. 387-(3) a 387-(5).

estas circunstancias, respetando los derechos y las libertades fundamentales.

6.9 LA IGLESIA Y EL FENÓMENO DE LA INMIGRACIÓN

La movilidad constante del género humano que lo ha caracterizado desde siempre, es una realidad antigua milenios. Hoy la migración se considera una problemática, pero la Iglesia Católica la define más bien como un acontecimiento que pone a prueba a toda la comunidad eclesial³¹⁷. La actividad pastoral de la Iglesia siempre ha puesto en el centro de su interés el fenómeno migratorio, en 1215 en el Concilio Lateranense IV, el canon IX preveía la erección de parroquias personales no territoriales para el cuidado pastoral de los migrantes en una lengua o nación determinada³¹⁸.

Las sucesivas iniciativas apostólicas y pastorales luego confirmadas y ulteriormente profundizadas por el último Concilio Ecuménico son puestas en práctica por Pío XII³¹⁹. La atención sobre el tema de los migrantes a los que Pío XII se dedicó durante su pontificado fue regulada a través de la Const. ap. *Exsul Familia Nazarethana*, de 1. VIII.1952³²⁰. La constitución definida como la *Carta Magna de la Emigración*, reviste una gran importancia ya que dedica especial atención pastoral a los

³¹⁷ SABBARESE, L., «Cura dei migranti tra pastorale della mobilità e mobilità della pastorale», en *Vergentis* 7 (2018), pp. 123-149; p. 124.

³¹⁸ Cf. GARCÍA Y GARCÍA, A., *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum commentariis glossatorum*, Città del Vaticano 1981 pp. 57-58.

³¹⁹ SANCHIS, J., «La pastorale dovuta ai migranti ed agli itineranti (aspetti giuridici fondamentali)», en *Persona y derecho/Fidelium iura* 3 (1993), pp. 451-494; pp. 454-455.

³²⁰ VIANA TOMÉ, A., «La sede apostólica y la organización de la asistencia pastoral a los emigrantes» en *Ius canonicum* 43.85 (2003), pp. 87-121; p. 88.

emigrantes, entendida como derecho fundamental del bautizado a ser ayudado por sus Pastores³²¹.

El Concilio Vaticano II afronta además los movimientos migratorios con respecto a las diversas categorías que las componen: inmigrantes, emigrantes, prófugos, exiliados, estudiantes extranjeros, definidos como aquellos fieles que estando fuera de la propia patria necesiten una específica atención pastoral³²².

“*Para la Iglesia católica nadie es extraño, nadie está excluido, nadie está lejos*”, así afirmó Pablo VI el 8 de diciembre de 1965 en la homilía de clausura del Concilio Vaticano II³²³.

En 1969 Sucesivamente al Concilio Vaticano II, a cargo de Pablo VI encontramos la publicación del *Motu Proprio, Pastoralis migratorum cura* y la Instrucción *de pastorali migratorum cura*, para que las disposiciones de la *Exsul Familia* se adaptaran a los nuevos principios conciliares³²⁴.

La siguiente importante contribución fue la instrucción del *Erga migrantes caritas Christi* bajo la responsabilidad del Consejo pontificio para la pastoral de los migrantes e itinerantes aprobado en 2004 por Juan Pablo II, que pone la atención en la emigración nacional e internacional, en la misión de la iglesia hacia los emigrantes³²⁵. El documento desempeña un papel fundamental en la historia, ya que es la primera vez que en un documento pontificio el tema de los emigrantes llame la atención de otras

³²¹ BAURA, E., «Movimientos migratorios y derechos de los fieles en la Iglesia», en *Ius canonicum* 43.85 (2003), pp. 51-86; p. 73.

³²² LATORRE, S. A., «Las migraciones, desafío social y eclesial: aportaciones del magisterio», en *Corintios XIII: Revista de teología y pastoral de la caridad* 102 (2002), pp. 211-287; p. 241.

³²³ SAN-JOSÉ-PRISCO, J., «Los emigrantes en la Iglesia particular», en *Ius canonicum* 85 (2003), pp. 135-165; p. 140.

³²⁴ PÉREZ MADRID, F., «Inmigración y derecho Canónico», en *Ius canonicum* 43.86 (2003), pp. 603-636; p. 607.

³²⁵ VIANA, A., «Problemas Canónicos planteados por la instrucción “Erga Migrantes Caritas Christi”, 3.V.2004», en *Ius canonicum* 45.89 (2005), pp. 271-292; pp. 274-275.

iglesias, con atención también a los migrantes pertenecientes a otras religiones³²⁶.

El sucesor Benedicto XVI dedica el n. 62 en la Carta encíclica *Caritas in veritate* al fenómeno migratorio, definiéndolo como un fenómeno de gran complejidad y de difícil gestión, a través de estas palabras:

*“Es un fenómeno que impresiona por sus grandes dimensiones, por los problemas sociales, económicas, políticas, culturales y religiosos que suscita, por los dramáticos desafíos que plantea a las comunidades nacionales y a la comunidad internacional. Podemos decir que estamos ante un fenómeno social de naturaleza histórica, que requiere una política de cooperación internacional fuerte y con visión de futuro para ser afrontado debidamente”*³²⁷.

El 24 de noviembre de 2013 se identifica con el primer documento firmado por el Papa Francisco *Evangelii gaudium*, en el que se tratan las migraciones en estrecha relación con la esperanza, considerado un binomio indivisible³²⁸.

La esperanza es el elemento que debería acompañar siempre a los migrantes, para dejar atrás una vida de indigencia en la perspectiva de un futuro mejor. El Papa Francisco escribe en la exhortación apostólica *Evangelii gaudium*, n. 86: “No nos dejemos robar la esperanza!”³²⁹.

La migración evoluciona con el tiempo, es cambiante, porque se adapta y refleja el tiempo, evoluciona con las personas, estrechamente conectada con el mundo globalizado que hemos creado. La Iglesia, en esta continua evolución de la sociedad y, por tanto, de personas y naciones enteras, busca prontamente adaptarse y dar respuestas

³²⁶ Cf. SABBARESE, L., «Cura dei migranti tra pastorale della mobilità e mobilità della pastorale», en *Vergentis* 7 (2018), pp. 123-149; p. 129.

³²⁷ PAROLIN, P., *Chiesa postconciliare e migrazioni. Quale teologia per la missione con i migranti*, Roma 2010, p. 7.

³²⁸ BENTOGLIO, G., «Per una teologia della speranza», en *Studi Emigrazione* 205 (2017), pp. 69-79; p. 70.

³²⁹ *Ivi*, p. 77.

adecuadas a los nuevos modelos de migración que cada día avanzan más fuertes y en constante evolución.

Sin embargo, a pesar de los problemas que pueda plantear, siempre hay que considerar la migración desde el punto de vista de la esperanza, cualquiera que sea el tipo de flujo migratorio.

En los últimos años, el tema de la inmigración ha irrumpido en el panorama europeo de forma flagrante y en los últimos meses a causa del COVID-19 ha tenido lugar, una drástica reducción de las llegadas, ya que muchos Estados han cerrado bruscamente sus fronteras limitando sus ingresos o, incluso, como ha ocurrido en algunos Estados, bloqueando a los migrantes al margen de sus fronteras. La pandemia, que ha provocado una crisis mundial, ha afectado especialmente a las personas menos afortunadas sin hogar y, por tanto, también a los inmigrantes. El cierre de las fronteras y la limitación de los viajes han dado lugar a un incremento de la inmigración ilegal.

Para responder a las problemáticas y crisis mundiales, para expresar el amor de la Iglesia por todos los hombres frente a la pandemia de COVID-19, el Papa instituyó la Comisión vaticana COVID-19, que prevé grupos de trabajo para alcanzar los objetivos siguientes: actuar ahora para el futuro, mirar al futuro con creatividad, comunicar la esperanza, buscar diálogo y reflexión común, apoyar para custodiar³³⁰.

En el mensaje del Santo Padre Francisco para la jornada mundial de las misiones 2020, en este año marcado por profundos sufrimientos causados por la pandemia por COVID-19, nos exhorta:

“redescubrir que necesitamos relaciones sociales, y también la relación comunitaria con Dios. Lejos de aumentar la desconfianza y la

³³⁰ COMISIÓN VATICANA COVID-19, en <http://www.humandevlopment.va/es/vatican-covid-19.html> (Consultado 30.07.2020).

*diferencia, esta condición debería hacernos más atentos a nuestra forma de relacionarnos con los demás. Y la oración, mediante la cual Dios toca y mueve nuestro corazón, nos abre a las necesidades de amor, dignidad y libertad de nuestros hermanos, así como al cuidado de toda la creación*³³¹.

En respuesta a la pandemia el papa Francisco en la audiencia general celebrada el 19 de agosto de 2020, recomienda garantizar la igualdad, la justicia social y observar la igualdad de oportunidades y la protección de los más débiles *“poniendo las periferias en el centro y los últimos en el primer lugar”*.

³³¹ FRANCISCUS PP., «Mensaje del Santo Padre Francisco para la jornada mundial de las misiones *Aquí estoy, mándame* (Is 6,8)», 31.05.2020, Roma, San Giovanni in Laterano.

**VII – LOS ACTUALES
ASPECTOS
PROBLEMATICOS DE LA
DISCIPLINA**

VII – LOS ACTUALES ASPECTOS PROBLEMATICOS DE LA DISCIPLINA

7.1 LOS MENORES ACOMPAÑADOS Y NO ACOMPAÑADOS

La realidad del MENA está en constante aumento, debido a los flujos de emigrantes que provienen, predominantemente, del Norte África, del Medio Oriente en guerra y de la Europa del Este. Los “*menores extranjeros no acompañados*”, definidos en tal modo por la ley europea, son individuos extremadamente vulnerables porque la menoría edad es una condición que determina su fragilidad y precisamente por la circunstancia en que se encuentran en el país de acogida necesitan derechos y protección.

Las llegadas a los Estados europeos también están representadas por un gran número de “menores extranjeros acompañados”. En España, en los últimos años, las llegadas de menores “acompañados”, especialmente por vía marítima, han aumentado sin duda. Por otra parte, en España y en muchos otros Países europeos se ha arraigado una cultura basada en la comprensión hacia la condición del niño sólo desde finales de los años noventa.

Un ejemplo del que se habló mucho a final de 2018 ha sido el caso de *Aquarius*, un barco de la flota de la ONG Médicos Sin Fronteras que transportó a 629 migrantes, de los cuales 123 menores no acompañados, 11 niños y 7 mujeres embarazadas. Con la posterior recuperación del barco *Aquarius* que tuvo lugar en las costas libias, después de haber sido rechazada por Italia y Malta, ha sido aceptada por el gobierno español en

el puerto de Valencia. Los migrantes, más tarde dirigidos a Ceuta y Melilla, se han enfrentado con enormes barreras de 3 metros de altura que dividen el enclave español en la frontera con Marruecos, divididas por alambres de púas que inevitablemente recuerdan el muro del Brennero que marca la frontera entre Italia y Austria.

La cuestión resulta bastante problemática, ya que, según los datos de la Memoria de Fiscalía General del Estado, los menores acompañados de adultos no acreditarían de manera adecuada y fiable el vínculo paterno-filial con el menor en cuestión³³².

En un contexto multicultural como el nuestro, es necesario proteger al niño, a través de los valores de justicia y solidaridad. Valores reconocidos a todos los individuos, pero principalmente para el menor, que deberá afrontar la vida.

Reconocer a un sujeto y, en este caso, proteger al menor, no significa que el menor de edad sea un individuo débil; sino que es necesario considerarlo como sujeto en formación y, por lo tanto, tiene que ser cuidado para evitar la anulación de los intereses legítimos de los que el niño es portador.

El término "*menor no acompañados*" hace referencia a aquellas situaciones en las que un menor extranjero entra solo en el territorio de un Estado miembro, no acompañado de los padres o de otros ejercientes la potestad parental, el que no está regularmente presente sobre el territorio español, y no solicita asilo ni protección humanitaria. En la Resolución 97/C221/03 del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997 se definió *menores no acompañados nacionales de terceros países* como:

³³² Cf. NEGUERUELA, C.M., «Menores extranjeros acompañados. La problemática invisible de los niños y niñas migrantes acompañados que llegan a la frontera sur española», en *Revista Crítica Penal y Poder* 18 (2019), pp. 260-266; p. 261.

“Menores de 18 años, nacionales de países terceros, que llegan a territorio de los Estados miembros de la Unión Europea sin ir acompañados de un adulto responsable de ellos, ya sea legalmente o con arreglo a los usos y costumbres[del Derecho consuetudinario del Estado del que sea nacional el menor], en tanto no se encuentren efectivamente bajo el cuidado de un adulto responsable[por lo tanto, sin representación judicial], así como aquellos menores que se queden solos tras su entrada en los Estados miembros (Diario Oficial n° C221 de 19/07/2003, p. 0023)”³³³.

Los menores extranjeros no acompañados que entran en el territorio europeo, en la mayoría de las situaciones huyen de contextos especialmente peligrosos, de guerras, discriminación y persecución, hechos que implican consecuencias en el menor y por lo tanto, requieran una mayor protección.

La protección de los MENA se enfrenta a numerosos retos, que es preciso afrontar desde la perspectiva del interés superior del menor. Entre ellos, destacan cuestiones como la falta de protocolos uniformes sobre la determinación de la edad, la insuficiencia de servicios de protección y su desigual distribución por comunidades autónomas, las dificultades de ofrecer itinerarios educativos adecuados en estos casos y el frecuente abandono voluntario de los servicios de protección³³⁴.

La protección de los menores se garantiza a nivel internacional, mediante los Tratados Internacionales. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, que a su artículo 1 establece: “*se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*” y artículo 3.1³³⁵, la Convención

³³³ Cf. SERRANO CABALLERO, E., «Protección de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea», en *Revista de El Colegio de San Luis* 15 (2018), pp. 135-169; p. 145.

³³⁴ CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE ESPAÑA, «La inmigración en España: efectos y oportunidades» (2019), p. 223.

³³⁵ Artículo 3.1 Convención sobre los Derechos del Niño: “*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*”.

de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados en relación con las personas que solicitan asilo y el Protocolo de New York de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados; la Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) del año 2000, que a sus artículos 14³³⁶, 21³³⁷, 24³³⁸ y 32³³⁹, hace referencia a los derechos de los niños. Con el sucesivo Tratado de Lisboa entrado en vigor en el año 2009, además de llevar modificaciones al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, actualmente Tratado de funcionamiento de la Unión Europea TFUE, ha prestado especial atención al tema de la *protección de los derechos del niño*³⁴⁰.

³³⁶ Artículo 14 CDFUE Derecho a la educación: "1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. 2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente enseñanza obligatoria. 3. Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas".

³³⁷ Artículo 21 CDFUE No discriminación: "1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de los Tratados y sin perjuicio de sus disposiciones particulares".

³³⁸ Artículo 24 CDFUE Derechos del niño: "1. Los niños tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tomada en cuenta para los asuntos que les afecten, en función de su edad y madurez. 2. En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial. 3. Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses".

³³⁹ Artículo 32 CDFUE Prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo: "Se prohíbe el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no podrá ser inferior a la edad en que se concluye el período de escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas. Los jóvenes admitidos a trabajar deberán disponer de condiciones de trabajo adaptadas a su edad y estar protegidos contra la explotación económica o contra cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, su salud, su desarrollo físico, psíquico, moral o social, o que pueda poner en peligro su educación".

³⁴⁰ AGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA, *Manual de legislación europea sobre los derechos del niño*, Luxemburgo 2016, p. 21.

Entre los proyectos importantes cumplidos por la Comisión Europea se recuerdan la adopción sobre *un lugar especial para la infancia en la acción exterior de la UE* para permitir la involucración del niño en las actividades de la UE y en el 2011 la adopción de la Agenda de la UE a favor de los Derechos del Niño que tenía entre los objetivos: establecer prioridades para desarrollar la legislación sobre los derechos de los niños e incluir procedimientos legislativos para la protección del niño³⁴¹.

A nivel Comunitario, la Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 define en el artículo 2 letra I), el menor no acompañado como:

“el menor que llegue al territorio de los Estados miembros sin ir acompañado de un adulto responsable de él, ya sea legalmente o con arreglo a la práctica del Estado miembro en cuestión, mientras tal adulto no se haga efectivamente cargo de él; se incluye el menor que deje de estar acompañado después de haber entrado en el territorio de los Estados miembros”.

En el ámbito de los derechos del niño, es preciso hacer una referencia también al derecho de reagrupación familiar, que es un derecho subjetivo, difícil de aplicar, pero sin duda orientado a la protección del menor que se encuentra en un grupo de edad vulnerable³⁴². En efecto, los menores no acompañados son a menudo víctimas de abusos y privación de sus derechos por falta de intervención en la ayuda humanitaria.

Para hacer frente a estas problemáticas urgentes, la Agenda Europea de Migración³⁴³ y la Comunicación sobre el estado de su

³⁴¹ Ivi, p. 22.

³⁴² CHICO, M.T.A., «Una aproximación a la legislación comunitaria y española sobre los menores no acompañados» en *Anales de la Real Academia de Doctores* 3.2 (2018) pp. 151-177; p.155.

³⁴³ Cf. Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité económico y social europeo y al comité de las regiones – *Una Agenda Europea de Migración* – COM(2015) 240 final 13 de mayo de 2015.

ejecución³⁴⁴ han tratado mucho de las dificultades que viven los menores extranjeros que llegan en la UE, y a través medidas generales y específicas han intentado reducir la pobreza infantil y mejorar el bienestar del menor³⁴⁵. Pero a pesar de las directrices establecidas hasta 2017 y en los años siguientes, en el ámbito de la protección de los menores migrantes, los recientes fenómenos migratorios han puesto a prueba los sistemas estatales que, en estas ocasiones, han puesto de manifiesto sus carencias debido a las ya presentes problemáticas de los distintos sistemas nacionales.

El Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 aprobó la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño ratificada por casi todos los países del mundo excepto Somalia y Estados Unidos.

El principio del superior interés del menor no está bien delineado a nivel internacional según una definición específica dejando a una interpretación personal³⁴⁶.

En la Convención es posible observar la importancia que en ella reviste el interés superior del menor, de hecho en el artículo 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño se expone: *"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño"*.

Lo expuesto en el artículo 3, es un principio muy debatido: el *"best interest of the child"* que está a significar que las decisiones tomadas tienen que ser siempre consideradas en el interés supremo del menor.

³⁴⁴ Cf. Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, – *sobre el estado de ejecución de las medidas prioritarias en el marco de la Agenda Europea de Migración* – COM(2016) 85 final 10 de febrero de 2016.

³⁴⁵ Cf. Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo – *Protección de los menores migrantes*, COM(2017) 129 final 12 de abril de 2017. pp. 1-19; p. 3.

³⁴⁶ DI LORENZO, N., «Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari», en *Vecchie e nuove "famiglie" nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, ed. RUGGERI, A., RINOLDI, D., PETRALIA, V., Napoli 2016.

El superior interés del menor asume en la Convención una función determinante orientada a la protección internacional de las necesidades del niño. La Convención, aparte de proclamar exclusivamente la titularidad de los derechos, se hace cargo también de garantizar el efectivo ejercicio de la defensas de los derechos, vinculando los Estados partícipes³⁴⁷.

La Convención se correlaciona con el artículo 24³⁴⁸ de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Los dos artículos arriba mencionados, ponen en consideración siempre el interés superior del menor en todas las situaciones que puedan influir sobre su persona, sin discriminación alguna.

¿Antes de la Convención del 1989 cuál fue el enfoque jurídico hacia los derechos de los niños?

La visión del niño hasta el siglo XVII, era relacionada a la imperfección, identificada como una etapa negativa, de hecho según una visión radicada durante muchos siglos carecía de valor propio. Pero ya del Edad media resalta el "mejor interés del niño", pero atribuyéndole una acepción negativa respecto a la actualidad, ya que el interés, no era orientado al menor en calidad de persona, sino en el futuro beneficios que podría aportar a la familia³⁴⁹.

La comparación con el pasado nos hace entender cuanto haya cambiado la concepción del niño y su tutela, el pasaje del "mejor interés del niño" de la antigüedad al *best interest of the child* definido como principio independiente de los ordenamientos jurídicos internacionales, es el resultado de la evolución de los derechos.

En particular por lo que se refiere al *best interest of the child*, adaptado a los menores no acompañados, es necesario el respeto de los

³⁴⁷ GIUNTI, P., «Il "Best interest of the child". Una conquista del presente in dialogo con il passato», en *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, Mantova 2017, pp. 67-76; p. 69.

³⁴⁸ Que en su apartado 1 expone: "Los menores tienen derecho a la protección ya a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afectan, en función de su edad y de su madurez".

³⁴⁹ CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños, Modelos de reconocimiento y protección*, Madrid 2006, pp. 997-1002.

artículos 3 y 12³⁵⁰ Convención, y que se actúen de forma complementaria, y en el caso concreto de un menor desplazado para que se respeten los principios enunciados a los dos artículos anteriores, el principio se tendrá que respetar durante toda la situación de desplazamiento y una vez que llegue en el territorio se le tendrá que acudir de forma amigable con el nombramiento de un tutor³⁵¹.

Para hacer prevalecer el interés superior del niño, la Unión Europea debería ofrecer una acción común y homogénea basada en una política única común entre todos los Estados miembros, capaces de hacer respetar las obligaciones, permitiendo así la supresión de barreras legislativas, en su mayoría discriminatorias, que se producen continuamente.

Es evidente que es necesario alinear las políticas comunes garantizando los derechos humanos que son propios de cada persona y, en particular, para las personas más vulnerables de nuestra sociedad, como los niños.

7.2 LA INMIGRACIÓN IRREGULAR EN ESPAÑA

En las últimas décadas, España, junto con otros países pertenecientes a la Unión Europea como Italia, han sido puntos de afluencia de migrantes de terceros países debido a la proximidad de las costas.

La movilidad internacional, debería representar en un mundo globalizado como el nuestro, una componente culturales, económicos y

³⁵⁰ Artículo 12 Convención del Niño de 1989: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional".

³⁵¹ ARCE JIMÉNEZ, E., «El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 38 (2018), pp. 1-40; p. 11.

internacionales, pero las desigualdades, las injusticias y la política social no acogedora, hace que los movimientos migratorios, mediante un poder inverso que no fomente la cohesión social, se trasmute en una negación de la acogida.

En línea general la situación de ilegalidad se verifica cuando el inmigrante acceda al territorio español sin estar en posesión de autorización legal y también cuando el sujeto inmigrante entre en el territorio mediante vías legales, pero sin un documento que le permita continuar su estancia en el Estado español.

Sin embargo, cabe señalar diferentes posiciones sobre las nociones de las condiciones de *ilegalidad* e/o *irregularidad* del migrante.

En el Convenio sobre los trabajadores migrantes de 1975 número 143, se habla de migración *ilegal* afirmando en el artículo 2.1:

"Todo Miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio deberá tratar de determinar sistemáticamente si en su territorio se encuentran trabajadores migrantes empleados ilegalmente y existen movimientos migratorios con fines de empleo proveniente o con destino a su territorio, o en tránsito por éste, en los cuales los migrantes se vean sometidos durante el viaje, a su llegada o durante su permanencia y empleo, a condiciones que infrinjan los instrumentos internacionales o acuerdos multilaterales o bilaterales pertinentes, o la legislación nacional".

Desde el 1990 en la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares hay una evolución del término *ilegal* que se sustituirá al término de *irregular* ya que la aceptación *ilegal* es asociada de hecho a la criminalidad³⁵².

Confirmado sucesivamente en el Consejo de Europa, en la Resolución 1509 de 2006: *"The Assembly prefers to use the term «irregular migrant» to other terms such as «illegal migrant» or «migrant*

³⁵² Interparlamentaria, Unión. «Migración, derechos humanos y gobernanza», en *Manual para Parlamentarios* 24 (2015), p. 20.

without papers». This term is more neutral and does not carry, for example, the stigmatisation of the term «illegal». It is also the term increasingly favoured by international organisations working on migration issues³⁵³.

Además, si se utilizara el término *ilegal* en contra del término *irregular*, significaría que todos los casos en los que la persona voluntariamente o por causas ajenas, como por ejemplo la ineficiencia en relación con la acogida del sistema estatal, permanece en una situación irregular en el país de destino, haría llegar la conclusión, sin mirar el caso concreto, de considerarlo un acto criminal, comportando como consecuencia a la criminalización de la inmigración irregular³⁵⁴.

En lo que concierne a la legislación nacional, el Código Penal español de 1995, se introdujo el delito de asistencia a la inmigración irregular, a través de la ley orgánica del 11 de enero de 2000, n.4, sobre los *derechos, libertades e integración social de los extranjeros en España*, posteriormente LO 4/2000³⁵⁵. El artículo 318-bis, párrafo 1³⁵⁶, Código penal español, estaba incluido en los “delitos contra ciudadanos extranjeros” en el Título XV-bis del Libro II del código penal. Luego fue prorrogado por la ley orgánica del 20 de noviembre de 2003, n. 14³⁵⁷ sin mencionar (como lo exigen la Directiva 2002/90/CE³⁵⁸ y la Decisión marco

³⁵³ Parliamentary Assembly, *Human rights of irregular migrants*, Resolution 1509 (2006).

³⁵⁴ PASPALANOVA, M., «Undocumented vs. Illegal Migrant: Towards Terminological Coherence», en *Migraciones Internacionales* 4.3 (2008), pp. 79-90; p. 85.

³⁵⁵ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

³⁵⁶ Art. 318-bis Código penal: “los que promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal de personas desde, en tránsito o con destino a España serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses”.

³⁵⁷ Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la ley orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

³⁵⁸ Directiva 2002/90 / CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, tenía por objeto definir la facilitación de la entrada, el tránsito y la estancia ilegales.

2002/629/UE³⁵⁹) las conductas establecidas con el fin de obtener ganancias relacionadas con la facilitación de la inmigración irregular que merece una sanción penal, incluyendo en el hecho típico también las hipótesis de una mera facilitación indirecta de la *inmigración clandestina*. Se puede decir que cualquier conducta que consista en facilitar un comportamiento de por sí irrelevante por la entrada irregular en el territorio español, se castiga con el análisis del hecho típico, que tiene como característica su amplio rango de aplicabilidad³⁶⁰. Precisamente porque el delito de ayuda a la inmigración irregular mencionado en el Artículo 318-bis del código penal, sancionaba diversas conductas específicas que directa o indirectamente facilitan la inmigración ilegal confundiendo estos comportamientos de ayuda al tráfico ilegal de migrantes con la trata de personas.

En los últimos años, la inmigración irregular en España, así como en otros países de la UE, se ha expandido enormemente, aumentando así el régimen de clandestinidad basado en un negocio criminal e ilegal, desarrollados a partir de las condiciones de necesidad de los migrantes. Por lo tanto, el delito establecido en el artículo 318-bis C.P. ha sufrido inevitablemente cambios, adaptándose a la legislación de la Unión Europea a través de la LO 1/2015 de 30 de marzo.

El 30 de marzo de 2015³⁶¹, se introdujeron reformas en el delito de inmigración ilegal al ya mencionado artículo 318-bis de Código penal español. El cambio se realizó a través de la delimitación de la conducta

³⁵⁹ Decisión marco 2002/629 / UE del Consejo, de 19 de julio de 2002, sobre la lucha contra la trata de seres humanos.

³⁶⁰ LAURENZO COPELLO, V.P., La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros, in *Revista de Derecho penal y criminología*, n.12, 76; CANCIO MELIÁ, M., MARAVER GOMEZ, M., *El derecho penal español ante la inmigración*, cit., p. 358; DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Granada 2009, p. 75.

³⁶¹ Publicada en BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015.

punible relacionada con la inmigración ilegal que cumple con la Directiva 2002/90/CE y la Decisión marco 2002/946/JAI. Se eliminó del Artículo 318-bis todo lo que conlleve forzar la voluntad, comprometer la libertad de decisión o viciar el consentimiento del extranjero, ya que “*engaño, violencia, intimidación, abuso de situación de vulnerabilidad, necesidad o superioridad*”³⁶² son características que están presentes en el delito de trata de seres humanos, tal como se define en el artículo 177 bis del código penal español. Las penas básicas para la ayuda a la inmigración ilegal también han sido reducidas.

La reforma de 2015 modifica algunos puntos relacionados con los comportamientos cometidos por sujetos que colaboran en la inmigración ilegal, con precisión:

1) Los sujetos que colaboran para favorecer la entrada y el tránsito de extranjeros (318 bis.1 C.P.)

2) Los sujetos que colaboran para la permanencia ilegal de extranjeros en el territorio español (artículo 318 bis.2 C.P.).

Con respecto al primer punto, legislado en el Artículo 318 bis.1 C.P., no se requiere que el comportamiento de la colaboración sea con fines lucrativos. De hecho, en el artículo 318 bis. 1 párr. 2 °C.P. se excluye la sanción prevista en caso de que la ayuda sea para fines humanitarios, mientras que en el artículo 318 bis. 1, párr. 3° C.P. se prevé una penalidad agravada de más de la mitad cuando la conducta implementada es con fines de lucro. Por último, en el primer punto, del artículo 318 bis. se impone una pena de tipo híper agravados de 4 a 8 años de prisión cuando:

a) La colaboración se comete a través de una organización dedicada a este tipo de actividad ilegal,

³⁶² CINTAS, E.P., «Reforma del Código Penal Español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* 19. 29 (2016), pp. 1-20; p. 13.

b) Cuando la misma actividad de colaboración ha puesto en peligro la vida de la persona “objeto” de la infracción.

Respecto al segundo punto los sujetos que colaboran para la estancia ilegal de extranjeros en el territorio español (artículo 318 bis.2), se agrega una sanción alternativa que penaliza la ayuda a la estancia ilegal del sujeto que pertenece a un País tercero en España porque tiene fines de lucro, y se sanciona con una pena similar a la prevista en el Artículo 318 bis. 1.

Sin embargo, al observar críticamente la reforma de 2015 del Artículo 318 bis sobre el bien jurídico protegido en relación al favorecer la inmigración irregular, es posible afirmar como también hace entender la doctrina mayoritaria el bien jurídico protegido es representado de la política migratoria de los Estados, ya que según el Tribunal Supremo español señala que el tráfico ilegal de personas se desarrollaría en una dimensión pluriofensiva ya que se dirige hacia los sujetos que abandonan sus países de origen en busca de una mejor vida y al mismo tiempo tras la reforma efectuada por la LO 1/2015, se dirige a la protección del interés Estatal en controlar los flujos migratorios, como se puede observar en el tipo básico del artículo 318 bis³⁶³.

Si tomamos en consideración el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el Artículo 67.2, observamos que establece:

“Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apartadas se asimilarán a los nacionales de terceros países”.

³⁶³ DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular», en *Revista Crítica Penal y Poder* 18 (2019), pp. 172-181; p. 4.

Según el artículo 318 bis. 1, se requiere “comportamiento colaborativo” para asegurar que el sujeto que actúa esté sancionado, pero, por lo tanto, el comportamiento si se implementa con un propósito humanitario no se castiga; pero debemos distinguir entre la ayuda que se da a los propios familiares que podrían encontrarse en unas de las situaciones enumeradas en el artículo 318 bis y el “supuesto ayuda humanitario” actuado de un tercero que no tiene ningún tipo de parentesco con el sujeto que se encuentra en una situación peligrosa. En este caso, es difícil creer que la colaboración no se lleve a cabo con fines de lucro.

7.3 LA INMIGRACIÓN CLANDESTINA EN EUROPA

La crisis política de los países no pertenecientes a la UE, a partir del primer semestre de 2011, ha intensificado el flujo migratorio, causando gran preocupación entre todos los Estados miembros. Fue un éxodo, en gran parte forzado, constituido por potenciales solicitantes de asilo y, por lo tanto, sujeto a la protección provista por las normas internacionales.

Junto con la construcción de políticas efectivas sobre el asilo y la inmigración legal, la prioridad es tomar seriamente en consideración la “lucha contra la inmigración clandestina”. El objetivo principal de la Unión y los Estados, ha sido establecer mecanismos y medidas implementadas a nivel nacional e internacional para limitar las irregularidades: prevención de la entrada irregular de extranjeros y / o expulsión de quienes se encuentran en situación irregular en el territorio de los Estados Miembros. Sin embargo, para responder a la creciente presión migratoria, la expulsión no representa el único camino que pueden tomar los Estados, incluso si la mayoría de los esfuerzos se han llevado a cabo en esta

dirección, es necesario ampliar las vías legales y evitar que las políticas migratorias demasiado restrictivas devengan ellas mismas en causas de irregularidades. La Unión Europea ha adoptado un gran número de actos relativos a asuntos de inmigración y asilo tomando como base las competencias atribuidas por los tratados desde el Tratado de Lisboa (que habla de "política común" en el artículo 78 del TFUE³⁶⁴, conforme al Convenio de Ginebra del 1951) y el protocolo del 31 de enero de 1967 relativo al *status* de los refugiados.

El derecho de la Unión Europea, impone a los Estados Miembros la obligación de repatriar al extranjero en una situación irregular, asumiendo la posibilidad de regularización en unos pocos, casos aislados.

Entre las reglas para la gestión de la inmigración irregular, por lo tanto, un gran espacio está dedicado a las disposiciones de detención y expulsión. Si nos fijamos en la Directiva 2008/115 / CE³⁶⁵ observamos que constituye un importante desarrollo del *acquis* de la Unión Europea en el campo sobre el control de la inmigración.

El artículo 1 del mismo, a pesar de la repatriación de los nacionales de terceros países que permanecen ilegalmente, establece al mismo tiempo la importancia y la obligación de respetar los derechos fundamentales relacionados con el procedimiento de repatriación en sí. A pesar de que la Directiva 2008/115/CE favorece a los nacionales de terceros países que residen irregularmente en el territorio del Estado de acogida, ocurre, al mismo tiempo, que las garantías que otorga pueden ser

³⁶⁴ Artículo 78 TFUE: "La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes."

³⁶⁵ Directiva 2008/115/CE relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.

eliminadas por las excepciones concedidas a los Estados miembros cuando apliquen con efectividad la Directiva.

En este contexto, no es infrecuente encontrar el uso del derecho penal, a pesar de que la ley de inmigración es esencialmente de naturaleza administrativa. Según el legislador y los gobiernos de los Estados miembros, el mecanismo de la ley penal para la protección de los flujos migratorios estaría anclado a su fuerza intimidatoria: la sanción relacionada con la aplicación de la norma penal sería un incentivo mayor para evitar el comportamiento de la ayuda o la explotación de Inmigración irregular, o incluso la misma entrada o permanencia en violación de las normas administrativas que rigen la entrada y permanencia en el territorio del Estado.

El derecho penal también tiene la función de neutralizar contra el delincuente, que también puede expresarse contra los migrantes irregulares. La criminalización así definida en los documentos oficiales de la Unión Europea hasta 2009, adquirió, especialmente desde los años 90, una dimensión significativa en las legislaciones de los Estados miembros, extendiéndose más allá de sus fronteras nacionales, para llegar al Consejo y al Parlamento Europeo.

En documentos oficiales de la Comisión Europea hasta años más recientes, asimilaron la figura del migrante irregular a un migrante "clandestino". Últimamente se ha comenzado a definir la figura del inmigrante como irregular, con precisión desde la adopción del Tratado de Lisboa³⁶⁶.

³⁶⁶ Artículo 63 bis Tratado de Lisboa: "La Unión desarrollará una política común de inmigración destinada a garantizar, en todo momento, una gestión eficaz de los flujos migratorios, un trato equitativo de los nacionales de terceros países que residan legalmente en los Estados miembros, así como una prevención de la inmigración ilegal y de la trata de seres humanos y una lucha reforzada contra ambas".

Al analizar el concepto de criminalización a nivel europeo, podemos ver que se ha desarrollado en varias direcciones, incluida la inmigración en su totalidad, con referencia a la categoría de migrantes regulares, principalmente en los últimos años.

Un inmigrante irregular se define como un ciudadano que pertenece a un tercer estado y que entra en el estado acogedor violando las normas a nivel europeo y también se incluye al solicitante de asilo que entra irregularmente en el territorio de los Estados Miembros de la Unión. Nos cuestionamos diariamente, en cuál modalidad se lleva a cabo la criminalización de estos individuos que pertenecen a terceros Estados y Estados Miembros de la Unión: a través de la facilitación de la inmigración irregular.

Uno de los primeros usos del derecho penal en el campo de la migración, se implementó a través de la doctrina estadounidense, sin embargo, la criminalización de la inmigración también se ha extendido a Europa tomando diversas formas. Criminalizar la inmigración significa “atribuir un carácter criminal³⁶⁷” a los comportamientos implementados por migrantes o terceros.

Dos formas de “criminalización” que encontramos en los países miembros de la Unión Europea son: estado irregular de los migrantes y comportamientos de *Smuggling* (tráfico de migrantes), en este último caso, la persona que lo implementa realiza una especie de servicio de transporte del migrante de un estado a otro sin ningún interés en la vida de la persona transportada ni en su futuro; en este caso, el migrante se convierte en víctima del *Trafficking in Person*³⁶⁸. Esto establece una

³⁶⁷ DEVOTO, G., OLI, G., *Il Devoto- Oli Vocabolario della lingua italiana 2014*, ed. Serianni, L., Trifone, M., Firenze, Le Monnier 2013.

³⁶⁸ Trata de seres humanos.

relación de naturaleza comercial entre el migrante y el sujeto que transporta bajo compensación ilegal.

El proceso de criminalización en el contexto europeo, se ha definido como *securitisation of migration*, lo que permite fortalecer la lucha contra la trata y el tráfico de seres humanos, al imponer un duro castigo a las organizaciones internacionales que lo dirigen³⁶⁹.

Tanto a nivel europeo como en los Estados miembros individuales, el comportamiento de los sujetos que ayudan al migrante a huir ilegalmente de su país de origen se penaliza en la vía penal.

Según el *Final Synthetich Report* de junio de 2019: *Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants*³⁷⁰, la criminalización de la solidaridad y por lo tanto los casos de personas, voluntarios y ONG que han incentivado el ayuda a la migración ilegal activamente, han aumentado a partir del año 2015 definido como la “crisis de los refugiados” hasta el año 2019. De hecho, se han registrados que los casos de investigaciones y procedimientos penales han sido por lo menos 49, que pertenecían a 11 Estados miembros³⁷¹, demostrando que las acusas que estaban relacionadas a con la trata de seres humanos y agravadas de acusas por motivos de: blanqueo, sabotaje, pertenencia a una organización criminal, uso indebido de documentación.

Este fenómeno de tan vasto alcance que involucras muchas personas y organizaciones va acumulándose a las ya grandes

³⁶⁹ MITSILEGAS, V., «The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe: the Protective Function of European Union Law», en *Social Control and Justice. Crimmigration in an Age of Fear*, ed. GUIA, M., VAN DER WOUDE M., VAN DER LEUN, J., Eleven International Publishing 2012, pp. 87- 114.

³⁷⁰ VOSYLİŪTĖ, L., CONTE, C., «Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants», en *Research social platform on migration and asylum*, pp. 1-51; p. 24.

³⁷¹ Bélgica, Croacia, Dinamarca, Francia, Alemania, Grecia, Italia, Países Bajos, España, Suecia y Reino Unido.

problemáticas que sufre la migración, bajo a veces interese exclusivamente Estatales y no orientados al bien común.

Recordamos el nivel criminal del delito de asistencia a la inmigración irregular, presente en algunas directivas europeas y en la legislación nacional, que sanciona el acto llevado a cabo por el tercero para alentar la entrada y permanencia de inmigrantes ilegales.

El delito de ayuda a la inmigración irregular está presente en la legislación de muchos Estados miembros, especialmente la facilitación de la entrada irregular está sancionada en los 27 países de la Unión Europea y se espera que solo en 4 Estados tenga una ventaja pecuniaria³⁷². El fomento se castiga sobre la base del estado de la UE o con multas o con prisión.

En lo que respecta a la facilitación de la residencia irregular, se establece como un delito penal en todos los Estados miembros con la excepción de Irlanda, y en 13 Estados³⁷³ se sanciona independientemente de la ventaja económica que se derive de ello.

En la Directiva 2002/90/CE, de la Unión Europea, cuyo objetivo es definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares³⁷⁴, se establecen una serie de artículos: el artículo 1a) establece la posible aplicación de sanciones por parte de los Estados para quienes ayudan a un nacional de un tercer país a ingresar o residir irregularmente

³⁷² Alemania, Irlanda, Luxemburgo, Portugal. En todos los demás, el crimen es castigado incluso cuando no hay ventaja económica. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, 2014, p. 10.

³⁷³ Bélgica, Croacia, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Letonia, Lituania, Malta, Rumania, Eslovenia, Reino Unido. Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

³⁷⁴ La Directiva 2002/90 / CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, que define la facilitación de la entrada, el tránsito y la estancia ilegales. Ver Capítulo 1, pp. 31. La Directiva fue acompañada por la Decisión marco sobre la facilitación de la entrada y el tránsito irregulares, Decisión 2002/20/CE.

en el territorio del Estado miembro³⁷⁵; El artículo 1b) también prevé una sanción para cualquier persona que intencionalmente con fines de lucro que no pertenezca a un Estado miembro a entrar ilegalmente³⁷⁶. La Directiva no impone la adopción por los Estados miembros de la conducta descrita en el párrafo 1a) y da la posibilidad de aplicar la legislación nacional en los casos en que los facilitadores implementen el comportamiento mencionado anteriormente con fines humanitarios³⁷⁷.

7.4 LAS ONG: LÍCITO E ILÍCITO

Las organizaciones no gubernamentales (ONG) son libres asociaciones *no profit* que están sustentadas económicamente por fuentes privadas, en su mayoría donaciones o, incluso, fuentes públicas en forma de contratos y/o subvenciones. Son independientes de los Estados, con valores de solidaridad y justicia que cooperan a nivel internacional para diferentes fines, pero sobre todo en la protección de los derechos humanos.

Las ONG pueden obtener un reconocimiento de idoneidad por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores para acceder a cualquier contribución y proyecto ministerial, los procedimientos de acreditación

³⁷⁵ Artículo 1a) Directiva 2002/90/CE: "*Cada Estado miembro adoptará las sanciones apropiadas contra cualquiera persona que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a ingresar o transitar en el territorio de un Estado miembro en violación de la legislación de ese Estado relacionada con la entrada o al tránsito de extranjeros*".

³⁷⁶ Artículo 1b) Directiva 2002/90/CE: "*con respecto a cualquier persona que intencionadamente ayude, con fines de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a residir en el territorio del mismo con violación de la legislación de ese Estado relativa a la estancia de extranjeros*".

³⁷⁷ Artículo 1, párr. 2 Directiva 2002/90/CE: "*Cada Estado miembro puede decidir no imponer sanciones a la conducta a que se refiere el párrafo 1 a) aplicando la legislación y la práctica nacionales en los casos en que estén destinados a proporcionar asistencia humanitaria a la persona interesada*".

están presentes en la disciplina de casi todos los Estados y también en algunas organizaciones supranacionales como por ejemplo el Consejo Económico y Social de la ONU, pero deben ser constituidas formalmente, no tener fines de lucro o estar vinculado a sujetos que tienen las mismas finalidades, proporcionar garantías de competencia y capacidad y practicar actividades de cooperación para el desarrollo económico.

Estas organizaciones han desempeñado un papel importante a lo largo de la historia, pero han adquirido una importancia significativa solo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se enfrentaron con el desorden mundial y los escenarios de guerra se convirtieron en un punto de referencia para las ayudas humanitarias.

En la sociedad actual, son los principales protagonistas en las defensas de los derechos humanos y ayudas internacionales, son interlocutores críticos e independientes de los gobiernos nacionales, aunque la práctica los involucra en tener relaciones operativas y financieras con una organización gubernamental.

Encontramos una definición de una organización no gubernamental en la Resolución de ECOSOC 1996/31, de 25 de julio de 1996³⁷⁸, titulada: "Relaciones consultivas entre la Naciones Unidas y las organizaciones no gubernamentales", en la cual una organización no-gubernamental se considera una ONG que no ha sido constituida por un organismo público o un acuerdo intergubernamental, a pesar del hecho de que acepta miembros designados por las autoridades públicas, pero con la condición de que la presencia de estos miembros no pueda afectar su libertad de expresión³⁷⁹.

³⁷⁸ United Nations, ECOSOC, Resolution 31/1996, *Consultative relationship between the United Nations and non-governmental organizations*, 1996.

³⁷⁹ MASCIA, M. *Le Organizzazioni non governative (ONG) 2010*, "I Dossier del Centro Diritti Umani".

De acuerdo con esta definición, parecería que, en cierto sentido, un principio de subsidiariedad llevado a cabo por las ONG, ya que las organizaciones *no profit* representan un enlace que permitiría que los recursos se transfieran de los países más ricos a los países más pobres, pero al mismo tiempo en los últimos años con el crecimiento de los flujos migratorios provenientes de África, también hubiera favorecido el movimiento de millones de inmigrantes a través del rescate en el mar proporcionado por las propias ONG. Precisamente estas ayudas son particularmente preocupantes, ya que hace pensar en un posible pasaje de lo legal a lo ilegal, creando un plan oculto implementado por estos organismos.

Lo que se está haciendo cada vez más claro es que las ONG favorecen y posibilitan la recepción a cualesquiera sujetos de terceros países y a los miembros de la UE que desean desembarcar, lo que al principio parece cumplir con la Declaración Universal de los Derechos Humanos artículo 13, apartados 1³⁸⁰ y 2³⁸¹.

Las ONG se pueden clasificar en:

1. ONG de voluntariado.
2. ONG que organizan proyectos de cooperación en situaciones de emergencia mediante el envío de personal especializado.
3. ONG que participan y apoyan proyectos en países en desarrollo enviando voluntarios en el territorio.
4. ONG especializadas en estudios, investigación y capacitación de personal.

³⁸⁰ Artículo 13, párrafo 1 (DUDH): “*Toda persona tiene derecho a buscar y disfrutar en otros países asilo de las persecuciones*”.

³⁸¹ Artículo 13, párrafo 2 (DUDH): “*Cada individuo tiene derecho a abandonar cualquier país, incluido el suyo, y a regresar a su país*”.

5. ONG que operan realizando actividades de información sobre temas de desarrollo cooperación internacional.

La distinción entre Organizaciones no gubernamentales se basa en las actividades que realizan, de hecho, hay ONG que se ocupan del rescate directo de los migrantes en el mar y aquellas que realizan actividades basadas en grupos de presión³⁸².

La Organización no gubernamental más antigua del mundo es *Save The Children international*³⁸³ fundada en 1919 en Gran Bretaña, en 1942 fue entonces fundada *Oxfam International*³⁸⁴ y en 1961 nacen *WWF*³⁸⁵ y *Amnesty international*³⁸⁶.

Hoy en día, el campo de actuación de las ONG ha cambiado en comparación con el pasado, ya que antes principalmente se ocupaban de temas ligados al ambiente como en el caso del WWF o derechos humanos (*Amnesty International*), ahora se centran mayormente en temas más específicos; de hecho, en los últimos meses, el "problema" de los migrantes que intentan llegar en cualesquiera modalidades a las costas europeas está asociado con las ONG.

Las embarcaciones presentes en el Mediterráneo que actualmente se refieren a otras organizaciones no gubernamentales son ocho:

³⁸² O también llamado *lobby* es un tipo de presión positiva, distinta del concepto tradicional, que tiene como propósito: la protección de la comunidad.

³⁸³ *Save the Children International*: Organización internacional no gubernamental, creada el 19 de mayo de 1919 en Gran Bretaña. Sus campos de aplicación son: educación, salud, respuesta a emergencias, protección contra la explotación, lucha contra la pobreza, fortalecimiento de los sistemas de protección infantil.

³⁸⁴ *Oxfam International*: Confederación Internacional de Organizaciones *no profit*, fundada en 1942 en Cowely (Oxford). El principal objetivo es la reducción de la pobreza global.

³⁸⁵ Organización mundial no gubernamental para la conservación de la naturaleza, hábitats y especies en peligro de extinción. Fundada el 11 de septiembre de 1961 en Ginebra.

³⁸⁶ *Amnesty international*: organización internacional no gubernamental que actúa contra las injusticias y defiende los derechos humanos en el mundo. Fundada el 29 de mayo de 1961 en el Reino Unido.

1. *Sea Watch di SeaWatch.org*: (con bandera holandesa y con capacidad máxima de 350 personas);
2. *Aquarius de Sos Mediterraneo/ Médicos sin fronteras* (de Gibraltar y con una capacidad máxima de 500 personas);
3. *Sea Eye de Sea Watch.org* (con bandera holandesa y capacidad máxima de 200 personas);
4. *Iuventa de Jugendrettet.org* (con bandera holandesa y capacidad de 100 personas);
5. *Minden de Lifeboat Project* (con bandera alemana y capacidad máxima de hasta 150 personas);
6. *Golfo Azzurro de Open Arms* (desde Panamá con una capacidad máxima de 500 personas);
7. *Phoenix di Moas* (de Belice que puede abordar a 400 personas);
8. *Prudence de Médicos sin fronteras* (con bandera italiana con capacidad máxima de 1.000 personas).

Las distintas operaciones de salvación de vidas, desarrolladas por las Organizaciones no gubernamentales se actúan siguiendo una base legislativa internacionales fundada en: el Convenio SOLAS de 1974³⁸⁷, la Convención sobre el derecho del Mar de 1982³⁸⁸, el Convenio SAR³⁸⁹.

La larga tradición de experiencias exitosas apoyadas en la forma de principios ideales, tales como propósitos humanitarios y filantrópicos, no ha evitado, en los últimos tiempos, atraer al mundo de la cooperación críticas y muchas controversias hacia algunas ONG por las operaciones de rescate de migrantes en el Mediterráneo central. Según algunos, serían

³⁸⁷ Véase el capítulo V, Regla 33: *Mensajes de socorro: obligaciones y procedimientos*, del Convenio Internacional para la seguridad de la vida humana en el mar, 1974.

³⁸⁸ Véase el artículo 98: *Deber de prestar auxilio* de la Convención de las Naciones Unidas sobre derecho del Mar de 1982.

³⁸⁹ Véase el artículo 10: *Obligación de prestar auxilio* del Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo de 1989.

una especie de “taxi del mediterráneo”, ya que no solo han recibidos de las costas libias los migrantes, sino también a los criminales. Según diversas opiniones, las embarcaciones de socorro de organizaciones no gubernamentales representarían un “factor de atracción” para los migrantes que huyen de Libia. De hecho, gracias a ellos, estarían seguros no solo de ser salvados, sino también de ser traídos a Europa.

Se han formulado numerosas acusaciones contra las ONG con respecto a su compromiso de socorro en el mar, que incluyen:

1. El acercamiento excesivo de sus barcos a las costas de Libia, lo que llevó a un aumento en los migrantes porque han visto los barcos de las ONG como una fuente de salvación.
2. Poco es, también, el método de financiamiento implementado por ellos, de hecho, se podría pensar en una posible colaboración con los traficantes de personas.
3. El aumento de los ingresos a través del transporte masivo de migrantes.

En los últimos años ha habido eventos de este tipo: por ejemplo, la tragedia que ocurrió el 3 de octubre de 2013 en la costa de Lampedusa o eventos diarios como El caso de Aquarius: el bloqueo del barco Aquarius implementado por Panamá, que empezó un procedimiento para eliminar el mismo de sus registros marítimos y, posteriormente, tuvo lugar la incautación del mismo por tráfico ilícito de desechos infecciosos, de hecho, se han encontrado desechos peligrosos de alto riesgo infeccioso. Las acusaciones no solo conciernen exclusivamente al Aquarius, sino también a otro barco utilizado por las ONG, la *Vos Prudence* que siempre se ocupó de las misiones de rescate de migrantes en 2017.

Según la “cláusula de exención humanitaria” de la Directiva 2002/90/CE³⁹⁰ los Estados miembros podrían decidir no imponer sanciones en caso de que la conducta actuada sea por ayuda humanitaria, pero la cláusula no exceptúa a las ONG dedicadas a rescatar de los migrantes en el mar a posibles sanciones penales, ya que la aplicación de la misma es solo facultativa en los Estados miembros, y la mayoría no la aplican³⁹¹.

Ciertamente no podemos cuestionar que la acción tomadas por estas organizaciones compuestas de personas que se dedican y se comprometen a este último objetivo es tratar de salvar vidas humanas. En cualquier caso, la frontera entre legal e ilícito es muy débil, por esta razón es necesaria:

- Una estricta colaboración entre la institución y las ONG para eliminar, o al menos bloquear, el tráfico de migrantes.
- Crear estructuras concretas de acogida en cada estado de la UE, legales y seguras que permitan involucrar el migrante.
- Fortalecer las ayudas no solo a nivel de acogida, sino también proponer un diálogo con los terceros Países y la intensificación de los tratados internacionales que permitan una colaboración no solo a nivel europeo sino global.

³⁹⁰ Artículo 1.2 Directiva 2002/90/CE: “Los Estados miembros podrán decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida en la letra a) del apartado 1 en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate”.

³⁹¹ JANER TORRENS, J.D., «La cláusula de exención humanitaria y la criminalización de las organizaciones de rescate en el mar», en *Seguridad y fronteras en el mar*, ed. LIROLA DELGADO, I., GARCÍA PEREZ, R., Valencia 2020, pp. 214-228; p. 218.

7.5 LA PROBLEMÁTICA DEL *HUMAN TRAFFICKING* Y *SMUGGLING OF MIGRANTS*: LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL

El tráfico de seres humanos en la disciplina internacional está configurado como uno de los delitos más graves y recientemente se ha convertido en un motivo de preocupación, ya que con el tiempo se han intensificado las olas cíclicas de inmigrantes de sus países de origen a Europa.

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, ha estimado que desde 2017 ha habido un aumento en las llegadas a Europa a través de la ruta del centro del Mediterráneo. Jurídicamente, el "tráfico de seres humanos" se caracteriza por el reclutamiento, transporte y/o provisión de alojamiento para las personas, desde la transición del País de procedencia al país de entrada o mediante el uso de la violencia para recibir ganancias ilegales o el control de inmigrantes. Diferentemente el "tráfico" es la obtención directa o indirecta de beneficios materiales o financieros.

Sobre la base de estas reflexiones encontramos dos figuras criminológicas:

a) *Human trafficking*; b) *Smuggling of migrants*.

En la tipología a) se refiere a un crimen contra el individuo, mientras que en la tipología b) se representa un crimen contra el Estado.

El *Human trafficking* es posible definirlo como el reclutamiento, transporte, acogida o recepción de personas, mediante la acción de amenazar o utilizar cualquier forma coercitiva hacia una persona especialmente vulnerable o dar o recibir beneficios económicos, con el

propósito de explotación: sexual, de trabajos, servicios forzados o esclavitud³⁹².

El *Smuggling of migrants* representa permitir ilegalmente la entrada de una persona en un Estado Parte del cual, la persona no es nacional o residente permanente, y no estando en posesión de las credenciales requeridas para su entrada, a cambio de un beneficio económico o de otro tipo³⁹³.

La diferencia que hay entre el primer concepto y el segundo se muestra del tipo de "relación" que se desarrolla entre el traficante y la víctima, ya que en este caso es siempre con fines de explotación, porque la víctima de "*Trafficking*" siendo amenazada no puede permitirse de poner fin al vínculo con el traficante sin ser supeditada a sufrir graves consecuencias.

A diferencia de la víctima de "*Smuggling*", ya que la relación entre los que transportan migrantes y las víctimas subyace solo al fin del transporte que se termina con la entrada ilegal en el Estado y en este caso los traficantes no tienen como último fin la explotación de la víctima.

Otra diferencia entre el "*Trafficking*" y el "*Smuggling*" se representa mediante el hecho que la primera actividad ilícita puede desarrollarse entre la frontera de un determinado Estado, por lo tanto nacional, o a nivel transnacional mediante el atravesamiento de fronteras internacionales. La segunda actividad ilícita se desarrollará siempre al cruce de fronteras internacionales, entonces tiene la característica de ser definido siempre como transnacional.

³⁹² Issue Brief 01, 10/2016. ICAT The inter-Agency Coordination Group against Trafficking in Person, *What is the Difference between trafficking in person and smuggling of migrants?*.

³⁹³ Ibid.

Las organizaciones criminales que actúan según estos dos modelos diferentes actúan de esta forma: en el primer caso - el inmigrante cambia su *status* de víctima porque los traficantes ejercen violencia o engaño sobre él. Estas víctimas, una vez que han sido privadas de documentos de identidad y reducidas a la esclavitud, son objeto de venta y explotación en los mercados de la prostitución, la mendicidad, el trabajo en negro y el tráfico de órganos humanos. En comparación con el otro caso, los migrantes potenciales contactan directamente con las organizaciones criminales solicitando el servicio de transporte, dándoles dinero a cambio, la relación se concluye cuando se llega a destino.

A veces la víctima de “*Trafficking*”, ya que el confín entre las dos formas ilegales es muy débil y viene por las mayorías de las veces efectuados de los mismos traficantes, se convierte sucesivamente en víctima de “*Smuggling*” mediante la actuación de amenaza y prevaricación.

El problema de estas actuaciones por parte de las organizaciones criminales, aparte de ser ilegales es que comprometen y ponen a riesgo la vida de millones de personas comportando una de las grandes preocupaciones del área internacional.

Los traficantes aprovechan la condición de vulnerabilidad del migrante que, a pesar de no tener recursos económicos suficientes para enfrentarse a las ingentes sumas de dinero que le supondría un viaje ilegal, consideran que la vía de la explotación, con futuras promesas de una mejor vida, resulte el recorrido más rápido para escapar de su propio país y vivir en otro³⁹⁴.

Con referencia a estos delitos, el objeto de interés de la comunidad internacional se remonta a los primeros años del siglo XX, cuando se

³⁹⁴ ESCOBAR VEAS, J., «Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea», en *Journal of Migration and Law* 5.2 (2018), pp. 111-120; p. 114.

elaboraron numerosas Convenciones para combatir delitos específicos relacionados con "*Human trafficking* y la *Smuggling of migrants*": Acuerdo internacional para la supresión del tráfico de trata de blancas en mayo de 1904³⁹⁵; Convención internacional para la supresión de la Trata de Mujeres y Menores de septiembre de 1921³⁹⁶; Convención de Ginebra de 1926³⁹⁷, donde, por primera vez a los artículos 1³⁹⁸ y 2³⁹⁹ se intenta proporcionar una definición legal de un tipo de delitos a nivel internacional con una connotación penalista, circunscribiendo también el concepto de trata con una obligación precisa de persecución penal por parte de los Estados. A lo largo del siglo, los instrumentos internacionales se ampliaron y diversificaron a través de normas precisas que habían regulado en particular el concepto de condición servil en paralelo con la trata y el transporte. A este respecto, se recuerda: la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la trata de Esclavos, y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud del 1956 (OHCHR)⁴⁰⁰ en las que en la

³⁹⁵ Acuerdo internacional para la supresión del tráfico de trata de blancas, concluida en París el 18 de mayo de 1904, enmendado por el Protocolo firmado en *Lake succes*, Nueva York, el 4 de mayo de 1949

³⁹⁶ Convención Internacional para la supresión de la Trata de Mujeres y Menores, firmada en Ginebra el 30 de septiembre de 1921, aprobada por el Senado, el 26 de diciembre de 1932, publicada en el Diario Oficial el 25 de enero de 1936.

³⁹⁷ Convención sobre la Esclavitud concluida el 25 de septiembre 1926, entrada en vigor el 9 de marzo de 1927.

³⁹⁸ Artículo 1:1 Convención de Ginebra: "*La esclavitud es el Estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos; 2. La trata de esclavos comprende todo acto de captura, adquisición o cesión de un individuo para venderle o cambiarle; todo acto de cesión por venta o cambio de un esclavo, adquirirlo para venderle o cambiarle, y en general todo acto de comercio o de transporte*".

³⁹⁹ Artículo 2 Convención de Ginebra: "*Las Altas Partes contratantes se obligan, en tanto no hayan tomado ya las medidas necesarias, y cada una en lo que concierne a los territorios colocados bajo su soberanía, jurisdicción, protección, dominio (suzeraineté) o tutela: a) a prevenir y reprimir la trata de esclavos; b) a procurar de manera progresiva, y tan pronto como sea posible, la supresión completa de la esclavitud en todas sus formas*".

⁴⁰⁰ Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos, y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud, aprobada por una conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 608

Sección II titulada *The slave trade*, art.3⁴⁰¹, párrafos 1-2-3 se hace referencia a sanciones rigurosas con respecto a los crímenes mencionados anteriormente.

Otras especificaciones se reiterarán con fuerza en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el artículo 4⁴⁰². y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 en el Artículo 8.1⁴⁰³.

Sin embargo, a lo largo de este siglo, incluso si el ordenamiento internacional ha legislado y recomendado con particular interés el fenómeno de la trata de seres humanos, ha sido necesario esperar hasta los años 2000 para poder regular la "trata" y, en particular, el "transporte de personas". De hecho, de manera significativa ocurrió con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional⁴⁰⁴, firmada durante la Conferencia de Palermo en 2000 y

(XXI), de 30 de abril de 1956, hecha en Ginebra el 7 de septiembre de 1956, entrada en vigor el 30 de abril de 1957.

⁴⁰¹ Artículo 3 (OHCHR): "1. *The act of conveying or attempting to convey slaves from one country to another by whatever means of transport, or of being accessory thereto, shall be a criminal offence under the laws of the States Parties to this Convention and persons convicted thereof shall be liable to very severe penalties.* 2.a) *The States Parties shall take all effective measures to prevent ships and aircraft authorized to fly their flags from conveying slaves and to punish persons guilty of such acts or of using national flags for that purpose; (b) The States Parties shall take all effective measures to ensure that their ports, airfields and coasts are not used for the conveyance of slaves.* 3. *The States Parties to this Convention shall exchange information in order to ensure the practical co-ordination of the measures taken by them in combating the slave trade and shall inform each other of every case of the slave trade, and of every attempt to commit this criminal offence, which comes to their notice*".

⁴⁰² Artículo 4 (DUDH): "*Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre; la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidos en todas sus formas*".

⁴⁰³ Artículo 8.1 (DUDH): "*Nadie estará sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas*".

⁴⁰⁴ Tratado multilateral promovido por la Organización de las Naciones Unidas, adoptado en Palermo con resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, firmado por 187 Estados entre el 12 y 15 de diciembre de 2000.

que entró en vigor el 29 de septiembre de 2003, y los tres protocolos adicionales regulados en el Artículo 37⁴⁰⁵, elaborados junto con la misma:

- Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir, y sancionar las tratas de personas, especialmente Mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional⁴⁰⁶.
- Protocolo contra el tráfico de migrantes por tierra, mar y aire, que complementa la convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional⁴⁰⁷.
- Protocolo contra la fabricación y el tráfico ilícitos de armas de fuego, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional⁴⁰⁸.

Con la Convención también llamada Convención de Palermo o TOC⁴⁰⁹ y los dos, de los tres protocolos adicionales para facilitación de la migración ilegal y la trata de personas, se afirma la idea de una evidente criminalidad organizada transnacional y la cooperación necesaria entre los Estados, para evitar políticas nacionales heterogéneas, con el fin de combatir sus efectos nocivos. En los dos primeros protocolos adicionales hay una clara distinción criminológica entre “trata”, tanto a nivel nacional como internacional, ligada y no ligada a la delincuencia organizada, en la

⁴⁰⁵ Artículo 37 Protocolo adicionales: “1) A la presente Convención pueden agregarse uno o más protocolos; 2) Al fin de Convertirse Parte de un protocolo, un Estado o una Organización regional de integración económica debe ser Parte de esta Convención; 3) Un Estado Parte de la presente Convención no está vinculado por un protocolo, a menos que no se haga Parte del Protocolo de conformidad con las pertinentes disposiciones; 4) Cada Protocolo adicional de esta Convención tiene que ser interpretado junto con esta Convención, teniendo en consideración los objetivos de este protocolo”.

⁴⁰⁶ Adoptado por las Naciones Unidas en 2000, entró en vigor el 15 de diciembre 2003.

⁴⁰⁷ Protocolo de Palermo, firmado en Nueva York el 15 de diciembre de 200, entró en vigor el 28 de enero de 2004.

⁴⁰⁸ Protocolo adicional, concluido en Nueva York el 31 de mayo de 2001, entrado en vigor el 1 de febrero 2008.

⁴⁰⁹ *Transnational Organized Crime*.

cual el Protocolo proporciona una definición precisa y compartida por todos los Estados miembros y “tráfico de seres humanos”, donde a diferencia de otras Convenciones, que se enfocaban por separado en diferentes categorías, ahora su alcance de aplicación se refiere a todos los seres humanos. El concepto de protección y asistencia a las víctimas se fortalece como se establece en el Artículo 2 del Protocolo de Palermo. Por lo tanto, se adopta un lenguaje común para abordar unívocamente estas actividades delictivas que afectan la dignidad humana con consecuencias irreversibles en la sociedad civil.

En mayo de 2005, se firmó en Varsovia el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos⁴¹⁰. En comparación con los convenios anteriores, aumentaron las medidas para proteger a las víctimas de *trafficking*. La trata es reconocida por el Consejo de Europa como una violación de los derechos humanos y una ofensa para la dignidad e integridad de la persona, promoviendo la cooperación internacional⁴¹¹.

El Consejo de la Unión Europea también adoptó el 24 de febrero de 1997 el acta de trata y acción común para la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de niños⁴¹², antes de la Decisión Marco sobre la lucha contra la trata de seres humanos de Julio 2002⁴¹³. En comparación con el acto anterior (Acción común 95/154/JAI), la Decisión Marco 2002/629/JAI se abre cada vez más a la idea de cooperación internacional basada en el contraste del *trafficking* a nivel europeo.

⁴¹⁰ Convención del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Varsovia, 16. V.2005.

⁴¹¹ Ibid.

⁴¹² Acción común del Consejo Europeo 97/154/JAI de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo sobre la base del artículo K3 del Tratado de la Unión Europea.

⁴¹³ Decisión marco del Consejo Europeo 2002/629/JAI, 19 julio 2002.

Un nuevo instrumento europeo elaborado por el Consejo de la Unión Europea es la Directiva 2004/81/CE⁴¹⁴, de 29 de abril de 2004, que establece qué condiciones son necesarias para obtener una residencia a corto plazo para ciudadanos que no pertenecen a la Unión Europea víctimas de la trata, pero solo vendría concedida a los sujetos que colaboran con las autoridades competentes.

Otro instrumento europeo importante a mencionar es la Directiva 2011/36/UE⁴¹⁵, de 5 de abril de 2011, firmada en Estrasburgo, que deroga la Decisión Marco 2002/629/JAI que se consideró incompleta y limitativas. Esta directiva que se enfoca en los derechos humanos, hace emerger la importancia de protección a la persona, apoyándola a través de la asistencia social y protegiéndola desde un punto de vista penal, de hecho se adoptan las penas efectivas contra supuestos no agravados de trata, con un umbral de pena mínimo de al menos 5 años de prisión y, al menos ,10 años de prisión si el delito se cometió con intención o por culpa grave, poniendo en peligro la vida de la víctima o incluso si se cometió con una organización criminal que utiliza violencia grave o ha causado prejuicios, o incluso cuando se ha cometido contra una persona especialmente vulnerable⁴¹⁶.

Según el TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) al artículo 83, párrafo I, se prevé que: “El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos

⁴¹⁴ En relación con el permiso de residencia que se otorga a los ciudadanos de terceros países que son víctimas de la trata de seres humanos o que participan en una acción para facilitar la inmigración ilegal que coopera con las autoridades competentes.

⁴¹⁵ Relacionada con la prevención y represión de la trata de seres humanos y la protección de las víctimas.

⁴¹⁶ Directiva 2011/36/UE, Artículo 4.

delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes”. En el caso de que los Estados individuales no hayan procedido a un acuerdo sobre el procedimiento legislativo ordinario, se solicitará que el Consejo Europeo invierta en este asunto. En el caso de que un proyecto de directiva perjudique el sistema de justicia penal de los Estados individuales, se devuelve al Consejo para que dé su consentimiento en un tiempo preestablecido, sucesivamente se suspenderá el procedimiento legislativo ordinario. En caso de desacuerdo y si al menos nueve Estados miembros tienen la intención de establecer una cooperación reforzada, se procederá a la previa autorización por parte del Parlamento Europeo, Consejo y Comisión⁴¹⁷.

La presente Directiva ha mejorado enormemente la prevención de los delitos contra la trata de seres humanos, incluyendo por primera vez disposiciones en el contexto del instrumento a nivel penal. Sin embargo, las medidas legislativas adoptadas aún no son completamente efectivas con respecto al complejo fenómeno referido a las víctimas de la trata.

A nivel práctico no pocas han sido las confusiones relacionadas a la trata y al tráfico de migrantes, estas dos distintas realidades se unen en el

⁴¹⁷ Artículo 3 párrafo 3 TFUE: “Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en los apartados 1 o 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refiere el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada”.

momento del transporte que sea por mar o por tierra. La importancia de distinguir los inmigrantes en el momento de la acogida en el Estado donde llegan es fundamental para garantizar una adaguada tutela según los derechos fundamentales. Es necesario para que los migrantes colaboren una actitud apta para entender la situación en la cual versan, sin identificarlos como sujetos que han infringidos leyes que le han llevado a ser definidos migrantes ilegales, sino percibirlos como las víctimas de una situación a la cual se han tenidos que someter por la esperanza de una vida mejor en un estado con culturas y leyes distintas del procedentes.

Bajo la óptica del derecho penal resultaría necesaria una reforma o modifica de los artículos que penalizan las ayudas a las inmigraciones ilegales. El artículo 318 bis necesitaría una reforma por lo menos en el punto en que se eleva a delito *ayude a una persona a entrar en territorio español sin ánimo de lucro*, y extender la punición de dichas actuaciones exclusivamente a los sujetos que ayudan la inmigración ilegal para el conseguimiento de una indemnización económica. Que permita así desincentivar el tráfico de migrantes y ampliar las ayudas de forma correcta y legales.

7.6 ALTERNATIVAS AL MODELO DE DESARROLLO ECONÓMICO DE AYUDA

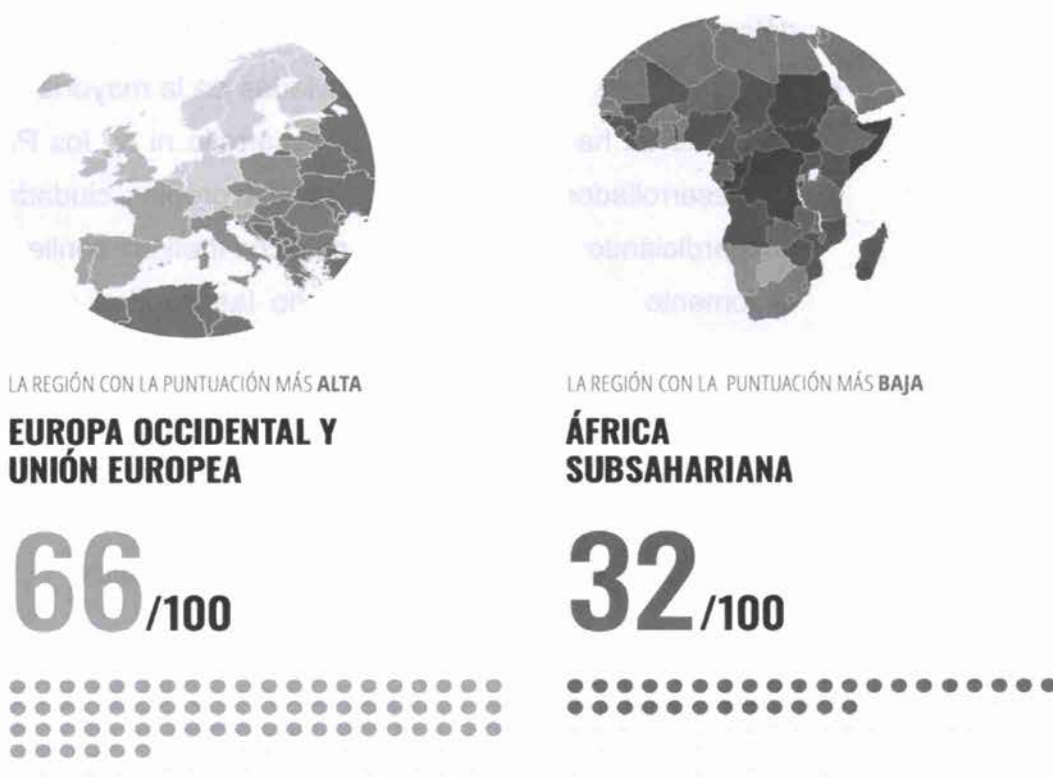
¿Es posible ayudar los migrantes en sus países de origen y resolver el problema a la raíz?

Las ayudas económicas constituyen una de las causas de mayor pobreza, principalmente en algunos sectores políticos que son particularmente vulnerables a la corrupción.

El problema es relacionado a las políticas del País de procedencia de los individuos que conlleva enormes masas de personas “víctimas” de una migración obligadas.

De hecho, si observamos el siguiente mapa es pálese que los niveles de corrupción en los países pertenecientes al África subsahariana evidencian una puntuación más baja de 32/100 respecto a los países pertenecientes a Europa occidental y la Unión europea más alta de 66/100, conllevado el nivel de corrupción muchos más alto en África subsahariana.

GRÁFICO 1. ÍNDICE DE PERCEPCIÓN DE LA CORRUPCIÓN (IPC) 2019-2020.



Fuente: Transparency International (2020).

La corrupción puede comprometer la eficacia de la ayuda tanto como el declive del desarrollo económico y social.

Partiendo de estas reflexiones es necesario analizar con anterioridad los problemas al que hoy en día nos enfrentamos, de los cuales la pobreza

representa uno de los factores más inquietantes y de la cual se desarrollan estas problemáticas:

- Los envíos a los países subdesarrollados de enormes cantidades de remesas a los migrantes, que según los datos del Banco Mundial ya en 2012 llegaban a 401 mil millones de dólares⁴¹⁸.
- Las enormes sumas de dinero enviadas en la mayoría de los casos no se ha utilizado para el desarrollo ni de los Países subdesarrollados ni tampoco para sus propios ciudadanos, desperdiciándose en consumos públicos ineficaz conllevando el fomento de la corrupción cuando las ayudas exteriores aumentan⁴¹⁹.
- El problema no llega a ser solucionado porque viven un nivel de pobreza extrema y esto conlleva que todos los migrantes internacionales que llegan en la Unión Europea o que deciden de migran en otro país utilizan vías ilegales.

⁴¹⁸ SIDDIQUE, H. M. A., SHEHZADI, I., MANZOOR, M.R., MAJEED, M. T., «Do international migration and remittances reduce poverty in developing countries?», en *MPRA Paper* 71246 (2016), pp. 1519-1523; p. 1519.

⁴¹⁹ ALESINA, A., WEDER, B., «Do Corrupt Governments Receive Less Foreign Aid?», en *American Economic Review* 92.4 (2002), pp. 1126-1137; p. 1126.

GRÁFICO 2. REPRESENTACIÓN DEL ESTADO ACTUAL DE TRANSFERENCIA ECONOMICA.



Fuente: Elaboración propia basada en un mapa política del mundo (2020).

La pregunta a las que nos conducen estas problemáticas es:

- 1) ¿Por qué estas modalidades de ayudas, o mejor dicho este proceso de envío a los países menos desarrollado que se ha utilizado hasta la actualidad no ha funcionado?

- Porque posiblemente una gran parte del dinero apto para el desarrollo del País se ha empleado para guerras, corrupciones, en efecto se ha desperdiciado, incentivando un gasto público improductivo⁴²⁰.

- Porque si una gran cantidad de masa monetaria fluye desde un gran órgano estatal a otro órgano estatal teniendo en cuenta solo métricas macroeconómicas como los intereses del Estado (receptos que no son orientados a las ayudas), no será posible tener en cuenta las necesidades de los individuos de cada colonia, o tribu (se definen de esta forma ya que en los países subdesarrollados hay escasas formas de sociedad) que no incentivan a los pequeños emprendedores a la creatividad de desarrollo de las materias primas disponibles y muy poco desarrolladas tal da poder producir una forma de riqueza primordial para su propio país. La fungibilidad del dinero no equivale a la ayuda, ya que no es posible creer que el alivio de la deuda favorecido por parte de los países desarrollados conducirá a una mayor inversión y crecimiento⁴²¹. Miliars de financiación hasta la fecha no han conllevado un desarrollo de estos países, de hecho, se percibe más pobreza en la actualidad.

- La problemática de transferir ayuda a nivel monetario, cuando no existe una estructura económica sólida que pueda soportar esta entrada de capital masivo que llega, para poderlo destinar a fines productivos, es contraproducente, ya que no se transmuta en conocimiento, o también tecnología y por lo tanto no se desarrolla, conllevando como hemos ya afirmado, la dudosa finalidad de la inversión.

- Dos tercios de la población de estos países se dedica a los trabajos de la agricultura de una forma no eficiente, y para su desarrollo es

⁴²⁰ ALESINA, A., DOLLAR, D., «Who gives foreign aid to whom and why?», en *Journal of Economic Growth* 5.1 (2000), pp. 33-63; p. 33.

⁴²¹ ARSLANALP, S., BLAIR HENRY, P. «Helping the poor help themselves: Debt relief or aid?» en *NBER Working Paper* 10230 (2004), pp. 1-33; p. 3.

importante que partiendo de esta base puedan agilizar su desempeño para desarrollar otros trabajos de valor añadido. También es importante que se genere una situación de crecimiento: una buena inversión es positiva no solo para los ciudadanos de estos internos, sino también para inversores foráneos que en unas condiciones de seguridad comercial podrán descubrir un interés en estas economías.

En tal caso, otra pregunta necesita surgir: ¿cuál podrían ser las alternativas viables a este problema?

La resolución a este problema se puede circunscribir en el tema de la distribución de la ayuda. En vez de destinar la distribución de la ayuda mediante transacciones económicas de las cuales se determinaría un desconocimiento efectivo del empleo de las mismas, tratar de construir relaciones comerciales entre individuos y empresas de los países de la Unión Europea hacia los individuos y empresas de los países subdesarrollados. Esto conllevaría la concienciación de los individuos en la oportunidad de invertir con sus propias empresas de forma activa en los países menos desarrollados, a través de sus propios recursos naturales.

El beneficio que se podría deducir de esta hipótesis sería:

- La creación de relaciones directas entre ciudadanos europeos y extra-europeos subdesarrollados, excluyendo los intereses estatales, para favorecer el desarrollo de recursos económicos de forma consciente, conllevando una situación más equilibrada lejana de las diferencias económicas y sociales que hoy hay entre los países de la Unión Europea y los países subdesarrollados. Si se tiende al desarrollo económico aumenta - o en este caso se constituye el desarrollo económico -, automáticamente crecerá el desarrollo educativo, tanto a nivel de conocimiento que tecnológico. Favorecer la descentralización de la masa monetaria que hoy fluye hacia estos países en formas de ayudas de cientos de miles de

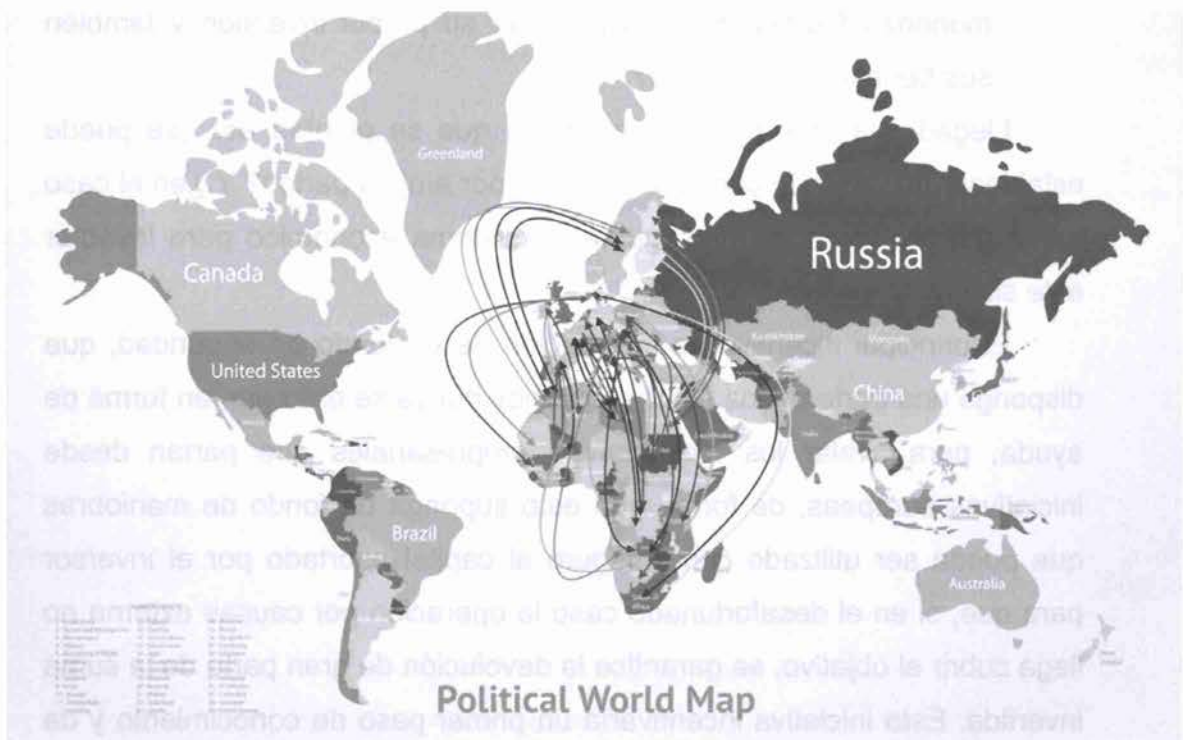
millones de países europeos consiguiendo esquemas de desarrollo anti frágil en formas de microcréditos que parten de iniciativas empresariales⁴²². Hay también una alternativa a los microcréditos, las micro-finanzas, que permiten a nivel personal abordar las problemáticas, proporcionando confianza, con una herramienta en la misión de erradicar la pobreza⁴²³.

- Esto conllevaría a un sistema descentralizado, que permitiría a los países subdesarrollados financiarse, no tanto gracias a las ayudas, sino a tasas impositivas sobre empresas que desarrolla su actividad comercial dentro de su zona geográfica.

⁴²² Cf. MARTINEZ- VAZQUEZ, J., MCNAB, R. M., «Fiscal decentralization and economic growth», en *World development* 31.9 (2003), pp. 1597-1616.

⁴²³ Véase CALGAGOVOSKI, J., GÁBOR, V., GERMANY, M., «Microfinance in Africa: Combining the Best Practices of Traditional and Modern Microfinance Approaches towards Poverty Eradication» en *The United Nations*. pp. 1-16; p. 4.

GRÁFICO 3. REPRESENTACIÓN DE LA PROPUESTA DE TRANSFERENCIA ECONÓMICA.



Fuente: Elaboración propia basada en un mapa política del mundo (2020).

Lo expuesto nos lleva a pensar en cuáles son los posibles problemas del sistema planteado que conllevarían variadas preguntas:

- ¿Cómo se podría demostrar a los europeos que este es un sistema valioso y que podrían descubrir intereses de inversión en los países menos desarrollados?

- ¿Cómo podrían confiar los europeos en que las sumas de dinero invertidas no se desaprovechen por actividades criminales o de corrupción, totalmente distintas del objetivo principal?

- ¿En qué modalidades los europeos inversores y también los individuos de los países subdesarrollados (ya que no tiene unas monedas fuertes) podrían proteger su propia inversión y también sus beneficios derivados?

Llegados a este punto la pregunta que se plantea es: ¿se puede establecer un canal de comercio seguros por ambas partes? Y ¿en el caso fuese posible como se conseguiría un sistema económico para levantar este sistema?

El principal incentivo es la creación de un fondo de seguridad, que disponga una parte de los fondos, que hoy día ya se entregan en forma de ayuda, para avalar los movimientos empresariales que partan desde iniciativas europeas, de forma que esto suponga un fondo de maniobras que pueda ser utilizado como seguro al capital aportado por el inversor para que, si en el desafortunado caso la operación por causas externa no llega cubrir el objetivo, se garantice la devolución de gran parte de la suma invertida. Esta iniciativa incentivaría un primer paso de conocimiento y de planes de inversión y por lo tanto desarrollo que se sostendrían por estudios de mercado realizados por las empresas, ya que Europa posee un tejido empresarial robusto.

El segundo incentivo reside en el hecho de la misma operación económica, debido a que el "potencial" beneficio respeta los intereses de ambas partes, Ya que el inversor puede conseguir rentabilidades superiores en una economía emergente, y más teniendo en cuenta los reducidos intereses que pueden obtener de inversiones dentro de la Unión

europea llegando actualmente a recibir intereses negativos por partes del capital invertido.

Debido a que se quieren establecer relaciones internacionales entre ciudadanos que pueden ser avalados dentro una economía sólida como la unión europea con otros que no tienen un sistema económico sólido. La nación europea tendría que idear un instrumento que proteja también los ciudadanos de los países subdesarrollados, sin que estos supongan una superficie de fricción con la gestión de sus propios estados.

Se tendría que asegurar que los recursos que entrega el inversor queden protegidos por la Unión y para llegar a este objetivo la unión debe proteger a quien recibe estos recursos. De forma que tendrá que identificarlo dentro del marco comercial extra-europeo recibido por Europa.

Este es una tendencia a muy largo plazo, en cual el resultado final será la conexión de intereses, *"tela de araña del desarrollo de los países subdesarrollados"*, representante un interese participado, tal que los individuos extra europeos potenciando su propia territorio y su propio *status* no tendrán más la necesidad de huir de sus Países y serían incentivados a volver en Europa voluntariamente solo para responder a inquietudes que van más allá de la mera sobrevivencia, con el fin de desarrollar una economía sólida.

**VIII – EXIGENCIAS DE
TUTELA Y PROSPECTIVAS
DE REFORMA**

VIII – EXIGENCIAS DE TUTELA Y PROSPECTIVAS DE REFORMA

8.1 LOS DERECHOS HUMANOS ENTRE LAS REGLAS DE LEGALIDAD Y REGLAS DE INCLUSIÓN SOCIAL

Los derechos humanos han sido garantizados a nivel europeo por la Carta de los Derechos Fundamentales, proclamada en 2000 y vinculante en los países de la Unión Europea desde 2009, a nivel nacional por la Constitución de cada país.

El ámbito de los derechos humanos en el mundo se ha vuelto muy amplio. Comprende principalmente las libertades civiles, que consisten en espacios libres que todos los gobiernos deben garantizar al individuo, sin interferir en su esfera privada: el derecho a la vida y a la seguridad, a la intimidad, a la vida familiar, a la propiedad privada; se favorece así la posibilidad de manifestar libremente la propia opinión, de practicar una religión, de reunirse pacíficamente.

Las libertades civiles implican la obligación del Estado de articular sus estructuras garantizando el respeto de la persona humana, así como de la justicia en caso de abusos: por salvaguardar el derecho de todas las personas a no ser sometidos a medidas por parte de las autoridades estatales, a acceder a la justicia. Las comunidades internacionales consagran los derechos políticos, dando así los medios al individuo de poder participar, solos o en asociación con otros, en la vida y en las orientaciones de los órganos estatales: el derecho a asociarse, a formar partidos políticos, participar en las elecciones y ser elegido para los diferentes cargos del Estado.

También se reconocen los derechos económicos y sociales a nivel internacional. Estas son las exigencias que los individuos tienen hacia el Estado, para eliminar las desigualdades sociales.

Además de los derechos individuales, las normas internacionales abarcan los derechos de las minorías y de los pueblos. A estos sujetos corresponde el derecho fundamental de autodeterminación, es decir, el derecho a elegir de forma autónoma y libre su *status* internacional.

La garantía de la exigibilidad de los derechos humanos ha sido aprobada por los Gobiernos y los pueblos europeos, así como por la mayoría de los Gobiernos y de los pueblos del mundo, siendo una condición fundamental para la convivencia pacífica entre los hombres.

Es de gran importancia la movilidad social, así como la garantía de bienes materiales fundamentales. Garantizar a las personas y a las comunidades la misma seguridad social no puede realizarse manteniendo en los territorios una desigualdad de recursos. La cohesión social queda así garantizada por el ejercicio efectivo de los derechos. En efecto, precisamente en virtud de las afirmaciones de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y de las Constituciones de cada uno de los países europeos se aprobaron leyes y se establecieron normas de tutela para garantizar el efectivo ejercicio de la dignidad de toda persona, prestando especial atención a los más débiles, los más frágiles y los más pobres. El capítulo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea está dedicado precisamente a la Dignidad. Así pues, si se quiere relacionar la dignidad humana con los derechos humanos, se aceptarán todos los valores que forman parte del ser humano, como: la

diversidad, la tolerancia, el respeto, la solidaridad, orientados a la integración sin la exclusión⁴²⁴.

En el pasado, la indivisibilidad de los derechos civiles, políticos, económicos y sociales ya se contemplaba en la segunda mitad del siglo XX⁴²⁵. El concepto de indivisibilidad también se pone de manifiesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, ya que los derechos reconocidos por la Unión se unen a los valores de la dignidad, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la ciudadanía, la justicia⁴²⁶.

La Unión Europea siempre ha mostrado interés por la lucha contra la exclusión social, de hecho el año 2010 fue designado como *Año Europeo de Lucha contra la Pobreza y la Exclusión Social*⁴²⁷ - centró su atención en el tema de la lucha no sólo contra la pobreza material, pero también a sus múltiples dimensiones intangibles; afrontando el problema de la educación y la formación, de la igualdad de género, de la atención particular que debe reservarse al mundo de la infancia. Entre los objetivos del Tratado de la Unión Europea se incluyen los temas que se repiten claramente en el Tratado de Lisboa⁴²⁸.

⁴²⁴ Cf. MATA, A. C., «El concepto de dignidad humana como fundamento axiológico y ético de los derechos humanos», en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 26.1 (2015), pp. 39-58; p. 51.

⁴²⁵ Cf. PINELLI, C., «Le clausole sui diritti umani negli accordi di cooperazione internazionale dell'Unione Europea», en *Rivista critica del diritto privato* 24 (2006), pp. 39-52; p. 41.

⁴²⁶ Cf. FERRARA, R., MANGANARO, F., ROMANO TASSONE, A., *Codice delle cittadinanze Commentario dei rapporti tra privati ed amministrazioni pubbliche*, Milano 2006, p. 792.

⁴²⁷ Establecido por la Decisión 1098/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2008.

⁴²⁸ Artículo 3 párrafo 3TUE: «La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño. La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros».

Es fundamental practicar la promoción de nuevos vínculos sociales, eliminando el individualismo, haciendo espacio a la cooperación y a la convivencia democrática entre sujetos que tienen los mismos derechos y deberes, como está consagrado en la Constitución española.

Además, la cooperación debe enmarcarse en la dinámica de nuevos equilibrios internacionales y de la globalización financiera, pero sobre todo debe considerarse como la defensa de los derechos de miles de millones de personas. El respeto de los derechos humanos es un intento generoso de introducir racionalidad en las instituciones políticas y en la sociedad de todos los Estados.

Desafortunadamente, la expresión “inmigrante” se utiliza como sinónimo de extranjero, es decir, aquel individuo que, procedente de otros países y una vez llegado a un Estado diferente, no puede ser considerado ciudadano del mismo⁴²⁹. En efecto, puede tratarse tanto de personas que no tienen nacionalidad (apátridas) como de personas que poseen la nacionalidad de otros Estados. Las razones por las que abandonan su Estado pueden ser diversas. Es evidente que cada una de estas categorías individuales de “extranjeros” goza de una protección específica y de derechos particulares.

Según el Derecho internacional general, es el Estado el que debe garantizar a todas las personas determinados derechos fundamentales, independientemente de que sean ciudadanos o extranjeros. Como se

⁴²⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «La (NO) política de inmigración y el estado de derecho», en *Inmigración y Ciudadanía*, ed. MARTÍNEZ DE PISÓN, J., GIRÓ, J., Universidad la Rioja 2013, pp. 129-144; p. 139.

indica en el artículo 13.1⁴³⁰ de la Constitución española, que deberá interpretarse de conformidad con el artículo 10.2⁴³¹ CE.

El derecho internacional consuetudinario contemporáneo consagra algunos derechos inderogables que deben ser garantizados por cada Estado con respecto a todas las personas sometidas a su jurisdicción, independientemente de su *status* de ciudadano. El derecho a la vida es un derecho fundamental que corresponde a toda persona, que debe garantizarse sin discriminación alguna. La única excepción permitida podría ser la pena de muerte, pero esta excepción se ha superado en gran parte gracias al segundo Protocolo facultativo, relativo al Pacto sobre los Derechos Civiles y Políticos, ratificado por la mayoría de los Estados⁴³². Los Estados europeos también ratificaron el Protocolo no 6⁴³³ del CEDH, que abolió la opción de imponer la pena de muerte en tiempo de paz, así como la abolición de dicha pena en todos los casos, incluso en tiempo de guerra, establecida por el Protocolo n. 13 a la Convención Europea de Derechos Humanos.

La vida es un derecho que debe ser protegido por la ley, el Estado tiene la carga de la abstención, de *no facere*, pero también una obligación positiva de proteger a los sujetos sometidos a su jurisdicción, aplicando medidas preventivas y represivas.

⁴³⁰ Artículo 13.1 CE: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

⁴³¹ Artículo 10.2 CE: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

⁴³² Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte. Aprobado y proclamado por la Asamblea General en su resolución 44/128, 15 de diciembre de 1989.

⁴³³ Protocolo número 6 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, de 28 de abril de 1983 en Estrasburgo.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y de sus Familias, aprobada durante una sesión de la Asamblea de las Naciones Unidas en 1990, entró en vigor el 1 de julio de 2003⁴³⁴. Los trabajadores migrantes son considerados como entidades sociales y personas pertenecientes a un núcleo familiar, que necesitan una mayor protección debido a su condición de inmigrantes en el territorio europeo y, por tanto, "ajenos" a la realidad social y laboral.

El Convenio se aplica a todos los trabajadores y a sus familiares, a pesar de estar presentes ilegalmente en el territorio de un Estado de la UE. Por supuesto, en lo que se refiere a la presencia de trabajadores regulares en el territorio del Estado, hay mayores niveles de protección, de modo que se pueda conceptualmente acercar la figura del sujeto migrante a la del ciudadano. De este modo se evita que el Estado diferencie entre los sujetos y no viole el principio de la dignidad humana en la regulación de sus condiciones de vida y de trabajo.

La creación de un Comité para la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares reviste especial importancia para la aplicación de la Convención en su artículo 72. Es un órgano compuesto por expertos independientes, cuya misión es observar y controlar la aplicación del Convenio por los Estados contratantes⁴³⁵.

El sistema de control del Convenio se basa en el de los pactos de 1996, por lo que no produce resultados excesivamente graves para el Estado que ha incumplido. La sanción aplicada a la

⁴³⁴ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

⁴³⁵ ONU: Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos (ACNUDH), *Folleto informativo N° 24: La Convención internacional sobre los trabajadores migratorios y su Comité*, Mayo 2006, No. 24 (Rev.1), en <https://www.refworld.org/es/docid/5289d5634.html> (consultado 10.09.2020), p. 11.

La obligación impuesta al Estado de presentar y demostrar sus justificaciones y de que se anuncien sus incumplimientos.

Los Tratados en materia de protección de los derechos humanos instituyen un "Comité", compuesto por expertos, que toma el nombre de la Convención que lo instituye: por ejemplo, el Comité sobre la discriminación racial, creado por la Convención de 1965 sobre la eliminación de la discriminación racial de 1965; el Comité contra la tortura, creado por la Convención contra la tortura de 1984; el Comité de Derechos Humanos, previsto y creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Comité de Derechos del Niño, creado en virtud de la Convención Homónima de 1989.

El papel del Comité es hacer respetar los derechos que se garantizan mediante determinados procedimientos. La primera de ellas es el *examen de los informes periódicos* transmitidos por los Estados contratantes. Se trata de una forma de control muy débil, basada en la colaboración de los Estados signatarios del Tratado. En efecto, sólo se aplica a los Estados contratantes. Se examina así el informe, aconsejando y dirigiendo al Estado las distintas observaciones en respuesta.

La segunda trata de presuntas violaciones de derechos por parte de un Estado contratante por *iniciativa de otro Estado contratante*. Así, el control sólo puede funcionar con respecto a los Estados que, al ratificar el Convenio, han aceptado una cláusula especial que prevé el control.

El tercer procedimiento se basa en el *examen* de presuntas violaciones de derechos por parte de un Estado contratante a *instancia de individuos o grupos de individuos*. También en este procedimiento se prevé una cláusula o un protocolo facultativo; la única diferencia con la anterior es que el control promovido por los individuos ha resultado ahora eficaz, mientras que en el anterior no se ha aplicado realmente, porque

ningún Estado tiene interés en poner en marcha un sistema de acusaciones mutuas.

El Comité de Derechos Humanos, creado por el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, pertenece a la tercera categoría. Funciona con arreglo a los tres procedimientos y su tarea es ocuparse de las violaciones del Pacto por parte de los Estados. La eficacia del Comité En general, los mecanismos de control establecidos por los tratados sobre derechos humanos constituyen una red de protección amplia.

No basta con proclamar el respeto de los derechos humanos. Es necesario crear organismos internacionales capaces de comprobar puntualmente si los Estados respetan los derechos y los deberes y, cuando esto no sucede, es de fundamental importancia sancionarlos para que esto no vuelva a ocurrir en el futuro.

Ya existen órganos de control de carácter universal y estatal, pero entre todos lo que parece más eficaz e incisivo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH) con sede en Estrasburgo. Es el resultado de un largo proceso histórico. La creación de la misma nació gracias a la institución internacional del Consejo de Europa: el autor fue W. Churchill a través de un discurso pronunciado el 19 de noviembre de 1946. En aquel momento histórico, cuando acababa de terminar la Segunda Guerra Mundial, Europa estaba aún en ruinas y los Estados Unidos ya se habían afirmado como la mayor potencia militar y económica. Precisamente en esta ocasión el estadista propuso la creación de los Estados Unidos de Europa y la creación de un Consejo de Europa. En cualquier caso, Europa estaba profundamente dividida, pero Churchill aspiraba a una Europa unida. En 1948, del 7 al 10 de mayo, el Congreso de Europa se centró en la necesidad de poner los derechos humanos en la base de la nueva estructura europea aún por crear; con este fin, se decidió adoptar una

Carta de Derechos Humanos y crear un Tribunal Supremo que garantizase su respeto. Gracias a un compromiso franco-británico, el 5 de mayo de 1949 nació el Consejo de Europa, una organización regional basada en tres valores fundamentales: el respeto de los derechos humanos, la primacía del derecho y los principios de la democracia. La estructura de la nueva entidad internacional se basaba en dos órganos, uno de carácter ejecutivo, el Comité de Ministros, compuesto por representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, y otro de carácter representativo, la Asamblea Consultiva, constituida por diputados designados por los Parlamentos nacionales. El Comité de Ministros, gracias a Churchill, hizo que la Asamblea aprobara una moción para obligarlos a incluir la cuestión de los derechos humanos en el orden del día de la Asamblea. Tras una larga negociación de los gobiernos, se elaboró la Convención Europea de Derechos Humanos el 4 de noviembre de 1950 en Roma, en el Palacio Barberini, bajo la presidencia del Ministro italiano de Asuntos Exteriores, Carlo Sforza: entró en vigor en 1953.

La Convención, además de enunciar los derechos fundamentales que todos los Estados de la Europa democrática debían respetar en su seno, preveía la creación de una Comisión y de un Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El CEDH es un órgano jurisdiccional, tiene amplios poderes para determinar los hechos e interpreta el Derecho aplicable, dicta sentencias judiciales y vinculantes.

Precisamente por estas características, el Tribunal se distingue de los órganos de control no jurisdiccionales, como el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura o el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura,

que carezcan de poderes de verificación vinculantes y que tengan también la misión de desempeñar otras funciones.

La evaluación del Tribunal puede ser activada por las víctimas de presuntas violaciones de la Convención y, por tanto, por las partes interesadas.

Como puede observarse en el escrito anterior, la Comisión y el Tribunal de Justicia han realizado contribuciones importantes a la aplicación de derechos fundamentales, como el derecho a la vida, el derecho a no ser objeto de tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la seguridad y a la libertad personal, el derecho a un juicio justo, a la libertad de expresión del pensamiento y, por tanto, no hay que olvidar que, la indivisibilidad de los derechos humanos, garantiza indistintamente a cada sujetos todos los derechos. Esto significa que en el ámbito de la acogida e inclusión social es necesario garantizar la protección internacional legal. Por otra parte, en los últimos años, la Comisión Europea, con la denominada estrategia 2020, incluye entre los diferentes objetivos la reducción del número de personas que viven en la pobreza y en riesgo de exclusión social⁴³⁶. A pesar de los buenos propósitos, desde su adopción las tendencias sociales parecen no haber alcanzado los objetivos fijados, con una disminución de los niveles de protección social durante los últimos años⁴³⁷. Todo ello ha llevado a un panorama actual rico en diferencias intensificadas también por los importantes flujos migratorios, que no se basa en absoluto en la igualdad social.

⁴³⁶ Unión Europea: Comisión Europea, Comunicación de la Comisión – *EUROPA 2020 – Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador* COM(2010) 2020 final 3 de Marzo de 2010. pp. 1-39.

⁴³⁷ Cf. FRESNO, J. M., AYALA, V. R., TSOLAKIS, A., «Estrategia Europea 2020 e inclusión social: distanciamiento creciente entre objetivos, políticas e instrumentos», en *Revista de servicios sociales* 51 (2012), pp. 27-47, p. 28.

8.2 EL RECIENTE FENÓMENO MIGRATORIO ENTRE POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN Y RAZONES DE SEGURIDAD SOCIAL: LA CRISIS DE SCHENGEN

La creación del espacio Schengen, punto fuerte de la UE, ha traído importantes beneficios para los ciudadanos europeos, pero en los últimos años el sistema ha fallado a causa de la crisis de los refugiados.

La llamada “crisis de los migrantes” que comenzó en 2015, produjo una serie de reacciones en cadena y desde el principio el punto de observación estaba orientado al espacio Schengen y en particular en su frontera exterior⁴³⁸.

¿De 2015 La así llamada “crisis de Schengen” representó solo el preludio de la futura “Europa fronteras”, o fue solo el resultado de una crisis pasajera?

La “crisis de Schengen” fue el resultado de un inadecuado e inicuo procedimiento de asilo, desequilibrado de una faltada colaboración y organización en las solicitudes de asilo y migrantes que llegaban en particular modo en algunos estados de la UE dando lugar a la reintroducción sucesivas por parte de varios Estados miembro pertenecientes al espacio Schengen de controles fronterizos⁴³⁹.

Respecto a los países del Mediterráneo, puntos cruciales de los desembarques, y la presencia de fronteras comportó un enorme daño a su *export*, alargando excesivamente la espera de tiempo a los confines,

⁴³⁸ CASELLA COLOMBEAU, S., «Crisis of Schengen? The effect of two ‘migrant crises’ (2011 and 2015) on the free movement of people at an internal Schengen border» en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 46(11), pp. 2258-2274, p. 2258.

⁴³⁹ WASSENBERG, B., «The Schengen Crisis and the End of the Myth of “Europe Without Borders”», en *Borders in Globalization Review* 1.2 (2020), pp. 30-39, p. 32.

aportó serias problemáticas respecto a los desembarques en Grecia, como también en los otros países del área Schengen.

Debido a la gran cantidad de migrantes no tardó en llegar al final de 2015 la propuesta legislativa para la previsión de un sistema de reubicación para la distribución de los migrantes que necesitaban protección internacional en la Unión, que, en junio de 2015, a pesar de las ideas discordantes de algunos países del área Schengen de Europa central y oriental, se aprobó con la consiguiente recolocación temporal de los 40.000 refugiados⁴⁴⁰.

Sucesivamente se estableció un mecanismo de reubicación permanente adoptado por la Comisión Europea, bajo el sistema de Dublín, asignando una cuota fija obligatoria de asilo a los Estados miembros.

A pesar de estas iniciativas y medidas aplicadas por parte de la Comisión europeas orientadas a la repartición de la responsabilidad entre los Estado miembros, no se logró un resultado ecuo, porque muchos Estados no respetaron los pactado en relación con la registración y ayuda a las personas que necesitaban protección y tampoco pusieron disponibles las financiaciones prometidas⁴⁴¹.

Si no garantizaba el control de las fronteras externas, habría existido el temor que las medidas temporales se convirtiesen en permanentes que habrían conllevado el probable fin del Tratado de Schengen⁴⁴². Sin

⁴⁴⁰ SCHRAMM, L., «Exit from Joint-decision Problems?», en *European Review of International Studies* 7.1 (2020), pp. 2-27; p. 16.

⁴⁴¹ BÖRZEL, T. A., RISSE, T., «From the euro to the Schengen crises: European integration theories, politicization, and identity politics», en *Journal of European Public Policy* 25.1 (2017), pp. 83-108; p. 90.

⁴⁴² "The Schengen Area is made up of 26 European countries that have removed border controls at their shared crossing. The agreement was signed in 1985 by five members of the EU, and came into force 10 years later. Following the 1997 Amsterdam Treaty, the Schengen agreement became part of European law. That meant all new WU members had to sign up to it, although Britain and Ireland had already been given the right to opt out", THOMSON, S., en *World Economic Forum*, Wednesday 16 September 2015, p. 3.

embargo, en los primeros meses de 2016 se analizó un alto porcentaje de desembarques de Turquía a las islas griegas, aún mayor que en 2015, hasta el punto de poner en marcha una serie de ayudas, entre las que figura la apertura de la denominada “ruta balcánica” de Grecia al norte de Europa⁴⁴³. La ruta se cerró y Alemania y Escandinavia ya no pudieron acceder a través del paso de Macedonia, de Serbia a Croacia.

En 2006 ya se había tomado la decisión de restablecer los controles fronterizos en Alemania⁴⁴⁴ y en otros países.

Restablecer los controles fronterizos, es un recurso de carácter excepcional, y de hecho debería de invocarse en última instancia. Está sujeto a limitación temporal y puede ser aplicado solamente si estrictamente necesario como en el caso de existencia de amenaza grave para el orden público o la seguridad interior del Estado miembro⁴⁴⁵.

En tal sentido el Reglamento (UE) 2016/399 al Título III que trata de *Fronteras Interiores*, los artículos del 22 hasta el 24 se desarrollan en el Capítulo I titulado: *Ausencia de controles en las fronteras interiores*, mientras que desde el 25 hasta el 35 se desarrollan dentro del Capítulo II, titulados: *Restablecimiento temporal de los controles en las fronteras interiores*.

Entre los artículos del Capítulo II se prevén también medidas extraordinarias aplicadas por parte de un País en caso de que deba

⁴⁴³ BROUWER, E. R., GUILD, E., CARRERA, S., VOSILIŪTE, L., GROENENDIJK, C. A., JEANDEBOSZ, J., MAZÉ, M. M., *Internal border controls in the Schengen area: Is Schengen crisis-proof?*, Brussel: European Parliament, LIBE committee 2016, p. 13.

⁴⁴⁴ “In 2006 Germany reinstated border controls when it hosted the FIFA World Cup. France did the same in 2005, following the terrorist attacks in London. In what was perhaps a precursor of the troubles to come, during the post – Arab Spring mass migration of 2011, politicians in France and Italy called for deep reforms to the agreement”, THOMSON, S., en *World Economic Forum*, Wednesday 16 September 2015, p. 5.

⁴⁴⁵ CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «La crisis migratoria y la reinstauración de los controles de las fronteras interiores en el espacio Schengen», en *Revista Española de Derecho Internacional* 68.1 (2016), pp. 219-247 p. 246.

responder a peligros inmediatos que afecten su seguridad interna, siempre respetando un arco temporal determinado que no exceda los 30 días, extensible hasta los seis meses; como establecido en el artículo 25⁴⁴⁶.

También en 2020, se ha producido una situación parecida debida, pero a otras circunstancias, parecida o aún más graves, el cierre total de las fronteras, no sólo en Europa, sino también en todo el mundo, se ha vivido a causa del estado declarado de pandemia de covid-19. Como se ha podido observar, el cierre forzoso de naciones enteras ha causado inconvenientes tanto desde el punto de vista migratorio como, en particular, desde el punto de vista económico.

⁴⁴⁶ Artículo 25 Marco general para el restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores: “ 1. Cuando en el espacio sin controles en las fronteras interiores se presente una amenaza grave para el orden público o la seguridad interior de un Estado miembro, este podrá restablecer los controles fronterizos en partes específicas o en la totalidad de sus fronteras interiores, con carácter excepcional y durante un período de tiempo limitado no superior a 30 días, o mientras se prevea que persiste la amenaza grave cuando su duración sobrepase el plazo de 30 días. La amplitud y la duración del restablecimiento temporal de controles fronterizos en las fronteras interiores no excederán de lo que sea estrictamente necesario para responder a la amenaza grave. 2. Los controles fronterizos en las fronteras interiores solo se restablecerán como último recurso y de acuerdo con lo previsto en los artículos 27, 28 y 29. Los criterios enumerados en los artículos 26 y 30, respectivamente, deberán tenerse en cuenta cada vez que se considere la decisión de restablecer controles fronterizos en las fronteras interiores con arreglo a lo dispuesto en los artículos 27, 28 y 29, respectivamente. 3. Cuando la amenaza grave para el orden público o la seguridad interior en el Estado miembro interesado persista más allá del período estipulado en el apartado 1 del presente artículo, dicho Estado miembro podrá prolongar los controles fronterizos en sus fronteras interiores, teniendo en cuenta los criterios enumerados en el artículo 26 y de conformidad con el artículo 27, por las mismas razones que las indicadas en el apartado 1 del presente artículo, y, teniendo en cuenta posibles nuevos datos, durante períodos renovables que no sobrepasen 30 días. 4. La duración total del restablecimiento de los controles fronterizos en las fronteras interiores, incluido el período inicial contemplado en el apartado 3, del presente artículo, no podrá superar los seis meses. Cuando se den las circunstancias excepcionales contempladas en el artículo 29, este período total podrá prolongarse hasta una duración máxima de dos años, conforme a lo previsto en el apartado 1 de dicho artículo”.

Probablemente el problema en este caso ha sido el no haber tomado una decisión unánime inherente a los movimientos internacionales dentro de la Unión.

Una situación parecida a la que se ha enfrentado el espacio Schengen en 2020 no se había verificado nunca hasta ahora.

En esta ocasión, a pesar de haber puesto por partes de muchos Estado controles fronterizos con muy poca antelación y sin proporcionar adaguadas informaciones a los ciudadanos de sus propios Países, no solo los estados de la Unión Europea y de los países pertenecientes a Schengen cerraron sus propias fronteras, sino también se llegó al cierre de casi todas las fronteras internacionales.

Mientras que durante la definida “crisis de los migrantes” de 2015, vaciló el sistema del Espacio Schengen, porque los Estados percibían los migrantes como una amenaza para su propia nación, debido al siempre creciente número de personas que llegaban irregularmente en Europa⁴⁴⁷.

Como expuesto en artículo 3 del Código de Fronteras Schengen las normas establecidas en el que se aplica a *todas personas que cruce las fronteras interiores o exteriores de los Estados pero sin afectar a*

- a) *los derechos de los beneficiarios del derecho a la libre circulación con arreglo al Derecho de la Unión*
- b) *los derechos de los refugiados y solicitantes de protección internacional, en particular en lo relativo a la no devolución.*

Pero en este particular caso afectó a las categorías de personas sobre mencionadas en el punto b) del mismo, ya que algunos Estados miembros establecieron controles fronterizos con escasas antelación.

⁴⁴⁷ Cf. BARTOSZEWICZ, M. G., «Festung Europa: Securitization of Migration and Radicalization of European Societies», en *AUC Studia Territorialia* 2 (2016), pp. 11-37; p. 29.

Mientras que en la actual crisis de 2020, para restringir la libertad de circulación a las personas se valieron de la Directiva 2004/38/CE *relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros*, según lo expuesto en el Capítulo IV titulado *Limitaciones del derecho de entrada y del derecho de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública*, en su artículo 27⁴⁴⁸.

Como consecuencia se proporcionaron una serie de efectos negativos en algunas de las fronteras interiores, como la excesiva espera a las fronteras que no garantizaban el adagado distanciamiento entre

⁴⁴⁸ Artículo 27 Principios generales: “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente capítulo, los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Estas razones no podrán alegarse con fines económicos.

2. Las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrá argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general.

3. Para comprobar si el interesado constituye un peligro para el orden público o la seguridad pública, en el momento de expedirse el certificado de registro o, a falta de un sistema de registro, a más tardar tres meses después de su entrada en el territorio o a partir de la fecha de la notificación de su presencia en el territorio, tal como se establece en el apartado 5 del artículo 5, o en el momento de expedirse la tarjeta de residencia, el Estado miembro de acogida podrá, cuando lo juzgue indispensable, pedir al Estado miembro de origen y, en su caso, a otros Estados miembros información sobre los eventuales antecedentes penales de un interesado. Esta consulta no podrá tener carácter sistemático. El Estado miembro consultado deberá hacer llegar su respuesta en el plazo de dos meses.

4. El Estado miembro que haya expedido el pasaporte o documento de identidad recibirá sin trámite alguno en su territorio al titular de dicho documento que haya sido expulsado por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, aun cuando el documento haya expirado o se haya impugnado la nacionalidad del titular”.

personas, y también las problemáticas relacionadas a los trabajadores transfronterizos⁴⁴⁹.

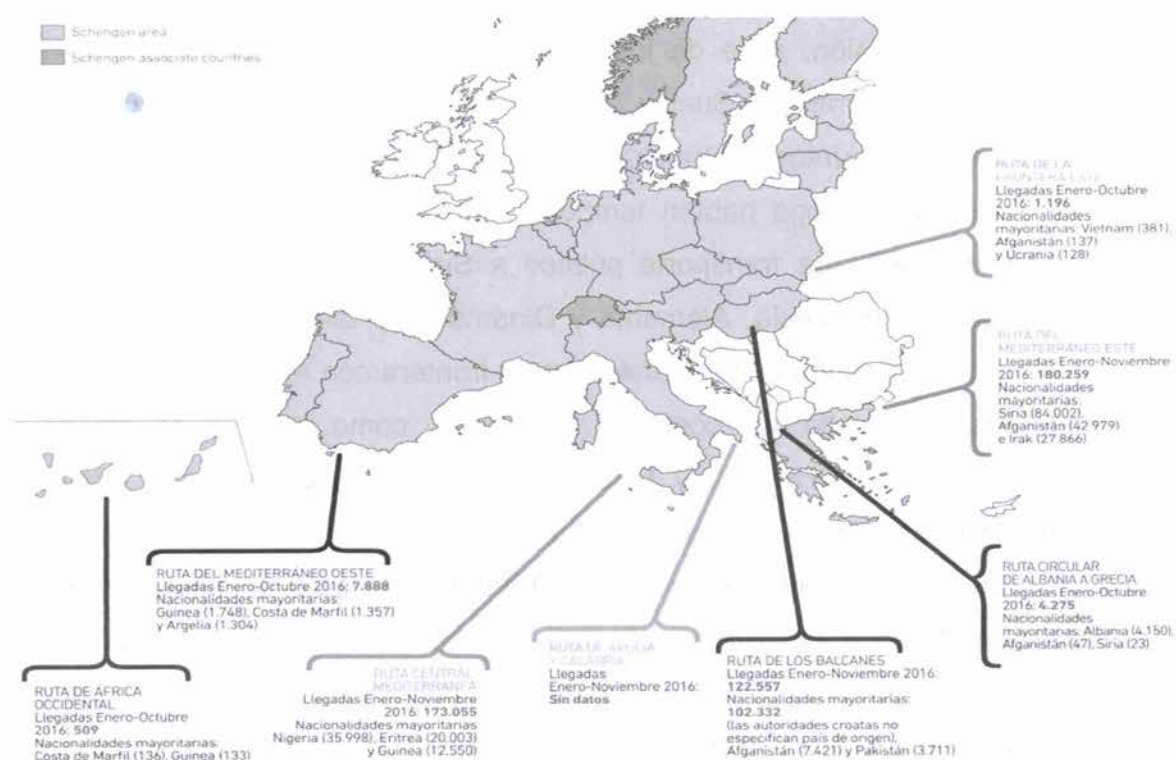
Debidos también a las reglas de Dublín la mayoría de los flujos migratorios procedentes de África del Norte y Medio Oriente han interesado casi exclusivamente los Estados del Mediterráneo, y siendo estados en primera línea no han podido detener las migraciones incontrolada y no autorizada que llegaba a la frontera externa de Schengen⁴⁵⁰.

La llegada en Europa por parte de los migrantes ocurrió no exclusivamente por vía marítima sino mediante también otras rutas que permitían el acceso al territorio europeo, como se observará a continuación en el mapa hecho por la *Comisión Española de Ayuda al Refugiado* que remonta al año 2016.

⁴⁴⁹ Resolución del Parlamento Europeo sobre la situación en el espacio Schengen tras el brote de COVID-19. (2020/2640/(RSP)).

⁴⁵⁰ SCHIMMELFENNIG, F., «European integration (theory) in times of crisis. A comparison of the euro and Schengen crises», en *Journal of European Public Policy* 25. 7 (2018), pp. 969-989; p. 977.

GRÁFICO 1. PRINCIPALES RUTAS DE ACCESO A EUROPA



Fuente: Comisión Española de Ayuda al Refugiado (2016).

Esta situación de crisis conllevó el levantamiento de las fronteras internas, atreves medidas unilaterales tomadas por los Estados, que iban claramente en contra de las líneas directrices bien definida sobre el tema, del Espacio Schengen.

A pesar de que la Unión Europea había pedido una mejor redistribución de 160.000 refugiados bloqueados en Grecia y en Italia, esta solución propuesta por la Unión Europea se puso en discusión cuando la Dinamarca y a seguir Alemania y Suecia y otros países cerraron sus confines⁴⁵¹.

Con precisión, siete de los 26 países pertenecientes a Schengen como Austria, Francia, Suecia, Malta, Alemania, Eslovenia y Noruega situados sobre puntos centrales, suspendieron formalmente los acuerdos. La Suecia y Noruega habían temporalmente reintroducido los controles sobre los medio de transporte público a Suecia desde Dinamarca y a Noruega desde Suecia, Alemania y Dinamarca y también la Dinamarca reintrodujo los controles temporales en su frontera con Alemania, mientras que Francia amplió sus controles fronterizos, como también en ambas direcciones entre Hungría y Eslovenia, sin olvidar las barreras físicas puestas por algunos Estados como Austria⁴⁵².

En 2016 al confín entre Italia y Austria se levantó un “muro” la así definida “Barrera del Brennero”, que a juicio de quien escribe, puede definirse en términos de “confín de seda”⁴⁵³, construida según Austria para reglamentar los flujos migratorio. Como también las vallas levantadas en las fronteras de Ceuta y Melilla con Marruecos erigidas para tutelarse de la inmigración de masa.

⁴⁵¹ GUIRAUDON, V., «The 2015 refugee crisis was not a turning point: explaining policy inertia in EU border control», en *European Political Science* 17 (2018), pp. 151-160; p. 153. Sobre el tema veáse tmbien LAST, T., MIRTO, G., ULUSOY, O., URQUIJO, I., HARTE, J., BAMI, N., PÉREZ, M., MACIAS DELGADO, F., TAPPELLA, A., MICHALAKI, A., MICHALITSI, E., LATSOU, E., TSELEPI, N., CHATZIPROKOPIOU, M., SPIJKERBOER, T., «Deaths at the borders database: evidence of deceased migrants bodies found along the southern external borders of the European Union», en *Journal of Ethnic and Migration Studies* (2017), pp. 693-712.

⁴⁵² ZANFRINI, L., *The Challenge of Migration in a Janus-Faced Europe*, Switzerland 2019¹, p. 118.

⁴⁵³ La expresión quiere ser una referencia a la “ruta de la seda” que en el la Edad Media conectaba Occidente y Oriente.

Sucesivamente en el Consejo Europeo de 18-19 de febrero de 2016, se tomó la decisión de restaurar el normal funcionamiento del Espacio Schengen y de hacerlo de forma concentrada, prestando pleno apoyo a los Estados miembros ante situaciones difíciles⁴⁵⁴.

Para el consejo europeo los controles fronterizos temporáneos representaban no solo un obstáculo a la libre circulación de las personas, sino que gravaban de forma imponente sobre la economía europea en su complejo.

También todos los eventos que se habían verificado y habían llevado los Estados a la reintroducción temporales de los controles fronterizos pusieron en duda por partes de la mayoría de los Estados pertenecientes a Schengen su correcto funcionamiento⁴⁵⁵.

El problema fue en particular modo que la Unión Europea dio prioridad a la perduración del espacio Schengen y sus fronteras en detrimento de las cuestiones migratorias.

El flujo de masa migratoria, que había sometido y somete a los Estados miembros a fuertes presiones sobre el control de las fronteras externas, impone una serie de pasos bien definidos.

En tal sentido es necesario la exigencia de una política de las acciones de los individuales Estados que sean orientadas a la cooperación entre los órganos y las autoridades competentes y, además, adaptadas a las necesidades de dichos Estados. De esta manera se puede establecer una relación oportuna de recursos económicos.

⁴⁵⁴ Secretaría General del Consejo: *Conclusiones del Consejo Europeo, 18 y 19 de febrero 2016*. EUCO 1/16. Bruselas, 19 de febrero de 2016.

⁴⁵⁵ CECCORULLI, M., «Back to Schengen: the collective securitisation of the EU free-border area», en *West European Politics* (2018), pp. 1-21; p. 11.

La pregunta que tenemos que hacernos es: ¿Se puede abolir el tratado de Schengen? podría ocurrir, pero será necesaria la aceptación de esta decisión por parte de todos los Estados miembros.

Con anterioridad se habló de "suspensión" del tratado, practicado por muchos Países como Austria, Dinamarca, Suecia y Eslovenia, pero no se puede hablar de abolición del mismo, porque esta decisión comportaría un proceso particularmente complejo que es difícil de lograr.

Las leyes europeas permiten la suspensión del tratado a los Estados miembros por un arco temporal bien definido: no puede durar más de seis meses y tiene que ser motivada por una situación de evidente emergencia para la seguridad nacional, como por ejemplo el aumento de flujos migratorios que se está investigando actualmente.

Una suspensión colectiva, por un período máximo de dos años de Schengen, necesita la aprobación por parte del Consejo de la Unión Europea que reúne a todos los jefes de Estado y Gobierno de la Unión.

Schengen sin embargo, concede a la policía de cualquier País europeo efectuar controles en la frontera, sin necesidad de solicitar autorizaciones, siempre y cuando estos controles no sean sistemáticos.

Este *modus procedendi* se ha utilizado en casi todos los Países europeos que restablecieron temporalmente los controles en sus fronteras para regular y limitar los flujos migratorios.

8.3 ESPACIO Y COOPERACIÓN SCHENGEN: HERRAMIENTAS DE DEFENSA

En el contexto de la Unión Europea en el logro de un *Espacio de libertad, seguridad y justicia*, dentro del espacio Schengen la UE mediante

diferentes herramientas, bases de datos, garantiza conseguir la seguridad en el contexto de las migraciones⁴⁵⁶.

El espacio y la cooperación Schengen se basan en el tratado de Schengen de 1985. El primero de los acuerdos estipulados entre los 5 Países fundadores se firmó el 14 junio del 1985; y la abolición de los controles interiores entre los Estados firmantes fomentó la creación de una frontera externa única, permitiendo que los controles dentro del espacio Schengen sean adoptados y efectuados siguiendo idénticos procedimientos; precisamente proyectado a la adopción de normas comunes en materia de visados, derecho de asilo y control de las fronteras externas para no turbar el orden público.

La libertad y la seguridad se conciliaron acercando, de esta manera, la libre circulación a las "medidas compensatorias". El objetivo fue una mejor cooperación y más eficiente coordinación entre los servicios de la policía y las autoridades judiciales, así como preservar la seguridad interna de los Estados miembros luchando de manera eficaz contra la criminalidad organizada.

Para garantizar la seguridad fronteriza se implantó en el Espacio de la UE un modelo de frontera inteligente, que mediante la tecnología aumentaba la capacidad de vigilancia y efectividad de identificación a las fronteras, que a nivel de implementación tecnológica conllevaba un intercambio de informaciones⁴⁵⁷.

Entre las herramientas de almacenamiento e intercambio de datos entre los puntos fronterizos, la UE cuenta con los sistemas: VIS Sistema

⁴⁵⁶ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R. P., «Los instrumentos de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea ante los flujos migratorios masivos», en *Anuario español de derecho internacional* 32 (2015), pp. 475-502; p. 477.

⁴⁵⁷ European Commission, Communication from the commission to the European parliament – *Smart borders – options and the way ahead*. Brussels, 25.10.2011. COM(2011) 680 final.

de información Visados, SIS Sistema de Información Schengen, y el SES Sistema de Entradas y Salidas que intervienen selectivamente sobre los sujetos que circulan⁴⁵⁸. Estas herramientas están utilizadas en el ámbito de la seguridad, la gestión de fronteras y la migración, por agencias nacionales y agencias de la UE como Frontex, Europol, EASO y Eurojust⁴⁵⁹.

Para promover una política común de visado fue constituido el *Visa Information System VIS*⁴⁶⁰, desarrollado para simplificar las solicitudes de visado y fortalecer los controles fronterizos exteriores, como también el reforzamiento de la seguridad en los Estados.

De hecho, sucesivamente, con precisión en 2008 se adoptó la Decisión 2008/633/JAI de 23 de junio de 2008, sobre el acceso para consultar el Sistema de Información de Visados (VIS) por las autoridades designadas de los Estados miembros y por Europol, con fines de prevención, detección e investigación de los delitos de terrorismo y otros delitos graves.

El Sistema de información Schengen (SIS)⁴⁶¹, dedicado al control migratorio, es una base de datos sofisticada que permite a las competentes autoridades de los Estados Schengen a intercambiar datos relativos sobre la identidad de determinadas categorías de personas y

⁴⁵⁸ SAN MARTÍN SEGURA, D., «The logic of border governance in the Schengen Area: borders as striation», en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* 122 (2019), pp. 15-37; p. 31.

⁴⁵⁹ DOBREVA, A., «Protection of EU external borders», en *EU policies- Delivering for citizens* (2019), pp. 1-11; p. 3.

⁴⁶⁰ Reglamento (CE) N° 767/2008 Del parlamento europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros.

⁴⁶¹ Creado con el Acuerdo de Schengen y modificado con la Decisión 2007/522/JAI del Consejo de 12 de junio de 2007 relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de información de Schengen de segunda generación (SIS II).

bienes⁴⁶². El SIS es apoyado por los Estados miembros a través de redes nacionales (N-SIS), unidos a un sistema central (C-SIS) integrado por una red llamada (SIRENE). La misma es la interfaz “humana” del SIS.

Un sistema de información Schengen de Segunda Generación (SIS II) reemplazó el sistema existente introduciendo nuevas funciones. El sistema de información Schengen de Segunda Generación (SIS II) es un sistema informático a gran escala, que contiene señales sobre personas y objetos, controlado por los guardias fronterizos, a los funcionarios de aduanas, a las autoridades responsables de los visados y las fuerzas de la policía en toda el área Schengen, cuyo objetivo es garantizar un elevado nivel de seguridad⁴⁶³.

La base jurídica por el SIS II está constituida por dos actos complementarios: la decisión SIS II y el reglamento SIS II. Los dos actos tienen algunos artículos en común y una serie de disposiciones específicas sobre el empleo del sistema que conciernen su específico campo de aplicación.

Las disposiciones específicas de la decisión SIS II reglamentan el empleo del sistema en el ámbito de las cuestiones previstas por el título VI del tratado sobre la Unión Europea, (antiguo tercer pilar). En particular, la decisión define las categorías de datos, señalización sobre personas y objetos, las de insertar en el sistema para sustentar la cooperación operativa entre la autoridad policial y judicial en el campo penal, las finalidades de la inserción de los datos, los criterios y los procedimientos para la inserción y el trato de los mismos, además de las autoridades con

⁴⁶² GONZALEZ, J.M.L., «Schengen un espacio de libertad, seguridad y justicia», en *Revista de Derecho* 21 (2004), pp. 139-149; p. 143.

⁴⁶³ MICHAEL, K., MICHAEL, M. G., «Schengen Information System II: The balance between civil liberties, security and justice», en *Australia and the new technologies: evidence based policy in public administration* (2008), pp. 247-258; pp. 248-249.

derecho de acceso a tales datos. La decisión también comprende disposiciones específicas sobre el trato y la protección de los datos por las susodichas categorías de estos⁴⁶⁴.

En 2010 la Comisión con la decisión relativa al plan de seguridad por el SIS II central y la infraestructura de comunicación, para la organización de la seguridad estableció un plan de seguridad, con el objetivo de garantizar la protección de las amenazas en la disponibilidad, en la integridad y en la discreción, responsabilizándose de la realización y de la monitorización de las medidas de seguridad por la infraestructura de comunicación y, en el período transitorio, por el SIS II central⁴⁶⁵.

Para el seguimiento de la implementación de las medidas de seguridad, la Comisión designa a un responsable de la seguridad del sistema. Para el SIS II central y para la infraestructura de comunicación se designan responsables locales de la seguridad. Ellos son respectivamente responsables de la realización y de la monitorización de las medidas y procedimientos de seguridad en el CS-SIS principal, incluido el CS-SIS de reserva, y de la infraestructura de comunicación.

El responsable de la seguridad del sistema, en colaboración con los responsables locales de la seguridad, prepara una política de seguridad basada en medidas y procedimientos detallados de protección del SIS II central y la infraestructura de comunicación. Esta política prevé, además, unas medidas que se deben controlar, éstas son:

- El acceso a las estructuras de elaboración de datos.
- Los soportes extraíbles que contienen los datos y otros activos importantes.

⁴⁶⁴ Decisión 2007/533/JAI del Consejo de 12 de junio de 2007 relativa al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de Schengen de segunda generación (SIS II)

⁴⁶⁵ Decisión de la Comisión de 4 de mayo de 2010 relativa al plan de seguridad para el SIS II Central y la infraestructura de comunicación. (2010/261/UE).

- La conservación de los datos.
- Las contraseñas.
- El acceso al hardware y al software del SIS II.
- Las comunicaciones por la infraestructura de comunicación.

La política de seguridad, además, define las medidas de seguridad en relación a los recursos humanos, por ejemplo, describiendo las funciones y las responsabilidades de las personas autorizadas para acceder al SIS II central.

El SES Sistema de Entradas y Salidas⁴⁶⁶, se desarrolló para compensar las carencias en relación con una laguna de información y fragmentación entre bases de datos. Porque a pesar del gran sistema de información existentes para los controles fronterizos, la Comisión Europea identificó un problema en relación a los controles de los movimientos a las fronteras exteriores de los nacionales de terceros países que visitaban el espacio Schengen por una estancia corta, ya que el único medio para calcular la instancia era poner una fecha de entrada y salida que era de fácil falsificación⁴⁶⁷.

En 2015 se hizo un paso adelante en el sistema de gestión común de fronteras, con la puesta en marcha de la base de datos EURODAC, implementación que se radica en la creación del sistema europeo de asilo

⁴⁶⁶ Reglamento (UE) 2017/2226 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2017 por el que se establece un Sistema de Entradas y Salidas (SES) para registrar los datos de entrada y de denegación de entrada relativos a nacionales de terceros países que crucen las fronteras exteriores de los Estados miembros, se determinan las condiciones de acceso al SES con fines policiales y se modifican el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen y los Reglamentos (CE) n.º 767/2008 y (UE) n.º 1077/2011.

⁴⁶⁷ ORAV, A., D'ALFONSO, A., *Smart Borders: EU Entry/Exit System. EPRS*, European Parliamentary Research Service, Member's Research Service 2016, p. 3.

común, conteniente las solicitudes de asilo con las impresiones dactilares que es posible recibir en todas la UE⁴⁶⁸.

En 2018 se constituí el ETIAS o también dicho SEIAV Sistema europeo de información y autorización de viajes dirigido a los ciudadanos de los países exentos de visa para el Espacio Schengen. Concebido con el objetivo de garantizar más seguridad a las fronteras europeas favoreciendo la identificación de posibles amenazas en relación con las personas que tienen la intención de viajar en el algún País del espacio Schengen, designado por viaje de corta duración hasta un máximo de 90 días⁴⁶⁹.

Sobre la base del sistema EURODAC los documentos de identificación han llevado a la creación de un pasaporte biométrico, que se ha exigido para nacionales de algunos estados que no tienen la obligación de visado⁴⁷⁰. Un pasaporte biométrico es un archivo de viaje electrónico que comprende datos biométricos del portados del pasaporte que pueden ser examinados y manejados por una computadora para validar la ciudadanía de una persona⁴⁷¹.

Es claro que todos los avances que la unión europea ha hecho en estos años para hacer frente al aumento de los flujos migratorios que continúan siendo en creciente aumento han sido de gran valor humanitario. Sin embargo, mediante el resultado conseguido, surgen dudas en particular modo sobre las herramientas utilizadas.

⁴⁶⁸ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R. P., cit., p. 493.

⁴⁶⁹ Regulado por el Reglamento (UE) 2018/1240 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de septiembre de 2018 por el que se establece un Sistema Europeo de Información y Autorización de Viajes (SEIAV) y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1077/2011, (UE) n.º 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 y (UE) 2017/2226.

⁴⁷⁰ *Op. cit.* SAN MARTÍN SEGURA, D., p. 32.

⁴⁷¹ CHOULDHURY, Z.H., RABBANI, M.M.A., «Biometric Passport Security by Applying Encrypted Biometric Data Embedded in the QR Code», en *International Journal of Intelligent Unmanned Systems* (2019), pp. 41-51; p. 41.

Llegados a este punto la pregunta que surge es: ¿Hoy en día las herramientas utilizadas por parte de la UE por prevenir la migración irregular y la criminalidad han sido efectivas?

8.4 PROPUESTA DE LA “CARTA PERSONAL EUROPEA” QUE UNIFIQUE LA IDENTIDAD DE TODOS LOS CIUDADANOS DE PAÍSES MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA

En la realidad histórico-social que vivimos, los individuos están inevitablemente condicionados de los vínculos con los sistemas individuales de los Estados.

La unión europea crea una ciudadanía de la Unión y define ciudadano europeo según el artículo 20.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: *“Toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional sin sustituirla”*.

En el artículo 20.2⁴⁷² y 21⁴⁷³ del TFUE se le garantiza, entre otros derechos, la *libre circulación en el territorio de los Estados miembros*. Para

⁴⁷² Artículo 20.2 TFUE: *“Los ciudadanos de la Unión son titulares de los derechos y están sujetos a los deberes establecidos en los Tratados. Tienen, entre otras cosas, el derecho: a) de circular y residir libremente en territorio de los Estados miembros; b) de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo y en las elecciones municipales del Estado miembro en el que residan, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado; c) de acogerse, en el territorio de un tercer país en el que no esté representado el Estado miembro del que sean nacionales, a la protección de las autoridades diplomáticas y consulares de cualquier Estado miembro en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estados; d) de formular peticiones al Parlamento Europeo, de recurrir al Defensor del Pueblo Europeo, así como de dirigirse a las instrucciones y a los órganos consultivos de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y de recibir una contestación en es misma lenguas. Estos derechos se ejercerán en las condiciones y dentro los límites definidos por los Tratados y por las medidas adoptadas en aplicación de éstos”*.

el incentivo de la libre circulación de las personas se creó en 1985 el *Espacio Schengen* que garantiza el libre movimiento sin restricciones a las fronteras de las personas que las atraviesan entre los 26 países europeos que pertenecen a ello.⁴⁷⁴ Como también la Directiva 2004/38/CE⁴⁷⁵ que se adoptó sucesivamente a la supresión de las fronteras interiores como establecido por el Tratado de Schengen.

El primer intento de un proyecto de una Europa Libre y unida fue el ambicioso desarrollo de Tratado hecho por Altiero Spinelli, llamado "Tratado Spinelli" aprobado por el Parlamento europeo el 14 de febrero de 1984. Este Tratado que nunca entró en vigor, cuyo sustituto fue el Acto Único europeo, estaba orientando hacia una Europa detentora de una ley europea, de hecho se establecía que el Parlamento y el Consejo de la Unión, con la participación activa de la Comisión ejercieran el poder legislativo conjuntamente, permitiendo así la adopción de una ley solo

⁴⁷³ Artículo 21 del TFUE: "1. *Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estado miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en los Tratados y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.* 2. *Cuando una acción de la Unión resulte necesaria para alcanzar este objetivo, y a menos que los Tratados hayan previsto los poderes de acción al respecto, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán adoptar, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio de los derechos contemplados en el apartado 1.* 3. *A los efectos contemplados en el apartado 1, y salvo que los Tratados establezcan poderes de actuación para ello, el Consejo podrá adoptar, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, medidas sobre seguridad social o protección social. El consejo se pronunciará por unanimidad previa consulta al Parlamento Europeo*".

⁴⁷⁴ Acervo de Schengen - Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes. *Diario Oficial n° L 239 de 22/09/2000 p. 0019-0062.*

⁴⁷⁵ Directiva 2004/38/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

después de recibir aprobación por partes de del Parlamento y del Consejo⁴⁷⁶.

A lo largo de los años con el advenimiento de la globalización sobre el derecho, se ha producido un cambio radical en las relaciones entre la política y la economía, y aunque a los derechos de los Estados se le reconocía una valor universal, de todos modos, los derechos sociales se veían comprometidos por causa de una competitividad global⁴⁷⁷.

La Unión Europea ha desempeñado un papel más bien teórico en vez que pragmático,

la Constitución Europea⁴⁷⁸, tratado internacional del año 2004 que no se llegó a ratificar, se componía de 448 artículos divididos en cuatros partes:

- En la primera: los objetivos de la Unión, los derechos fundamentales, las competencias, las instituciones y los procedimientos de decisión
- La segunda se dedicaba a la Carta de los derechos fundamentales de la Unión
- La tercera a las políticas y el funcionamiento de la unión
- La cuarta inherente a las disposiciones generales y finales.

La Constitución Europea aportó una importante innovación en el ámbito jurídico comunitario, porque garantizaba a los individuos nuevos instrumentos para la protección de los derechos fundamentales los cuales

⁴⁷⁶ VILLANI, U., *Istituzione di Diritto dell'Unione Europea*, Bari 2008, p. 16.

⁴⁷⁷ DE SIMONE, G., TAIANI, G., *Sociologia delle Relazioni Internazionali*, Città del Vaticano 2011, p. 162.

⁴⁷⁸ Tratado por el que se establece una Constitución Europea, 2004/C 310/1, 47° año, 16 de diciembre de 2004.

venían conferidos a todos los individuos que vivían en la UE, pero también a los individuos que aun viviendo al extranjero estaban legitimados para pretender derechos hacia Europa⁴⁷⁹.

Este fue un proyecto europeo que posiblemente habría podido resolver o por lo menos agilizar las problemáticas que aún existen a nivel europeo entre sus propios estados, que inevitablemente a pesar de ser regidos por principios de la libertad, igualdad y dignidad, aún está ricos de disparidades.

8.4.1 OBJETIVOS DE LA PROPUESTA

Cuando se habla de Unión Europea inmediatamente nos salta a la mente el concepto de ciudadanía europea y lo que comporta ser ciudadano europeo.

Como ya hemos explicado en el capítulo primero de esta tesis, la ciudadanía europea conlleva consigo, entre otros derechos garantizados a los ciudadanos de la UE, la libertad de circulación y residencia de los ciudadanos de la UE y de sus familiares a circular y residir libremente en el territorio de la UE, como establecido en la Directiva 2004/38/CE. La Directiva está dividida en siete capítulos titulados:

- CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES;
- CAPÍTULO II: DERECHO DE SALIDA Y ENTRADA;
- CAPÍTULO III: DERECHO DE RESIDENCIA;
- CAPÍTULO IV: DERECHO DE RESIDENCIA PERMANENTE;

⁴⁷⁹ CASSESE, A., *I diritti umani oggi*, Bari 2012, pp. 75-76.

▪CAPÍTULO V: DISPOSICIONES COMUNES AL DERECHO DE RESIDENCIA PERMANENTE;

▪CAPÍTULO VI: LIMITACIONES DEL DERECHO DE ENTRADA Y DEL DERECHO DE RESIDENCIA POR RAZONES DE ORDEN PÚBLICO, SEGURIDAD PÚBLICA O SALUD PÚBLICA;

▪CAPÍTULO VII: DISPOSICIONES FINALES.

Si nos enfocamos en el Capítulo III en los artículos 6 *Derechos de residencia por un período de hasta tres meses* y 7 *Derecho de residencia por más de tres meses*, se garantiza a los ciudadanos de la Unión que viajen en un otros estado miembros por un periodo de hasta tres meses el derecho de residencia el derecho de residencia sin necesidad de estar en posesión de otra condición o formalidad aparte de tener un documento de identidad o pasaporte válidos, mientras que a los ciudadanos que decidan permanecer en el otro estado miembro de la UE por un tiempo superior a los tres meses se requieren algunos requisitos para tener el derecho de residencia en el Estado:

a) es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en el Estado miembro de acogida, o

b) dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para ni convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en el Estado miembro de acogida, o

c)

▪ Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por el Estado miembro de acogida con

arreglo a su legislación o a su práctica administrativa, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional, y

- cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en el Estado miembro de acogida y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado miembro de acogida durante su período de residencia, o

d) es un miembro de la familia que acompaña a un ciudadano de la Unión, o va a reunirse con él, y que cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c).

Además de los requisitos anteriores, se requieren a los ciudadanos que quieran residir en el Estado miembro de acogida un periodo superior a tres meses, algunos trámites administrativos, como establecido en el artículo 8 de la Directiva que, conllevan se incumplidas, sanciones:

1. El Estado miembro de acogida podría imponer a los ciudadanos de la Unión la obligación de registrarse ante las autoridades competentes.

2. El plazo fijado para el registro no podrá ser inferior a tres meses a partir de la fecha de llegada. Se expedirá inmediatamente un certificado de registro que precise el nombre y dirección de la persona registrada y la fecha de registro. El incumplimiento de la obligación de registro podrá conllevar, para la persona interesada, castigos con sanciones proporcionadas y no discriminatorias.

3. Para la expedición del certificado de registro, los Estado miembros sólo podrán exigir:

- Al ciudadano de la Unión contemplado en la letra a) del apartado 1 del artículo 7, que presente un documento de identidad o un pasaporte válidos y una declaración de contratación del empleador o un certificado de empleo, o una prueba de que trabaja por cuenta propia,

- Al ciudadano de la unión contemplado en la letra b) del apartado 1 del artículo 7, que presente un documento de identidad o un pasaporte válidos y una prueba de que cumple las condiciones establecidas en dicha letra,

- Al ciudadano de la Unión contemplado en la letra c) del apartado 1 del artículo 7, que presente un documento de identidad o un pasaporte válidos, una prueba de que está matriculado en un centro reconocido y de que tiene un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos y la declaración o medio equivalente contemporáneo en dicha letra.

Y más, al observar el artículo 25 *Disposiciones generales relativas a los documentos de residencia*, el punto 1 expone:

“La posesión del certificado de registro contemplado en el artículo 8, un documento acreditativo de la residencia permanente, un resguardo de presentación de la solicitud de tarjeta de residencia de miembro de la familia, una tarjeta de residencia o una tarjeta de residencia permanente no podrá constituir en ningún caso una condición previa para el ejercicio de un derecho o la realización de un

trámite administrativo, ya que la situación de beneficiario de los derechos puede acreditarse por cualquier otro medio de prueba”.

En realidad, en este artículo tenemos que focalizarnos en el hecho de que si la posesión de los certificados pedidos en ningún caso representan condiciones previas para el ejercicio de un derecho o la realización de un trámite administrativo ¿porque viene pedido a los ciudadanos de la UE en el caso de estancia superiores a tres meses?, ¿conllevando cargas burocráticas innecesarias si el ciudadano pertenece a la Unión?

Ponemos como ejemplo el estado Español: según la Ley 250/ 2007, de 16 de febrero, al Capítulo III del artículo 7 *Residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, si un ciudadano de la Unión Europea decide trasladarse a vivir por motivos de trabajos o estudios, después de los tres meses de estancia en España, los ciudadanos europeos serán obligados a solicitar la inscripción en la Oficina de Extranjeros de la Comisaría de Policía y aquellos con intereses económicos, profesionales, o sociales relacionados con el Estado tendrá que pedir para la identificación fiscal el NIE (Número de identidad de Extranjero) y sin el cual el ciudadano de la Unión, no podrá tratar cualquier tipo de práctica, que sea de naturaleza legal, financiera, profesional o social, como por ejemplo:

- seguir un curso de estudios,
- firmar un contrato de trabajo,
- ejercer una actividad remunerada,
- inscribirse a un colegio profesional.

¿Porque pedir estos requisitos burocráticos si los ciudadanos son nacionales pertenecientes a un Estado de la Unión Europea?

Es posible afirmar que los que nos permitiría lograr la *Carta Personal Europea* sería:

- Eliminar de los trámites burocráticos entre estados miembros de la Unión Europea,
- Definir Europa, no solo a nivel teórico sino también a nivel efectivo, un contiene competitivo respecto a las otras naciones del mundo, a traves de la constitución de una: *Identidad Nacional Europea*, que conlleva a la creación de la *Carta Personal Europea*.

Nos preguntamos también que es una *Identidad Europea*, y si ya existe este concepto en la Unión y si existe, qué diferencia hay con la *Identidad Nacional Europea*.

8.4.2 LA IDENTIDAD NACIONAL EUROPEA

El tema de la identidad ha sido muy debatido en la historia de hecho ya desde la creación del Tratados de Maastricht o también definido Tratado de la Unión Europea (TUE), firmado el 7 de febrero de 1992 y entrado en vigor el 1 de noviembre de 1993, se exponía en su artículo F.1: “*La Unión respetará la identidad nacional de sus Estados miembros, cuyo sistema de gobierno se basarán en los principios democráticos*”, y también en el Tratado de Ámsterdam firmado el 2 de octubre de 1997 y entrado en vigor el 1 de mayo de 1999 que, aparte de aportar varias innovaciones orientadas al reforzar la Unión y aportando cambios para la ampliación de la Unión Europea, aparece el concepto de identidad nacional en relación a sus Estados miembros, como aparece en el artículo F, apartado 3. Ambos tratados se limitaron exclusivamente al concepto de identidad que resultaba no proyectado a efectos prácticos hacia la Unión Europea, porque más orientado a la soberanía, concepto confirmado después con el Tratado de Lisboa⁴⁸⁰.

En primer lugar resulta necesario definir el concepto de identidad a partir del *Diccionario de la Real Academia Española* en el que se define que *identidad viene de idéntico; idéntico es lo que es sustancialmente igual a otra cosa, e identidad es la calidad de idéntico*⁴⁸¹. El concepto de identidad así definido se diferencia en varias acepciones, por esto se

⁴⁸⁰ REQUEJO PAGÉS, J. L., «Identidad nacional e integración europea», en *Revista Española de Derecho Constitucional* 100 (2014), pp. 425-434; p. 427.

⁴⁸¹ QUEROL LÁMBARRI, M., «Identidad», en *Ius et Veritas* 17 (1998), pp. 306-308; p. 306.

puede definir poliédrico, ya que existen también identidades sociales, morales y personales⁴⁸².

Si lo aplicamos además este concepto a la nacionalidad según Smith:

*"La identidad nacional es esencialmente multidimensional; no se puede, reducir aún sólo elemento, ni siquiera por parte de facciones concretas de nacionalistas, y tampoco puede ser imbuida fácilmente en una población utilizando métodos artificiales"*⁴⁸³. Mientras que, la Identidad Europea es el resultado de una evolución cumplida en el curso del siglo XX a través varios pasos económicos y políticos.

Está claro, que, a pesar de los esfuerzos de la UE, resulta presente un fuerte sentimiento nacional ya que los ciudadanos de los estados individuales fatigan a sentirse completamente europeos por causa de una divergencia entre teoría y praxis.

Tales consideraciones nos hacen llegar a la conclusión que se necesite una evolución del modelo de identidad europeo, que nos lleves a una mayor conciencia de una identidad colectiva en un contexto europeo, proyectando los ciudadanos en el interior de una sociedad moderna, en la cual libremente, puedan acceder a cualquier servicio, sin confrontarse con los límites impuestos por las Naciones individuales.

El modelo estructural de *Identidad Nacional Europea* representaría una evolución en el ámbito europeo, ya que la identidad que se formaría no se plantaría como una identidad excluyente, sino que irá a superponer a las identidades subjetivas que cada Estado de la Unión detiene, para

⁴⁸² NÚÑEZ LADEVÉZE, L., «Comunidad, identidad y derechos humanos», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 125 (2004), pp. 227-254; p. 239.

⁴⁸³ SMITH, A. D., *La identidad nacional*, 1991, p. 13.

que así en una primera fase de transición, la identidad Estatal subjetivas se añadan a la identidad nacional europea.

Porque si la evolución de los diferentes países, continúes a desarrollarse de esta forma, se requerirá de una Unión Europea fuerte y cohesionada, para poder estar a la vanguardia del mundo y convertirnos en un continente europeo competitivo.

El progreso exclusivamente individual de los Estados europeos amplía las diferencias entre los Países miembros, repercutiendo el desarrollo europeo. Por esta razón se necesitará de unos ciudadanos europeos fuertes que se sientan europeos, para poder competir con los intereses de los diferentes continentes, pero para que esto se realice es necesaria una identidad nacional europea fuerte, que permita la identificación en primer lugar de los nacionales y del propio Estado al cual pertenecen para que se sientan miembros de la Unión europea.

Seguir procediendo en la actual dirección de egoísmo estatal, conllevaría un Europa que no podrá competir con otros continentes, como los Estados Unidos o el asiático.

De hecho, hoy en día hay una grande disparidad entre la teoría y la practica en relación al concepto de identidad europea, dado que las diferencias entre los ciudadanos a la hora de poner en practica cualquier tipo de actividad, que conlleve la transacción en un país del cual el ciudadano no es originario aunque sea europeo son claramente visibles, como ya hemos podidos observar antes.

Se ha invertido mucho capital económico en el desarrollar la Unión europea y si los resultados han sido más separación de los Estados envés de unión, toda la inversión económica de los años antecedentes se pierde, por esta razón hay que sentir que los ciudadanos se cohesionen como miembro de la unión en un proceso transaccional hacia una identidad

européa única, manteniendo la identidad Estatal basado en un sistema de desarrollo más federal. Porque cuando se habla de grandes organizaciones, no hay un punto intermedio, un gran continente, o crece o decrece.

Hoy en día la federación es el modelo que más respeta la independencia de cada zona geográfica, supeditando los intereses del colectivo mayor, porque la visión de la Unión europea en la actualidad se representa como Estados individuales con una individualidad muy acentuada mirando exclusivamente a sus propios intereses.

Se tendría que constituir por estas razones una base jurídica donde los ciudadanos europeos se puedan mover en plena libertad, donde no hay diferencia, de forma que un ciudadano europeo que salga de su propio Estado pueda actuar en otro Estado de la unión como si estuviesen en su país, entonces como ciudadano europeo.

La tendencia natural es llegar a este culmen, porque actualmente a nivel práctico se cumple el hecho de sentirnos ciudadanos europeos solo porque pagamos con las mismas monedas.

¿Qué conllevaría ser ciudadano con una identidad nacional europea?

La identidad europea que complementaría la propia identidad nacional comportaría el sentido del ciudadano de la Unión de sentirse ciudadano estatal y europeo al mismo tiempo con todos los beneficios que su propio Estado le garantizaría. Al entrar en otro país de la unión, el ciudadano sería identificado como verdadero europeo. El resultado sería mantener las dos identidades a nivel prácticos las dos identidades nacionales y la europea.

¿Qué nos permitiría lograr el objetivo de una identidad nacional europea? La Carta personal europea.

8.4.3 POLIVITAS: LA CARTA PERSONAL EUROPEA

El termino POLIVITAS, deriva de los términos Polis y Vita. Y representa una identidad que permite, a los individuos de un país miembro de la Unión Europea que no se encuentran en su país natal, gozar de los mismos derechos y respetar los mismos deberes del ciudadano que se encuentra en su propio Estado, sin la obligatoriedad de ulteriores trámites burocráticos. Esta propuesta permite garantizar la igualdad social entre los ciudadanos europeos.

El hecho de ser un POLIVITAS conlleva la aceptación por parte de los Estados europeos del inmigrante europeo y del hecho que las migraciones representan un enriquecimiento por los Estados y no un problema.

Lo que aquí se está definiendo, es más que una identidad europea, porque cuando hablamos de movimientos de personas dentro del Espacio Europeo, la palabra migrante no existe, porque hablamos de ciudadanos europeos, cuando en cambio, identificado como extranjero. Aplicando la identidad nacional europea el sujeto migrante, ya no será definido extranjero, sino inmigrante europeo, conllevando el cambio del concepto extranjero, por la mayoría de las veces asociado a una aceptación negativa, en POLIVITAS.

¿Qué diferencia hay entre los documentos actuales que identifican la persona y la propuesta POLIVITAS?

Actualmente el propio Documento de identidad te identifica dentro del país natal, pero no como europeo a nivel efectivo, porque con el documento de identidad estatal el sujeto no es libre de actuar como si estuviese en el país donde tenga su propia nacionalidad, lo que en cambio implicaría ser tener efectivamente una nacionalidad europea en la Carta personal europea. Tomando como ejemplo el caso de un ciudadano español, si en algún momento existiría de verdad la identidad nacional europea, permitiría al ciudadano europeo de identificarse en toda Europa como nacional europeo y en España como nacional español.

La carta es un objetivo muy ambicioso, que en caso de éxito podría dar pie a una nacionalidad europea puramente propia. El problema de Europa en este momento reside en que es un regulador enorme que no tienes efectos prácticos porque se encuentra muy desvinculado del problema real.

8.4.4 VALIDAD TÉCNICA DA LA CARTA PERSONAL EUROPEA

Los avances tecnológicos de los últimos 10 años en tecnologías de consenso⁴⁸⁴ distribuido llevan a pensar que la propuesta es viable. Está

⁴⁸⁴ Un mecanismo de consenso es un proceso por el cual los nodos de una red distribuida se ponen de acuerdo sobre las transacciones propuestas. Este mecanismo proporciona una forma de registrar la información en el libro mayor de manera que se garantice la integridad, inmutabilidad y coherencia de los datos. Los mecanismos de consenso son normas y protocolos de gobernanza de redes distribuidas que permiten el registro, la conclusión y la ejecución de transacciones en determinadas condiciones. Por lo tanto, el

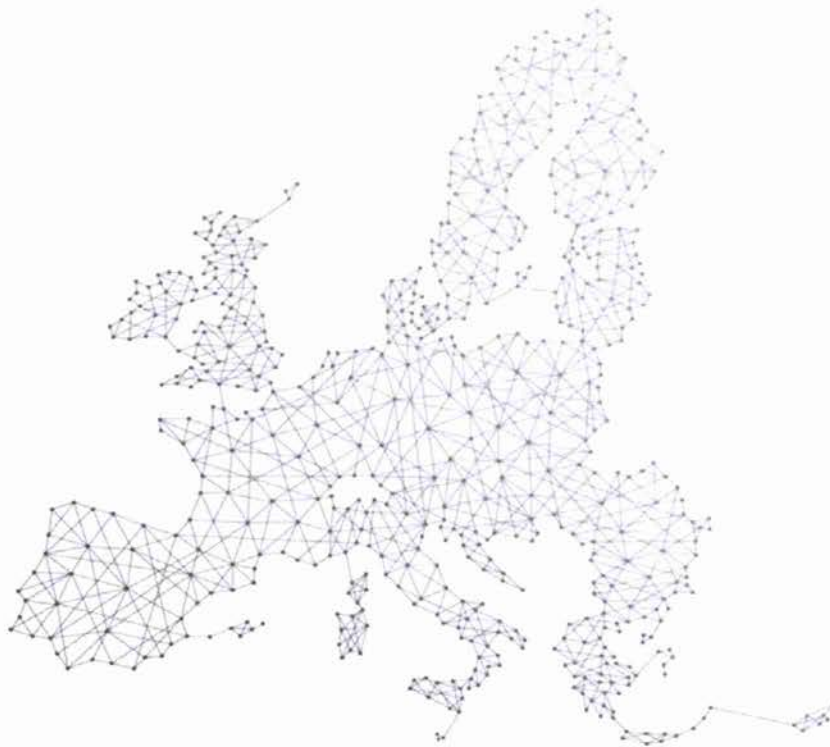
basada el uso de almacenes de datos distribuidos entre los diferentes países de la unión que compartan la misma estructura y la misma información, así como un sistema de consenso para el tratamiento de estos datos. De forma que todos los países compartan la misma información sin que esta esté centralizada en uno de ellos, ni que un país, de forma independiente, pueda actuar de mala fe contra los intereses del “quorum” formado por los países miembros. Esto permitiría la creación de una identidad digital europea, que, mediante todas las informaciones de los estados singulares de la unión canalizados y compartidos en la UE, permita cohesionar la identidad y los intereses de los individuos de los países miembro de la Unión Europea.

La tecnología que permitiría a nivel tecnológico de implementar a nivel efectivo la Carta personal Europea, es el desarrollo de una Blockchain⁴⁸⁵, que gestionada por Europa, consiga que la carta personal Europea esté en la vanguardia de una sociedad digitalizada.

consenso puede basarse en la transacción anterior, formando una secuencia de transacciones, similar a un libro de contabilidad.

⁴⁸⁵ La Blockchain es una tecnología que facilita una lista creciente y ordenada cronológicamente, de registros transaccionales irrevocables, firmados criptográficamente, compartidos por todos los participantes en una red.

GRÁFICO 1.



Fuente: European blockchain strategy (share, build. Deploy)

La red verifica una transacción mediante un "mecanismo de consenso", que permite a los usuarios de la red P2P⁴⁸⁶ validar las transacciones y actualizar el registro en toda la red⁴⁸⁷. El mecanismo de consenso se utiliza para establecer la confianza en la exactitud de los datos del sistema que tradicionalmente es establecido por un intermediario o un administrador en un sistema centralizado.

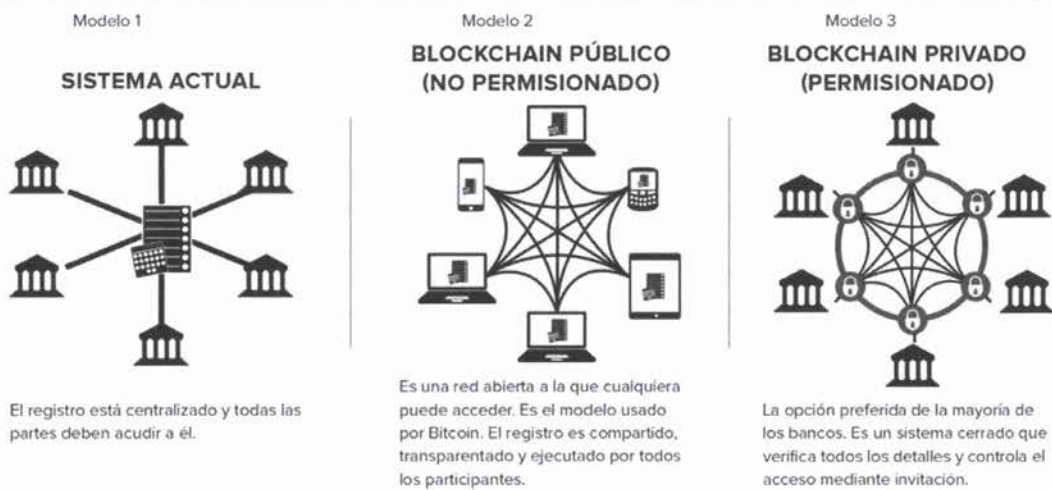
Cualquier órgano estatal con los derechos de acceso adecuados podría rastrear un evento transaccional, en cualquier punto de su historia, perteneciente a cualquier actor de la red. La tecnología almacena las transacciones de manera descentralizada. Las transacciones de intercambio de valores se ejecutan directamente entre pares conectados y se verifican de forma consensuada mediante los países que forman la Blockchain.

⁴⁸⁶ Una red P2P es una red de quipos informáticos que funcionan sin una jerarquía base, sino que todos los integrantes que se comportan como iguales entre sí.

⁴⁸⁷ WARBURG, B., «Ted Talk. How the blockchain will radically transform the economy», en <https://www.youtube.com/watch?v=RplnSVTzvnU> (Consultado 10.08.2020).

GRÁFICO 3. DESARROLLO SISTEMA BLOCKCHAIN.

La siguiente representación gráfica resulta de gran utilidad para comprender el principio básico detrás de esta tecnología



Fuente: Forbes México [<https://www.forbes.com.mx/se-escribe-blockchain-se-pronuncia-revolucion/>].

Para simplificar, la tecnología de cadenas de bloques permite que dos actores del sistema (llamados nodos) realicen transacciones en una red de par a par (P2P) y almacenen estas transacciones de forma distribuida a través de la red.

La tecnología de libro mayor distribuido se refiere a los protocolos y la infraestructura de apoyo que permiten a las computadoras en diferentes

lugares proponer y validar transacciones y actualizar registros de manera sincronizada a través de una red.

8.4.5 SMART CONTRACTS

Los contratos inteligentes⁴⁸⁸ son piezas de software que ejecutan una acción específica basada en el estado del sistema o en una transacción que se produce. Un contrato inteligente es un programa o protocolo informático que facilita, verifica o ejecuta los términos de un contrato. Los contratos inteligentes funcionan en un libro de contabilidad descentralizado. Son independientes de la intervención humana y se ejecutan automáticamente. Los contratos inteligentes pueden considerarse marcos reguladores privados, un sistema de normas que rigen las transacciones entre las partes interesadas.

Una vez establecidos, los contratos inteligentes son irrevocables y vinculantes, lo que desencadena, aún sin resolver, el problema de la gestión de los daños causados por un funcionamiento inadecuado o por errores de código.

8.4.6 UNA BLOCKCHAIN EUROPEA

La finalidad de la Infraestructura de Servicios de Cadenas de Bloqueo de la UE es, en principio, apoyar la prestación de servicios

⁴⁸⁸ Un contrato inteligente es un programa que vive en un sistema no controlado por ninguna de las partes, o sus agentes, y que ejecuta un contrato automático el cual funciona como una de cualquier otro programa de ordenador. Con la diferencia de que se realiza de una manera que interactúa con activos reales. Cuando se dispara una condición pre-programada, no sujeta a ningún tipo de valoración humana, el contrato inteligente ejecuta la cláusula contractual correspondiente. El contrato en sí es una transacción autoejecutable entre las partes, desencadenada por acontecimientos en los que se puede determinar definitivamente si han ocurrido o no.

públicos digitales transfronterizos en Europa. La ambición a medio plazo es convertir la Infraestructura de la Cadena de Bloqueo de la UE en un “estándar de oro” mundial, abriendo su uso a otras partes interesadas como la industria y las organizaciones de la sociedad civil.

Los principales beneficios que se podrían observar con el uso de estas tecnologías son:

- Reducción de los costos económicos, del tiempo y de la complejidad en los intercambios de información intergubernamental y público-privada que mejoran la función administrativa de los gobiernos.

- Reducción de la burocracia, el poder discrecional y la corrupción, inducida por el uso de libros de contabilidad distribuidos y contratos inteligentes programables.

- Aumento de la automatización, la transparencia, la auditabilidad y la rendición de cuentas de la información en los registros gubernamentales en beneficio de los ciudadanos.

- Aumento de la confianza de los ciudadanos y las empresas en los procesos gubernamentales y el mantenimiento de registros impulsado por el uso de algoritmos que ya no están bajo el control exclusivo del gobierno.

Las tecnologías de cadenas en bloque pueden utilizarse potencialmente como infraestructura de información para el intercambio de información entre las administraciones públicas. Por ejemplo, el intercambio oportuno y fiable de información sobre la delincuencia, la distribución de becas y el intercambio de información relativa a los títulos académicos o los impuestos podrían facilitarse mediante las tecnologías

de cadena en bloque⁴⁸⁹. Se sostiene que el registro distribuido de documentos y bienes, en lugar de registrarse únicamente de manera centralizada, aporta varias ventajas técnicas y económicas. Una mayor transparencia, fiabilidad y un mejor rendimiento son especialmente importantes cuando las aplicaciones requieren datos de múltiples sitios, organizaciones o países.

Por el contrario, se prevé que la naturaleza distribuida de los sistemas de cadenas de bloques cree incertidumbres en cuanto a la estabilidad de la red, ya que elimina un punto de control. Por ejemplo, mientras que en el sistema bancario los bancos actúan como intermediarios centralizados en el control del sistema, en un sistema basado en cadenas de bloques el poder en la red se distribuye entre todos los participantes. La descentralización es, hasta cierto punto y mercados, tal como los conocemos hoy en día. Se argumenta que, para aprovechar plenamente el potencial de la cadena de bloqueo en el sector público, habrá que rediseñar los procesos administrativos y las estructuras gubernamentales para adaptarse a la tecnología y no al revés.

Proyectos que se están llevando a cabo para poder hacer esto:

- El proyecto de verificación de credenciales académicas de Blockcerts⁴⁹⁰ en Malta puso de relieve la importancia de la exploración de la tecnología de las cadenas en bloque para captar las ventajas de los pioneros mediante la adopción de normas de código abierto agnósticas a la plataforma. La verificación de las

⁴⁸⁹ DAVIDSON, S., DE FILIPPI, P., POTTS, J. *Disrupting Governance: The New Institutional Economics of Distributed Ledger Technology* (2016), en SSRN Electronic Journal. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2811995> (Consultado 10.09.2020).

⁴⁹⁰ Véase <https://www.blockcerts.org>.

credenciales académicas es el único servicio para el usuario final de la muestra que puede recomendarse para su aplicación de arriba a abajo en forma de una plataforma de múltiples caras en toda la UE. El servicio genera beneficios de red entre las universidades, los ciudadanos y los empleadores y responde a las prioridades políticas del mercado único digital. El diseño técnico está maduro y se basa en las normas de código abierto existentes y en la infraestructura de la cadena de bloqueo pública.

- El proyecto de identidad descentralizada del municipio de Zug⁴⁹¹, en Suiza, permite a los ciudadanos crear una identidad basada en la cadena de bloques que sea independiente del gobierno y sólo una vez que las autoridades lo atestigüen. En el diseño del proyecto se utilizan contratos inteligentes para la gestión y el intercambio controlado de datos personales, lo que constituye un ejemplo excelente de cómo se puede utilizar la cadena de bloqueo para potenciar a los ciudadanos. El sistema de identidad descentralizado, sin embargo, sigue exigiendo la existencia paralela de un sistema de certificación centralizado, propiedad del gobierno.

- El proyecto de transacciones de propiedades Chromaway⁴⁹² en Suecia demuestra el potencial de la automatización basada en cadenas de bloques para lograr enormes ganancias de eficiencia en la liquidación de transacciones y reducir las incertidumbres entre los agentes. Este proyecto señala una serie de obstáculos que inhiben el uso de la tecnología de cadenas en bloque para transacciones

⁴⁹¹ JUN, M., «Blockchain government - a next form of infrastructure for the twenty-first century», en. *J. Open Innovation: Technol. Mark. Complex.* 4.7 (2018).

⁴⁹² En <https://chromaway.com/solutions> (Consultado 13.08.2020).

complejas y de alto valor, como las transferencias de bienes raíces. Estos obstáculos incluyen la legalidad de las firmas digitales.

- El proyecto Infrachain⁴⁹³, que tuvo sus orígenes en Luxemburgo, permite un despliegue piloto de cadenas en bloque más rápido en los sectores público y privado mediante un marco de gobernanza para los nodos privados, elemento clave de la tecnología de cadenas en bloque, y el cumplimiento de la cadena que producen. Este proyecto constituye un elemento fundamental para los sistemas de cadenas en bloque que ejecutan servicios de usuario final que tienen control de acceso para los usuarios registrados. El marco también establece requisitos de referencia para la infraestructura física necesaria, incluida la separación de los recursos de hardware de la capa de software.

- Los Proyecto STORK y STORK 2.0. (Secure idenTity acrOss boRders linKed) era orientado a establecer una plataforma por el reconocimiento mutuo paneuropeo de las identidades electrónicas Europeas mediante un DNI electrónico, precisamente una identidad electrónica nacional, para favorecer la realización de los trámites Administrativos públicos⁴⁹⁴. Este proyecto era muy ambicioso, pero con pocos efectos prácticos.

⁴⁹³ En <https://infrachain.com/#repository> (Consultado 13.08.2020).

⁴⁹⁴ LÓPEZ HRNÁNDEZ-ARDIETA, J., HEPPE, J., CARVAJAL VIÓN, J.F., «Plataforma europea para la interoperabilidad de identidades electrónicas» (2011) pp. 1-4. Véase Proyecto Stork, en <https://www.eid-stork.eu> (Consultado 08.10.2018).

A este punto del discurso nos preguntamos ¿Qué utilidad podría dar la Carta Personal Europea en el ámbito migratorio? ¿Y en particular modo para los extranjeros que vienen en Europa?

Cuando un extranjero intenta entrar en Europa encuentra una serie de problemáticas. El primer punto al que se tiene que enfrentar son las fronteras, y está claro que

siempre que se erigen fronteras, se está penalizando al sujeto que se encuentra a su exterior.

Para que el inmigrante ciudadano de un tercer país, entre en el territorio europeo y se le permita de vivir por ejemplo en España, se actúa toda una serie de prácticas burocráticas, que responden a la normativa Europea y Estatal.

En lo que concierne a la normativa Europea, el Reglamento (UE) 2018/1806 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de noviembre de 2018, establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, como se establece en su artículo 1⁴⁹⁵.

Una vez cruzadas las fronteras exteriores la relativa normativa Estatal del caso puesto como ejemplo, el Estado español, de los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración se rigen por la

⁴⁹⁵ Artículo 1 Reglamento (UE) 2018/1806: *“El presente Reglamento determina los terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado o exentos de dicha obligación, sobre la base de una evaluación caso por caso de diversos criterios relativos, en particular, a la inmigración clandestina, al orden público y a la seguridad, a los beneficios económicos, sobre todo en términos de turismo y comercio exterior, así como a las relaciones exteriores de la Unión con los terceros países de que se trate atendiendo, en particular, a consideraciones en materias de derechos humanos y de libertades fundamentales, así como a las implicaciones de la coherencia regional y de la reciprocidad”*.

Ley Orgánica 4/2000, tendrán que estar en posesión por derecho y deber la documentación que pueda acreditar su identidad como se expone en el artículo 4⁴⁹⁶ de la Ley.

Mientras que en lo que concierne a la situación de los ciudadanos extra-europeos que son familiares de ciudadanos europeos la Directiva 2004/38/CE de 29 abril de 2004⁴⁹⁷, que en su artículo 9⁴⁹⁸ establece los trámites administrativos para los miembros de la familia que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro.

En estas circunstancias en vez de entregar al inmigrante extra-europeo un documento de identidad nacional que lo identifique en frente del Estado se le rendiría la Carta Personal Europea que podría diluir todas

⁴⁹⁶Artículo 4 de Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, texto consolidado con última modificación de 4 de septiembre de 2018: “1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España.

2. Todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente. Estarán exceptuados de dicha obligación los titulares de un visado de residencia y trabajo de temporada. Reglamentariamente se desarrollarán los supuestos en que se podrá obtener dicha tarjeta de identidad cuando se haya concedido una autorización para permanecer en España por un periodo no superior a seis meses.

3. Los extranjeros no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de Seguridad Ciudadana”.

⁴⁹⁷ Directiva 2004/38/CE del Parlamento y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/35/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE (Texto pertenecientes a efectos del EEE).

⁴⁹⁸ Artículo 9 Directiva 2004/38/CE: “1. Los Estados miembros expedirán una tarjeta de residencia a los miembros de la familia de un ciudadano de la Unión que no tengan la nacionalidad de un Estado miembro cuando el período de residencia previsto sea superior a tres meses. 2. El plazo para presentar la solicitud de expedición de una tarjeta de residencia no podrá ser inferior a tres meses a partir de la fecha de llegada. 3. El incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia podrá conllevar para la persona interesada sanciones proporcionadas y no discriminatorias”.

las practicas burocráticas relacionadas, gracias a la tecnología implementada, garantizado al ciudadano extra europeo en vez que la adquisición de la nacionalidad española, la nacionalidad europea que aseguraría una propia identidad nacional europea.

Por lo que concierne los inmigrantes irregulares que llagan a las fronteras de varias formas como hemos podido observar en el capítulo IV, una posible resolución al problema se encuentra siempre en la aplicación de la tecnología aplicada por la Carta Personal Europea, ya que cuando el inmigrante irregular llegue a las fronteras exteriores de un País europeo, viene identificado y los datos de su identificación automáticamente entrarían en la base de datos compartida entre todos los Estados miembros de la Unión Europea.

De esta forma se harían participe todos los países miembros de la Unión que aquel determinado inmigrante se encuentre en uno de su Estados miembros.

Esta posible solución podría resolver el problema de la inmigración, porque debido al problema al cual asistimos diariamente se evidencia claramente el “embudo” de entrada a Europa, mucho de lo que entran en España se dirigen irregularmente a Francia, Reino Unido, o otros países de la UE y por cuantos los controles sean eficaces muchos se fugan. Lo que en cambio no pasaría si las responsabilidades de la Unión se compartirían entre todos los Estados miembros a empezar de las identificaciones de los migrantes mediante una base de datos basada en Blockchain.

La aceptación del inmigrante europeo por todos sus Estados comportaría una menor carga por los Estados individuales que hasta ahora se han ocupado del tema, creando una empatía europea, rindiendo

participes todos de las necesidades y problemas de los migrantes mediante un ejercicio de solidaridad europea, en cambio de actuar de manera egoística como muchos Estados de la UE han demostrado dada la no incumbencia del fenómeno migratorio en sus fronteras.

De esta forma se haría un control efectivo de los ciudadanos extra-europeos que llegan a Europa, de los ciudadanos europeos que se mueven en la UE y se limitaría o eliminaría completamente la inmigración clandestina, garantiendo un mayor control de la inmigración irregular.

IX - CONCLUSIONES

IX – CONCLUSIONES

El estudio abordado en esta Tesis permite constatar cómo el fenómeno de la migración ha adquirido dimensiones de gran alcance y complejidad.

Los fenómenos migratorios, tan extendidos hoy día, han implicado el interés en la búsqueda de las raíces del fenómeno mismo que se encuentran en la evolución histórica jurídica de dos conceptos fundamentales: de sujeto de derecho y ciudadanía, que remiten inevitablemente al concepto sustantivo de persona.

La evolución de los conceptos ha demostrado que de la génesis del concepto de persona ha ocurrido una metamorfosis del significado, que ha cambiado durante varias épocas históricas y ha dado lugar a un vínculo indisoluble relacionado con la condición de persona en el contexto social de una comunidad estatal, que a través del paso al constitucionalismo nacional, en las Convenciones internacionales, así como en el derecho positivo, se ha procedido en una orientación de protección de la persona por el derecho. Dado que el derecho ha sido creado por el hombre y para el hombre, lo que implica una estrecha relación entre vida humana y derecho.

Las Constituciones de la posguerra evidencian un nuevo punto de conexión entre la persona y la dignidad, ya que en las constituciones anteriores se insistía sobre una noción diferente: la reivindicación de la igualdad. Como también la importancia en 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) que favorece la evolución de la persona, garantizando una convivencia humana en el respeto de los derechos.

El Tratado de la Unión Europea (TUE) representa un momento histórico de la Europa importante, porque los intereses europeos empiezan a cambiar y se orientan al nuevo concepto de ciudadanía europea y el Tratado de Schengen que de 1985 que representa una de las evoluciones más importantes de la Unión Europea.

La diferencia terminológica de los términos de Ciudadanía y Nacionalidad por algunos Estados ha requerido un examen de carácter semántico y conceptual mediante el análisis de las diferentes doctrinas, fuentes normativas y Constituciones sobre el tema, focalizando sucesivamente la atención sobre las modalidades de adquisiciones de la misma definida ciudadanía o nacionalidad en base a los ordenamientos estatales. Conllevando una análisis de datos antes individuales, y luego comparativas, de adquisición de la nacionalidad en el caso Español y adquisición de la ciudadanía en el caso Italiano, demostrando una relativa correlación entre ellas, lo que ha llevado a deducir un posible principio de causalidad que ha producido un flujo migratorio subyacente común entre Italia y España, que sucesivamente llevó a la conclusión, al confrontar los dos mapas, a la no existencia de un principio de causalidad entre España y Italia porque los países de procedencias de las personas que decidían adquirir la nacionalidad eran distintos.

Sobre la base de esta investigación de datos, se procedió a la comparación con el resto de los países Europeos de la Unión, apreciando una significativa descendencia de la adquisición de la nacionalidad en Europa calculada desde los años 2013 hasta 2018.

De este análisis se han constituidos dos conjuntos y el resultado ha sido que las nuevas adquisiciones de las nacionalidades de toda Europa se requieren solo en 5 países. Con lo que se ha podido observar hacia donde se dirigen los flujos migratorios.

El *excursus* histórico sobre el derecho de asilo y *status* de refugiado ha hecho entender el desarrollo de los conceptos, pero al mismo tiempo las limitaciones, y las diferencias con el estado actual en materia de asilo y refugiados y los avances cumplidos hasta la actualidad.

Debida a la importante cantidad de flujos migratorio, la Unión europea en materia de migración ha intervenido en múltiples modalidades, sobre todo en función de las multiplicaciones de los flujos migratorios dirigidos a Europa a partir desde el año 2015.

Revisando reformas hacia lograr una inmigración legal, desarrollando unas series de medidas en Europa se evidencian:

- la Agenda Europea de Migración orientadas hacia un control de las fronteras exteriores.
- Salvación vidas humanas mediante actos de colaboración con los Estados europeos.
- La creación de la Guardia Costera y Fronteriza Europea
- Constitución de *hotspots* a los puntos de crisis.
- Aplicación de un programa de reubicación adecuado y más rápido.

A pesar de la impreparación inicial, la UE ha sido capaz de reaccionar ante circunstancias inesperadas y en particular modo se ha tenido que enfrentar con la emergencia de la pandemia de Covid-19 y, a pesar de no estar preparados a una situación de emergencia mundial, ha llevado a cabo adecuados controles.

Sin embargo, no faltan los perfiles críticos de las medidas adoptadas en el estado de emergencia, dirigidos en particular forma en el plan organizativo, también en relación con la migración, como por ejemplo las acogidas de los inmigrantes en lugares donde es casi imposible mantener la distancia.

Sin olvidar los menores no acompañados que vienen utilizados como objetos por parte de adultos que se definen “familiares” y hacen cruzar el mediterráneo a riesgo de la vida de los menores.

Hasta la fecha se han ayudado los países subdesarrollados económicamente, pero lo que se puede afirmar al observar las actuaciones de la UE, es que las ayudas económicas no eliminan el problema, sino que constituye la causa de mayor pobreza por algunos sectores que son más vulnerables a la corrupción.

Para obviar a este problema es necesaria la creación de relaciones directas entre ciudadanos europeos y extra-europeos, excluyendo los intereses Estatales, para favorecer el desarrollo de recursos económicos de forma consciente, que conllevaría a un sistema descentralizado.

Los incentivos para la creación de un sistema económico descentralizado serían:

- La creación de un fondo de seguridad, para avalar los movimientos empresariales que parten desde iniciativas europeas.
- El segundo incentivo reside en la misma operación económica, ya que el potencial beneficio respeta los intereses de ambas partes
- Se tendría que asegurar los recursos del inversor mediante la protección por la UE, protegiendo al mismo tiempo quien recibe los recursos.

Las herramientas tecnológicas utilizadas para proteger el espacio Schengen y los Estados de la UE en lo que concierne a sus fronteras externas seguramente han sido innovadoras, pero al mismo tiempo no muy efectivas en el control de la inmigración irregular.

Además, en lo que concierne a los ciudadanos de la Unión Europea que deciden de moverse en otro estado miembro de la Unión por más de 3 meses, por motivos de estudios trabajo o económicos, resulta un

problema, ya que los requisitos burocráticos son excesivos, y limitantes también para los ciudadanos europeos.

La solución a este problema se identificaría en la Carta Personal Europea:

- Elimina los trámites burocráticos entre estados miembros de la Unión

- Define Europa no solo a nivel teórico sino también a nivel efectivo, un continente competitivo respecto a las otras naciones del mundo.

Esto sería posible con la constitución de una *Identidad Nacional Europea*. Esto conllevaría para el ciudadano europeo una complementación a la propia identidad nacional.

La herramienta que permitiría a nivel tecnológico de implementar a nivel efectivo la Carta personal europea, con una Blockchain gestionada por Europa, abriendo de tal forma una vía transversal digital.

De las problemáticas existentes sobre la inmigración es oportuno reflexionar sobre la exigencia de:

- una política de las acciones de los Estados individuales que sean orientadas a la cooperación entre los órganos y las autoridades competentes y, además, adaptadas a las necesidades de dichos Estados.

- Una ampliación de las vías legales y evitar que las políticas migratorias demasiado restrictivas devengan ellas mismas en causas de irregularidades.

- Puesto que el objetivo principal de la Unión y los Estados, ha sido establecer mecanismos y medidas para limitar las irregularidades: prevención de la entrada irregular de extranjeros y / o expulsión de quienes se encuentran en situación irregular en el territorio de los Estados Miembros, impera la elaboración de una vía legal en que la expulsión no

represente el único camino que pueden tomar los Estados, incluso si la mayoría de los esfuerzos se han llevado a cabo en esta dirección.

- En particular, desde un punto de vista penal, sobre los instrumentos legales implementados contra la "trata de personas" y el "tráfico de seres humanos". Sería necesaria una mayor acción de intervención y prevención. Como prueba, puede ser deseable conocer las características y los datos específicos sobre este fenómeno que permitirían una identificación más fácil de las víctimas y los autores de este delito, para que los primeros no sean explotados y los últimos puedan ser adecuadamente procesados a nivel penal y no ser llamados a responder por delitos menores. En la actualidad, incluso si los Estados están obligados a establecer medidas y acciones para combatir la "trata" y el "tráfico", de protección y de apoyo a las víctimas y procesar a los responsables, todavía existe una gran brecha entre el aspecto normativo de la cuestión y lo que es y debería ser implementado para lograr resultados óptimos.

La integración es una categoría que pertenece a lo social y a lo emotivo. Entre inmigración e integración está en término medio la acogida. Es bien difícil la gestión concreta de la acogida: no basta la empatía.

Un fenómeno así, de amplio alcance y complejidad, produce confusión y sensación de impotencia. Junto a los problemas concretos de asegurar la subsistencia y la garantía de vida de parte de los Países receptores, existe la dificultad para aquellos que vienen de tierras y culturas lejanas en un intento de cambiar el modo de vida y sistemas de valores antiguos de siglos. E incluso hay quien considera "*el hospes*" como "*hostis*", (y no son pocos...).

Se olvida que una conquista de la edad moderna es justo el reconocimiento de los "*derechos humanos*": expresión, esta última, qué

indica un concepto de sentido más universal con respecto de aquellos del siglo XVIII "*derechos del hombre*", que pospone sólo a un proyecto ético - político.

Frente a situaciones que han asumido caracteres de extrema dificultad, la Unión Europea, construcción de por sí imperfecta, ha demostrado todas sus deficiencias, que pueden ser resumidas en la falta de coordinación de acciones y resoluciones. Sobre la cuestión de los movimientos de las personas, parecía que las aplicaciones del Tratado de Schengen (libre circulación de las personas y las mercancías) de la Convención de Dublín (derecho de asilo), además de la Convención de Ginebra del 1951, (status de refugiado), pudieran ser resolutivas. La crisis de estos últimos meses, o de estos días, en cambio, ha demostrado que no es así y que cada País procede en orden independiente o aleatorio.

En el complicado escenario para la atribución de las cuotas de refugiados en cada País, se ha añadido la problemática inherente a la pandemia debida al Covid-19, que ha cargado más las situaciones de las migraciones, en particular forma la inmigración irregular.

Ha sido vertida una presión insoportable sobre los Países de frontera como España, Italia, Grecia: "*el derecho de asilo es válido dentro del primer País en el que ha sido solicitado y concedido*"... en estos últimos días, una alternativa rica en esperanza y futuro, es la propuesta de modifica del sistema de Dublín mediante un mecanismo de solidaridad para la recolocación y las repatriaciones.

Hasta ahora la política de la Unión Europea ha marchado en grave retraso: al menos 20 años se han perdido.

Mi estudio ha afrontado el examen de todos los aspectos característicos del complejo problema, analizado por las autoridades españolas, de aquel europeo. He pasado a examen la normativa aún

vigente, y he llegado a la convicción de la necesidad de reformarlas, a partir del concepto de ciudadanía. No se puede pretender que hay *"buenos ciudadanos"*, si sigue siendo tan difícil convertirse en ciudadanos europeos.

¡Ningún País, además, tiene en mano la fórmula mágica!

Kofi Annan, ex secretario general de la ONU: *"¡los muros no pararán el flujo de los migrantes!"*

El mensaje más rico en esperanza y confianza viene del Papa Francisco en el momento en que recibe el *"Carlo Magno"*, el más prestigioso premio, símbolo de la Unión Europea, realizado en parte por el Emperador Franco: *"qué Europa sea portadora en el mundo de un nuevo humanismo; que sepa acoger a quien es pobre y sufre. ¡Ser migrantes no es un delito!"*

X – REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

X – REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

10.1 LIBROS Y REVISTAS CIENTÍFICAS

AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, M., *Intervención Consular en Derecho Internacional Privado*, Sevilla 2005.

ALÁEZ CORRAL, B., «Nacionalidad y ciudadanía: una aproximación histórico-Funcional», en *Revista Electrónica de Historia Constitucional* 6 (2005), pp. 29-75.

ALESINA, A., DOLLAR, D., «Who gives foreign aid to whom and why?», en *Journal of Economic Growth* 5.1 (2000), pp. 33-63.

ALESINA, A., WEDER, B., «Do Corrupt Governments Receive Less Foreign Aid?», en *American Economic Review* 92.4 (2002), pp. 1126-1137.

ALLUÉ BUIZA, A., «La adhesión de la Unión Europea al Convenio Europeo de Derechos Humanos: un proceso complejo de difícil resolución», en *Revista de Derecho de la Unión Europea* 29 (2015), pp. 33-54.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A; «Inmigrantes e hijos de inmigrantes nacidos en España: vías de acceso a la nacionalidad española», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración* 90 (2010), pp. 103-126.

ARCE JIMÉNEZ, E., «El derecho del menor extranjero a ser escuchado y su interés superior en los procedimientos de repatriación», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* 38 (2018), pp. 1-40.

ARIAS REYERO, M., «La Doctrina Trinitaria de San Agustín», en *Teología y vida* 30.4 (1989), pp. 249-270.

ARSLANALP, S., BLAIR HENRY, P. «Helping the poor help themselves: Debt relief or aid?», en *NBER Working Paper* 1023 (2004), pp. 1-33.

BADE, K.J., *Europa en movimiento: las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días*, Barcelona 2003.

BARILE, P. *Il soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova 1953.

BARTOSZEWICZ, M. G., «Festung Europa: Securitization of Migration and Radicalization of European Societies», en *AUC Studia Territorialia* 2 (2016), pp. 11-37.

BAURA, E., «Movimientos migratorios y derechos de los fieles en la Iglesia», en *Ius canonicum* 43.85 (2003), pp. 51-86.

BECCHI, P., *Il principio dignità umana*, Brescia 2013².

BELMONTE, M. G., «Los antecedentes remotos: prosopon en la literatura griega», en *Espíritu* 61 (2010), pp. 195- 205.

BENGOGLIO, G., «Per una teologia della speranza», en *Studi Emigrazione* 205 (2017), pp. 69-79.

BERMEJO HERNÁNDEZ, O., MORENO DÍAZ, J. A., *Inmigración, Extranjería y Asilo*, Madrid 2007¹.

BIONDI, B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1972⁴.

BISCOTTINI, G., «Cittadinanza», en *Enciclopedia del diritto* 7 (1960).

BIZZARRI, D., «Ricerche sul diritto di cittadinanza nella costituzione comunale», en *Studi di storia del diritto italiano*, Torino 1937.

BÖRZEL, T. A., RISSE, T., «From the euro to the Schengen crises: European integration theories, politicization, and identity politics», en *Journal of European Public Policy* 25.1 (2017), pp. 83-108.

BROUWER, E. R., GUILD, E., CARRERA, S., VOSILIÛTE, L., GROENENDIJK, C. A., JEANDEBOSZ, J., MAZÉ, M. M., *Internal border controls in the Schengen*

area: *Is Schengen crisis-proof?*, Brussel: European Parliament, LIBE committee 2016.

BURITICÁ ZULUAGA, D.A., «El concepto de persona humana en la tradición cristiana y su progresión hasta el personalismo», en *Cuestiones Teológicas* 41(2014), pp. 467-493.

CALGAGOVOSKI, J., GÁBOR, V., GERMANY, M., «Microfinance in Africa: Combining the Best Practices of Traditional and Modern Microfiance Approaches towards Poverty Eradication», en *The United Nations*. pp. 1-16.

CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños, Modelos de reconocimiento y protección*, Madrid 2006.

CAPPELLETTI, F.A., «Dalla legge di Dio alla legge dello Stato. Per una storia del diritto di asilo», en *Il diritto di asilo*, ed. BILOTTA, B.M., CAPPELLETTI, F.A., Padova 2006.

CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., DURÁN AYAGO, A., CARRILLO CARRILLO, B.L., *Curso de nacionalidad y extranjería*, Madrid 2008².

CARTABIA, M., «La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea», en *Enciclopedia italiana* (2018).

CARTABIA, M., «voz Cittadinanza europea», en *Enc. giur.* 6 (1995).

CASELLA COLOMBEAU, S., «Crisis of Schengen? The effect of two 'migrant crises' (2011 and 2015) on the free movement of people at an internal Schengen border», en *Journal of Ethnic and Migration Studies* 46.11, pp. 2258-2274.

CASSANMAGNAGO, C., RADICE, R., GIRGENTI, G., BOMPIANI, «Epicteti, Enchiridion, cap. XVII; Epiteto, Manuale», en *Tutte le opere*, Milano 2009.

CASSESE, A., *I diritti umani oggi*, Bari 2012, pp. 75-76.

CASSESE, S., «L'Europa vive di crisi», en *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 3 (2016), pp. 779-790.

CASTILLO CÓRDOVA, L., «Los Derechos Humanos: la persona como inicio y como fin del derecho», en *Foro Jurídico: revista de derecho* 7 (2007), pp. 27-40.

CATINELLA, G., «Cittadinanza (Storia – Diritto romano)», en *Dig. it.* 7.

CECCORULLI, M., «Back to Schengen: the collective securitisation of the EU free-border area», en *West European Politics* (2018), pp. 1-21.

CHICO, M.T.A., «Una aproximación a la legislación comunitaria y española sobre los menores no acompañados», en *Anales de la Real Academia de Doctores* 3.2 (2018), pp. 151-177.

CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., «La crisis migratoria y la reinstauración de los controles de las fronteras interiores en el espacio Schengen», en *Revista Española de Derecho Internacional* 68.1 (2016), pp. 219-247.

CHOULDHURY, Z.H., RABBANI, M.M.A., «Biometric Passport Security by Applying Encrypted Biometric Data Embedded in the QR Code», en *International Journal of intelligent Unmanned Systems* (2019), pp. 41-51.

CICU, A., «Il concetto di "status"», en *Studi giuridici in onore di Simoncelli*, Napoli 1917.

CINTAS, E. P., «Reforma del Código Penal Español en torno al delito de tráfico ilegal de migrantes como instrumento de lucha contra la inmigración ilegal en la Unión Europea», en *Revista de Estudios Jurídicos UNESP* 19.29 (2016), pp. 1-20.

CIPRIANI, N., «Il mistero trinitario nei Padri» en *PATH* 1 (2003), pp. 47-70, en http://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_academies/theologica/pdf/PATH%20n.%201%20-%202003.pdf (consultado 09.09.2020)

CORTESE, E., «Cittadinanza (diritto intermedio)», en *Enciclopedia del diritto* 7 (1960).

COSTA, P., ALÁEZ CORRAL, B., *Nacionalidad y ciudadanía*, Madrid 2009.

CRIFÒ, G., «Cittadinanza (dir. rom.)», en *Enciclopedia del diritto* 7, Milano 1960.

CRUZ, L.A., «Ciudadanía de la Unión y nacionalidad. La incidencia del derecho de la unión en las competencias sobre la nacionalidad de los estados miembros», en *Revista de Estudios Europeos* 71 (2018), pp. 171-188.

D'HARMONVILLE, A.L., Voce «Asilo», en *Dizionario delle date, dei fatti ed uomini storici* 1, ed. ANTONELLI, G., Venezia.

DAUNIS RODRÍGUEZ, A., *El derecho penal como herramienta de la política migratoria*, Granada 2009.

DAVIDSON, S., DE FILIPPI, P., POTTS, J., «Disrupting Governance: The New Institutional Economics of Distributed Ledger Technology», 2016, en *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2811995> (consultado 10.09.2020).

DE CASTRO Y BRAVO, F., «La nationalité, la double nationalité et la supranationalité», en *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye*, t. 102 (1961-I).

DE CASTRO Y BRAVO, F., «Los estudios históricos sobre la nacionalidad», en *Revista española derecho int.* (1955), p. 218.

DE ESTEBAN, J., *Constituciones españolas y extranjeras*, I, Madrid 1977.

DE LA FUENTE CARDONA, F.S., «¿Los derechos de los extranjeros o la política migratoria? aproximación jurisprudencial al bien jurídico protegido en el delito de ayuda a la inmigración irregular», en *Revista Crítica Penal y Poder* 18 (2019), pp. 172-181.

DE LAPRADELLE, A., *De la nationalité d'origine*, Paris 1893.

DE LOS REYES, A.O., «El concepto constitucional de la dignidad de la persona: forma de comprensión y modelos predominantes de recepción en la Europa continental», en *Revista española de derecho constitucional* 91 (2011), pp. 135-178.

DE LUQUE, L.A., «Los derechos fundamentales en el proceso de integración europea» en *Cuadernos de derecho público* 18 (2003), pp. 173-190.

DE SIMONE, G., TAIANI, G., *Sociologia delle Relazioni Internazionali*, Città del Vaticano 2011.

DEL PONTE, R., «L'asilum di Romolo: da schiavi a cittadini romani», en *Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana* 14, (2016), <http://www.dirittoestoria.it/14/memorie/Del-Ponte-Asylum-Romuli-da-schiavi-a-cittadini.htm> (consultado 02.08.2018).

DI LORENZO, N., «Il principio del superiore interesse del minore nel sistema di protezione del fanciullo all'interno delle relazioni familiari», en *Vecchie e nuove "famiglie" nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, ed. RUGGERI, A., RINOLDI, D., PETRALIA, V., Napoli 2016.

DOBREVA, A., «Protection of EU external borders», en *EU policies-Delivering for citizens* (2019), pp. 1-11.

DRAETTA, U., PARISI, N., *Elementi di diritto dell'Unione Europea* Milano, 2010³.

ESCOBAR VEAS, J., «Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea», en *Journal of Migration and Law* 5.2 (2018), pp. 111-120.

ESPÍN ALBA, I.E., «Nacionalidad, ciudadanía y emigración española: a propósito de las últimas modificaciones legislativas en materia de nacionalidad», en *Derecho privado y Constitución* 24 (2010), pp. 291-332.

FERNÁNDEZ CASTELAO, P., MADRIGAL TERRAZAS, S., MARTÍNEZ OLIVERAS, C., MARTÍNEZ-GAYOL FERNÁNDEZ, N., RODRÍGUEZ PANIZO, P., URÍBARRI BILBAO, G., *La lógica de la fe: Manual de Teología Dogmática*, Universidad Pontificia Comillas 2013⁶.

FERNANDEZ ROZAS, J.C., ÁLVAREZ RODRIGUEZ, A., «Le droit Espagnol de la nationalité», en *Nationality Laws in the European Union. Le droit de la nationalité dans l'Union Européenne* (1996), pp. 207-261.

FERNANDEZ SESSAREGO, C., «Que es ser Persona para el Derecho», en *Derecho PUCP* 54 (2001), pp. 289-333.

FERRAJOLI, «Dalla Carta dei diritti alla formazione di una sfera pubblica europea», en *Sfera pubblica e Costituzione europea*, Roma 2002.

FERRAJOLI, L., «I diritti fondamentali come dimensioni della democrazia costituzionale», en *Ricerche giuridiche* 3/2 (2014), pp. 211-222.

FERRAJOLI, L., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari 2001.

FERRARA, R., MANGANARO, F., ROMANO TASSONE, A., *Codice delle cittadinanze Commentario dei rapporti tra privati ed amministrazioni pubbliche*, Milano 2006.

FERRARI, G., «L'asilo nel diritto internazionale», en *Relazione tenuta all'Università degli Studi di Roma "La Sapienza". Omaggio dell'autore agli studenti universitari iscritti al XIII° Corso Multidisciplinare Unviersitario "Migrazione ed asilo: Unione Europea ed area mediterranea"*, 2005.

FRESNO, J. M., AYALA, V. R., TSOLAKIS, A., «Estrategia Europea 2020 e inclusión social: distanciamiento creciente entre objetivos, políticas e instrumentos», en *Revista de servicios sociales* 51 (2012), pp. 27-47.

FROSINA, L., «La crisi "esistenziale" dell'Unione Europea tra deriva intergovernativa e spinte centrifughe», en *Nomos* 2 (2018), pp. 1-20.

GAJA, G., «Matrimonio e cittadinanza: aspetti costituzionali», en *Giur. Cost.* (1975).

GAMMELOFT-HANSEN, T., *Access to asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge 2011.

GARCÍA Y GARCÍA, A., *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum commentariis glossatorum*, Città del Vaticano 1981.

GEMBILLO, G., *Filosofia e scienze: studi in onore di Girolamo Cotroneo*, Soveria Mannelli 2005.

GIULIANO, M., «La sudditanza degli individui e il suo rilievo nell'ordinamento internazionale», en *Comunicazioni e studi* 7, Milano 1957.

GIUNTI, P., «Il "Best interest of the child". Una conquista del presente in dialogo con il passato», en *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni*, Mantova 2017, pp. 67-76.

GONZALEZ, J.M.L., «Schengen un espacio de libertad, seguridad y justicia», en *Revista de Derecho* 21 (2004), pp. 139-149.

GÓNZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., «La adquisición de la ciudadanía española por parte de los judíos sefardíes tras la aprobación española por parte de la Ley 12/2015» en *Revista latinoamericana de derecho y religión* 2.2 (2016), pp. 1-35.

GUARINO, G., ELIA, L., *Codice costituzionale della Repubblica italiana*, Milano 1974.

GUIRAUDON, V., «The 2015 refugee crisis was not a turning point: explaining policy inertia in EU border control», en *European Political Science* 17 (2018), pp. 151-160.

GUZZETTA, G., MARINI, F. S., *Diritto Pubblico Italiano ed Europeo*, Torino 2018⁴.

HELLER, A., YVARS, J.F., MOYA, A.P., *El hombre del Renacimiento*, Barcelona 1980.

HOBBS, T., *Leviatán, o, La materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Trad. es. SARTO S., Ciudad de México 2017.

IAMMARRONE, L., «"Persona" in Teologia», en *Divus Thomas* 89/90 (1986), pp. 383-400.

JANER TORRENS, J.D., «La cláusula de exención humanitaria y la criminalización de las organizaciones de rescate en el mar», en *Seguridad y fronteras en el mar*, ed. LIROLA DELGADO, I., GARCÍA PEREZ, R., Valencia 2020, p. 214-228.

JUN, M., «Blockchain government - a next form of infrastructure for the twenty-first century», en *Journal of Open Innovation: Technology, Market and Complexity* 4.7 (2018).

KELSEN, H., *Allgemeine Staatslehre*, Verlag Osterreich 1925.

LANG, A., «Sub art. 67 TFUE», en *Trattati dell'Unione Europea*, ed. TIZZANO, A., Milano 2014.

LAPENNA, E., «Rifugiati», en *Enciclopedia Giuridica* 34, ed. TRECCANI, G., Roma 1895.

LAST, T., MIRTO, G., ULUSOY, O., URQUIJO, I., HARTE, J., BAMI, N., PÉREZ, M., MACIAS DELGADO, F., TAPELLA, A., MICHALAKI, A., MICHALITSI, E., LATSODI, E., TSELEPI, N., CHATZIPROKOPIOU, M., SPIJKERBOER, T., «Deaths at the borders database: evidence of deceased migrants bodies found along the southern external borders of the European Union», en *Journal of Ethnic and Migration Studies* (2017), pp. 693-712.

LATORRE, S. A., «Las migraciones, desafío social y eclesial: aportaciones del magisterio», en *Corintios XIII: Revista de teología y pastoral de la caridad* 102 (2002), pp. 211-287.

LAURENZO COPELLO, V.P., «La protección penal de los derechos de los ciudadanos extranjeros», en *Revista de Derecho penal y criminología* 12.

LINACERO DE LA FUENTE, M., «La Nacionalidad: comentario a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de Modificación del Código Civil en materia de nacionalidad», en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Murcia 2004, pp. 2707-2742.

LÓPEZ HRNÁNDEZ-ARDIETA, J., HEPPE, J., CARVAJAL VIÓN, J. F., «STORK: Plataforma europea para la interoperabilidad de identidades electrónicas», en *IEEE Latin America Transactions* 8.2 (2010) pp. 190-193.

MARINI, S., *Dalla Persona Alla...Persona*, Milano 2008.

MARSHALL. T.H., «Citizenship and Social Class», en *Class, Citizenship and Social Development*, ed. MARSHALL. T.H., Chicago 1964.

MARSILI, M., «The protection of human rights and fundamental freedoms at the origins of the European integration process», en *Europea* 5.1 (2018), pp. 191-203.

MARTÍN MARTÍNEZ, M. M., «Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 49, septiembre/diciembre (2014), pp. 764-804.

MARTINES, T., *Diritto costituzionale*, Milano 2010¹².

MARTÍNEZ DE PISÓN, J., «La (NO) política de inmigración y el estado de derecho», en *Inmigración y Ciudadanía*, ed. MARTÍNEZ DE PISÓN, J., GIRÓ, J., Universidad la Rioja 2013, pp. 129-144.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, R.P., «Los instrumentos de gestión de las fronteras exteriores de la Unión Europea ante los flujos migratorios masivos», en *Anuario español de derecho internacional* 32 (2015), pp. 475-502.

MARTINEZ- VAZQUEZ, J., MCNAB, R.M., «Fiscal decentralization and economic growth», en *World development* 31.9 (2003), pp. 1597-1616.

MARZOCCHI, O., La libre circulación de personas. Fichas técnicas sobre la Unión Europea – 2020, en <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/147/la-libre-circulacion-de-personas> (Consultado 02.09.2020).

MASCIA, M. «I Dossier del Centro Diritti Umani» en <https://unipd-centrodirittiumani.it/it/schede/Le-Organizzazioni-nongovernative-ONG/143> (Consultado 02.09.2020).

MASTROMARTINO, F., *Il diritto d'asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, ed. Torino 2012.

MATA, A.C., «El concepto de dignidad humana como fundamento axiológico y ético de los derechos humanos», en *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos* 26.1 (2015), pp. 39-58.

MATTERA, A., «"Civis europaeus sum". La libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini europei e la diretta applicabilità dell'articolo 18 (ex articolo 8A) del trattato CE», en *il Diritto dell'Unione Europea* (1999).

MEIX CERECEDA, P., «La adquisición de la nacionalidad en España», en *Democrazia e Sicurezza-Democracy and Security Review* 4 (2018), pp. 23-70.

MENTXAKA, R., «El derecho de asilo en la Antigüedad clásica, en particular en el Derecho Romano», en *Cristianismo y mundo romano, V Y Vi Ciclos De Conferencias Sobre El Mundo Clásico*, ed. TAMAYO ERRAZQUIN, J. Á., San Sebastián 15, 16 y 17 de Diciembre 2007 y 15, 16 y 18 de Diciembre de 2008.

MICHAEL, K., MICHAEL, M. G., «Schengen Information System II: The balance between civil liberties, security and justice», en *Australia and the new technologies: evidence based policy in public administration* (2008), pp. 247-258.

MITSILEGAS, V., «The Changing Landscape of the Criminalisation of Migration in Europe: the Protective Function of European Union Law», en *Social Control and Justice. Crimmigration in an Age of Fear*, ed. GUIA, M.,

VAN DER WOUDE M., VAN DER LEUN, J., Eleven International Publishing 2012, pp. 87- 114.

MONTANARI, L., «La cittadinanza in Europa: alcune riflessioni sugli sviluppi più recenti», en *Associazione italiana dei costituzionalisti* (2012).

MORESCHINI, C., «Oltre l'Antico La svolta antropologica di Agostino e la definizione boeziana di persona», en *Homo, caput, persona La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, ed. CORBINO, A., HUMBERT, M., NEGRI, G., Pavia 2010, pp. 91-112.

NASCIMBENE, B., «Acquisto e perdita della cittadinanza italiana a seguito di opzione: recenti problemi interpretativi», en *Foro it.* 3 (1986).

NASCIMBENE, B., «Gli accordi di Schengen e i problemi di applicazione in Italia», en *Jus* (1999), pp. 421-428.

NEGUERUELA, C. M., «Menores extranjeros acompañados. La problemática invisible de los niños y niñas migrantes acompañados que llegan a la frontera sur española», en *Revista Crítica Penal y Poder* 18 (2019), pp. 260-266.

NICOLÒ, R., *Istituzioni di diritto privato*, I. *Dispense integrative ad uso degli studenti*, Milano 1962.

NÚÑEZ LADEVÉZE, L., «Comunidad, identidad y derechos humanos», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)* 125 (2004), pp. 227-254.

OCCHIOCUPO, N., *Costituzione e Corte Costituzionale. Percorsi di un rapporto "genetico" dinamico e indissolubile*, Milano 2010.

ORAV, A., D'ALFONSO, A., *Smart Borders: EU Entry/Exit System. EPRS, European Parliamentary Research Service, Member's Research Service* 2016.

ROMANO, S., *Corso di diritto costituzionale*, Padova 1932.

ROSSI, P., *Trattato di diritto penale*, Napoli 1853.

RUNES, D. D. «Ipostasi gr. Hypóstasis», en *Dizionario di Filosofia*, ed. MONDADORI, A., Milano, 1972, Volume primo A-K, p. 477.

SABBARESE, L., «Cura dei migranti tra pastorale della mobilità e mobilità della pastorale», en *Vergentis* 7 (2018), pp. 123-149.

SAN MARTÍN SEGURA, D., «The logic of border governance in the Schengen Area: borders as striation», en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals* 122 (2019), pp. 15-37.

SANCHIS, J., «La pastorale dovuta ai migranti ed agli itineranti (aspetti giuridici fondamentali)», en *Persona y derecho/Fidelium iura* 3 (1993), pp. 451-494.

SAN-JOSÉ-PRISCO, J., «Los emigrantes en la Iglesia particular», en *Ius canonicum* 85 (2003), pp. 135-165.

SANTORO PASSARELLI, F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1974.

SCHERENK, F., «Cittadinanza ed immigrazione», en *Studi sul federalismo*, ed. BOWIE, R., FRIEDRICH, C.J., Milano 1959.

SCHIMMELFENNIG, F., «European integration (theory) in times of crisis. A comparison of the euro and Schengen crises», en *Journal of European Public Policy* 25. 7 (2018), pp. 969-989.

SCHRAMM, L., «Exit from Joint-decision Problems?», en *European Review of International Studies* 7.1 (2020), pp. 2-27.

SERRANO CABALLERO, E., «Protección de los menores extranjeros no acompañados en la Unión Europea», en *Revista de El Colegio de San Luis* 15 (2018), pp. 135-169.

SIDDIQUE, H. M. A., SHEHZADI, I., MANZOOR, M.R., MAJEED, M. T., «Do international migration and remittances reduce poverty in developing countries?», en *MPRA Paper 71246* (2016), pp. 1519-1523.

SINAGRA, A., «La sentenza 1983, n. 30 della Corte costituzionale e la legge 21 aprile 1983 recante disposizione in materia di cittadinanza», en *Giur. cost.* (1983).

SMITH, A. D., *La identidad nacional*, Madrid 1991.

STANISLAO MANCINI, P., «Asilo, Clientela, Ospitalità», en *Enciclopedia Giuridica Italiana* 1.4, ed. VALLARDI, L., 1895.

STROZZI, G., ADINOLFI, A., CANNIZZARO, E., MASTOIANNI, R., PACE, L. F., SBOLCI, L., *Diritto dell'Unione Europea*, Torino 2017⁵.

TALCIANI, H. C., «Concepto Jurídico de Persona-Una Propuesta de Reconstrucción Unitaria» en *Revista Chilena de Derecho* 17 (1990), pp. 301- 321.

TRENDELENBURG, F. A., *Per la storia del termine persona*, Brescia 2015.

UBERTAZZI, G. M., «Due sentenze sulla discriminazione della donna maritata in materia di cittadinanza», en *Foro pad.* (1975).

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., «Comentario al artículo 24 del Código civil», en *Código Civil Comentado. Normas jurídicas, personas, domicilio. Comentarios a los artículos 1 a 41 del Código civil* (2010).

VELASCO, J.C., *El azar de las fronteras. Políticas migratorias, justicia y ciudadanía. Capítulo 3. Inmigración y Ciudadanía/Nacionalidad*, Ciudad de México 2016¹.

VIANA TOMÉ, A., «La sede apostólica y la organización de la asistencia pastoral a los emigrantes», en *Ius canonicum* 43.85 (2003), pp. 87-121.

VIANA, A., «Problemas Canónicos planteados por la instrucción "Erga Migrantes Caritas Christi", 3.V.2004», en *Ius canonicum* 45.89 (2005), pp. 271-292; pp. 274-275.

VILLANI, U., *Istituzione di Diritto dell'Unione Europea*, Bari 2008.

VIÑAS FARRÉ, R., «Evolución del derecho de nacionalidad en España: Continuidad y cambios más importantes», en *Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz* (2009), pp. 275-313.

VIOLA, F., «El estatuto jurídico de la persona en perspectiva histórica», en *Derecho y Cambio Social* 12.40 (2015) p. 1-20.

VON BAR, L., «Teoria e pratica del diritto internazionale privato, vol. I, trad. it. Buzzati», in *Bibl. sc. pol. e amm.* 11, Torino 1986.

VON MARTIZ, *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, Leipzig 1888.

VOSYLIŪTĖ, L., CONTE, C., «Crackdown on NGOs and volunteers helping refugees and other migrants», en *Research social platform on migration and asylum*, pp. 1-51.

WARBURG, B., «Ted Talk. How the blockchain will radically transform the economy», en <https://www.youtube.com/watch?v=RplnSVTzvnU> (Consultado 10.08.2020).

WASSENBERG, B., «The Schengen Crisis and the End of the Myth of "Europe Without Borders"», en *Borders in Globalization Review* 1.2 (2020), pp. 30-39.

WERNER, A. R., «En el ordenamiento jurídico francés cercano al estado di citoyen français existía tradicionalmente, respecto a los nativos de las colonias aquel de sujet français», en *Essai sur la réglementation de la nationalité dans le droit colonial français* (1936).

WIESNET, E., *Pena e retribuzione: La riconciliazione tradita*, Milano 1987.

ZANFRINI, L., *The Challenge of Migration in a Janus-Faced Europe*, Switzerland 2019¹, p. 118.

ZOLO, D., «Libertà, proprietà e uguaglianza nella teoria dei diritti fondamentali», en *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Bari, 2001³.

ZOLO, D., *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari 1999².

ZOLTÁN, B., «Comprensione di persona e concezioni della Trinità nel Medioevo», en *Studia Universitatis Babes-Bolyai- Theologia Catholica Latina* 2 (2007), pp. 37-50.

10.2 JURISPRUDENCIA Y FUENTES

TRIBUNAL E JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

STJUE C-148/02, de 2 de octubre 2003.

STJUE C-370/1227 de noviembre 2012.

STJUE C-364/10, de 16 de octubre de 2012.

STJUE C-86/12, de 10 de octubre de 2013.

GACETA OFICIAL DE LA UNIÓN EUROPEA

G. U. C. E., 19 septiembre 1981, C 241, p. 1 ss.

G. U. C. E., 16 luglio 1982, C 179, p. 1 ss.

GACETA OFICIAL ITALIANA

G.U, n. 38 del 15 de febrero 1992

G.U. n. 191, 18 de agosto de 1998 – Suppl. Ord. N 139

TRATADOS

Tratado de Paz de 10 de septiembre de 1919

Tratado de París de 10 de febrero de 1947

Tratado de Osimo de 10 de noviembre de 1975

Tratado de Lima de 18 de octubre de 1890

Tratado estipulado por la Santa Sede con Italia el 11 de febrero de 1929.

Tratado multilateral promovido por la Organización de las Naciones Unidas, adoptado en Palermo con resolución 55/25 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, firmado por 187 Estados entre el 12 y 15 de diciembre de 2000.

Tratado por el que se establece una Constitución Europea, 2004/C 310/1, 47° año, 16 de diciembre de 2004.

CONVENCIONES Y ACUERDOS

Convención del Aja de 20 de enero. 1930

Convenio de aplicación de 19 de junio de 1990.

Convenio internacional sobre Búsqueda y salvamento Marítimo Internacional (SAR), cap.2.1.10, Hamburgo 1979.

Convención del Niño de 20 de noviembre 1989.

Convención Internacional para la supresión de la Trata de Mujeres y Menores, firmada en Ginebra de 30 de septiembre de 1921

Convención sobre la Esclavitud concluida el 25 de septiembre 1926

Convención de Ginebra de 12 de agosto 1949.

Convención del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos. Varsovia, 16. V.2005.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de diciembre 1990.

Acuerdo internacional para la supresión del tráfico de trata de blancas, concluida en París el 18 de mayo de 1904.

Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985

PROTOCOLOS

Protocolo de Palermo, firmado en Nueva York el 15 de diciembre de 2000, entró en vigor el 28 de enero de 2004.

Protocolo adicional, concluido en Nueva York el 31 de mayo de 2001, entrado en vigor el 1 de febrero 2008.

Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, destinado a abolir la pena de muerte de 15 de diciembre de 1989.

Protocolo número 6 al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales relativo a la abolición de la pena de muerte, de 28 de abril de 1983 en Estrasburgo.

DECLARACIONES

Declaración sobre el Asilo Territorial, adoptada por la Asamblea General en resolución 2312 (XXII), de 14 de diciembre de 1967.

LEYES

Ley de 18 mayo 1973, n. 282

Ley 5 de febrero de 1992, n. 91

Ley n. 108, de 31 de enero de 1926

Ley n. 555, art. 1, n. 1. ee 1912

Ley n. 91 de 5 febrero de 1992.

Ley 1° de diciembre de 2018, n. 132,

Ley 36/2002, de 8 de octubre.

Ley 15/1993, de 23 de diciembre.

Ley 29/1995, de 2 de noviembre.

Ley 52/2007, de 26 de diciembre

Ley 12/2015, de 24 de junio

Ley 36/2002 de octubre de 2002

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero

Ley Orgánica y en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero

DECRETOS LEYES

Decreto legislativo 25 de julio de 1998, n. 286.

REGLAMENTOS

Reglamento (UE) nº 604/203 del Parlamento Europeo y del Consejo, junio 2013.

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº. 767/2008, el Reglamento (CE) nº. 810/2009, el Reglamento (UE) 2017/2226, el Reglamento (UE) 2016/399, el Reglamento XX/2018 [Reglamento sobre interoperabilidad] y la Decisión 2004/512/CE, y se deroga la

Reglamento (UE) 2019/1896 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de noviembre de 2019

Reglamento (UE) 2020/672 Del Consejo de 19 de mayo de 2020.

Reglamento (CE) Nº 767/2008 Del parlamento europeo y del Consejo de 9 de julio de 2008 sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el

intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros.

Reglamento (UE) 2017/2226 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de noviembre de 2017.

Reglamento (UE) 2018/1240 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de septiembre de 2018.

Reglamento (UE) 2018/1806 de 14 de noviembre de 2018.

DIRECTIVAS

Directiva 2002/90 / CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002

Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004

Directiva 2005/85/CE del Consejo, del 1º diciembre de 2005.

Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003

Directiva 2004/84/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004.

Directiva 2008/115/CE de 16 de diciembre de 2008

Directiva 2009/52/CE Del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2009

Directiva 2011/36/UE de 5 de abril de 2011

Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011.

Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, aplicable a partir del 21 de julio de 2015.

Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio 2013, aplicable a partir del 21 julio de 2015.

DECISIONES

Decisión marco del Consejo Europeo 2002/629/JAI, de 19 julio de 2002.

Decisión 2007/533/JAI del Consejo de 12 de junio de 2007

COMUNICACIONES COMISIÓN EUROPEA

COM (2010/261/UE) de 4 de mayo de 2010.

COM (2015) 510 final 14 de octubre de 2015.

COM (2015) 240 final 13 de mayo de 2015.

COM (2015) 285 final 27 de mayo de 2015.

COM (2016) 85 final 10 de febrero de 2016.

COM (2016) 197 final 6 de abril de 2016.

COM (2016) 231 final 20 de abril de 2016.

COM(2017) 129 final 12 de abril de 2017.

COM (2017) 200 final 2 de marzo de 2017.

COM (2017) 558 final 27 de septiembre de 2017.

COM (2018) 301 final 16 de mayo de 2018.

COM (2019) 481 final 16 de octubre de 2019.

COM (2020) 115 final 16 de marzo de 2020.

COM (2020/C 102 I/02) 30 de marzo de 2020.

COM (2020) 148 final 8 de abril de 2020.

COM (2020/C 126/02). 17 de abril de 2020.

COM (2020) 222 final de 8 de mayo de 2020.

COM (2020) 440 final 27 de mayo de 2020.

COM(2015) 240 final 13 de mayo de 2015.

COM(2020) 399 final 11 de junio de 2020.

10.3 SITOGRAFÍA

<https://www.blockcerts.org>

<https://chromaway.com/solutions>

<https://infrachain.com/#repository>