

REFUGIADOS Y MIGRANTES ANTE LA LEY

ENTRE LA DISCRIMINACIÓN Y LA ARBITRARIEDAD



CHRISTIAN ARÁN PARRA

niub: 16699723

Tutor del treball:

Dr. HÉCTOR CLAUDIO SILVEIRA GORSKI

Màster en Ciutadania i Drets Humans, Universitat de Barcelona

Treball de Fi de Màster (TFM)

Novembre de 2020



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Sumario

1. Introducción.....	2
1.1. Objetivos.....	5
1.2. Metodología.....	5
1.3. Conceptualización previa.....	7
2. Proceso migratorio y sus figuras.....	11
2.1. Proceso migratorio.....	11
2.2. Devolución.....	16
2.3. Ilegalidad/Clandestinidad.....	20
3. Refugiados y migrantes ante la ley.....	24
3.1. Comparación categórica.....	24
3.1.1. Refugiado.....	24
3.1.2. Migrante.....	26
3.2. Voluntariedad del desplazamiento.....	30
3.3. Acceso y Derechos: diagnóstico.....	35
4. ¿Somos todos refugiados? Hacía una migración libre, igual y digna.....	40
4.1. Por la total protección de todos.....	40
4.2. Armonización legislativa.....	47
4.3. Refugiados y Migrantes desde una nueva óptica.....	48
4.3.1. Refugiado.....	48
4.3.2. Migrante.....	50
4.4. Respeto del <i>ius Migrandi</i>	53
5. Conclusiones.....	55
Bibliografía.....	57

1. Introducción

Las migraciones han sido, tradicionalmente, un proceso demográfico natural en todas las regiones del planeta durante todos los momentos históricos. Sin embargo, el fin del siglo XX, y el consecuente inicio del siglo XXI, ha comportado el principio de una tendencia, que se incrementará a lo largo de las próximas décadas, consistente en un fenómeno migratorio masivo que, día tras día, golpea las puertas de los Estados Europeos y la América del Norte.

En esta línea RUBIO LLORENTE augura que la inmigración en masa será uno de los grandes retos al que los Estados contemporáneos tendrán que hacer frente durante el próximo siglo, pues en la actualidad la Unión Europea roza los 15 millones de inmigrantes (legales e ilegales), ha superado el millón de refugiados y se prevé un alza en esta tendencia.

Esta dinámica responde a una pluralidad de motivos, que van desde los conflictos armados hasta la violencia pasando por las desigualdades o la pobreza, y tiene un carácter mixto, pues desde un mismo origen, mediante un mismo medio y con un mismo destino se agrupan diferentes tipos de desplazados. Es decir, por los mismos motivos, en la misma patera o mediante los mismos traficantes, desde el mismo país de origen y con el mismo país de destino, convergen un refugiado, un migrante económico y un refugiado ambiental.

Pero no fue hasta el verano de 2015 cuando la población europea parece despertó de su letargo y tras retirarse las legañas, con una dosis de realidad, fue consciente de la situación que se vivía más allá de sus cómodas fronteras con pulsera de “todo incluido”. La “crisis de los refugiados” acaparó entonces todas las pantallas, todos los escaparates y, en definitiva, toda la atención mediática con unos titulares, imágenes, videos o artículos que relataban una realidad, ya denunciada con anterioridad en pequeños medios o círculos, que, al parecer, sólo la gran pantalla puede configurar como gran e importante problema. Fue en ese momento en el que nuestra adormecida población parece miró hacia abajo y pudo presenciar las consecuencias que, desde hacía años, acontecían en países como Siria o Irak.

En ese año, en 2015, según datos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA), Eurostat, Frontex o los distintos informes nacionales, Europa recibió, aproximadamente, un millón de migrantes. Pero, además, hay que puntualizar que, según datos de ACNUR, el 84% de estos desplazados (840.000 personas) provienen únicamente de diez países y el 50%, también de estos desplazados, (500.000 personas) provienen exclusivamente de Siria.

Según los datos de ACNUR, en su informe “Desplazamiento forzado en 2015. Forzados a huir”, a finales de 2015 unos 65,3 millones de personas/minuto se veía forzadas a huir, siendo Siria (con 4,9M de personas), Afganistán (con 2,7M de personas) y Somalia (con 1,1M de personas) los países que más refugiados expulsan. 2,2 millones de personas solicitaron asilo en países desarrollados en el 2015 (pese a las múltiples limitaciones al acceso a los sistemas de asilo, la construcción y/o fortificación de vallas y la implantación de fuertes controles en los puestos fronterizos), frente a los 13,9 millones de refugiados que albergan los países en vías de desarrollo.

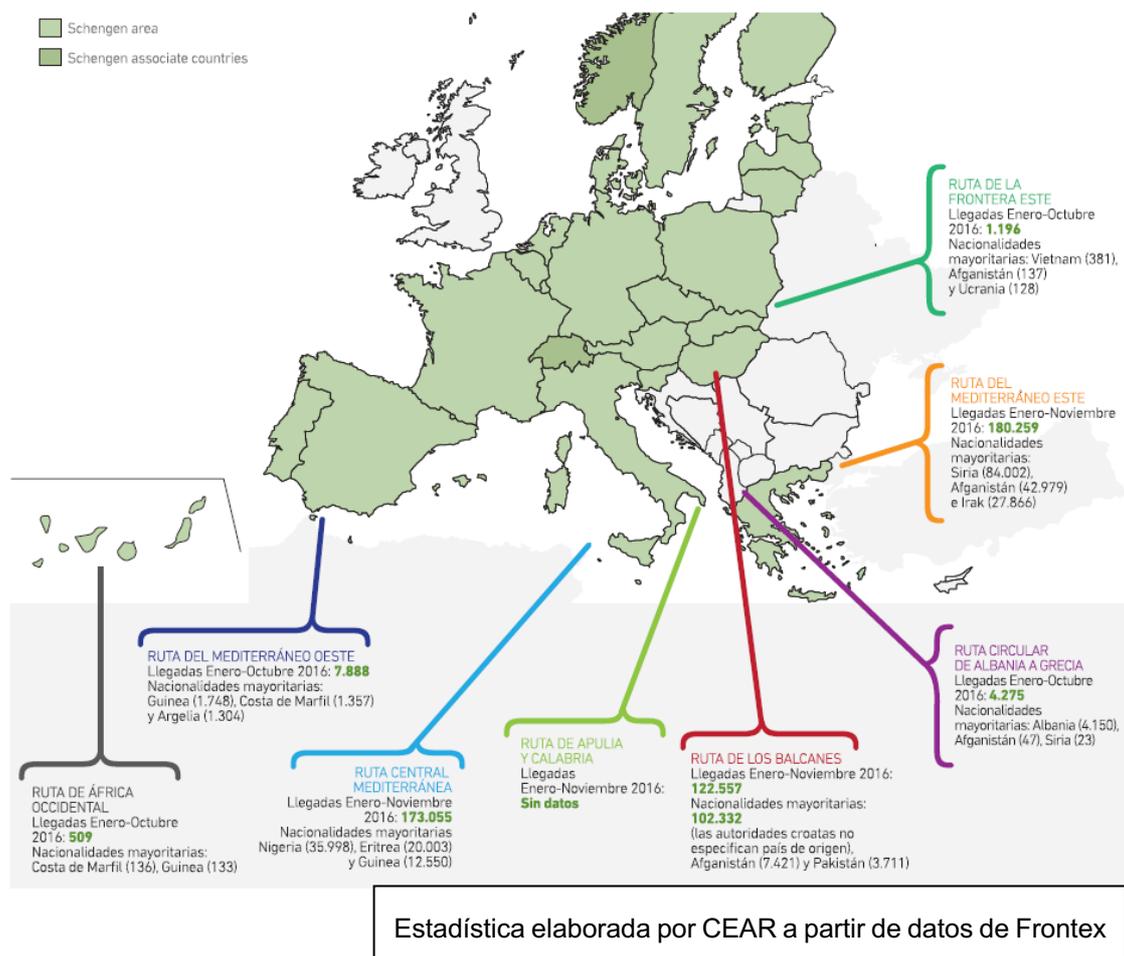
A lo largo de 2016 alrededor de 339.783 personas, según datos de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), llegaron por vía marítima a Europa. Y más 5079 personas en el Mar Mediterráneo.

Tanto la Ruta de África Occidental (con origen en países africanos como Senegal, Mauritania o Marruecos; destino las Islas Canarias de España; y 875 desplazados en 2015) como la Ruta del Mediterráneo Oeste (con origen en países como Marruecos y Argelia, pero ahora también Mali, Sudán, Camerún o Nigeria; destino España mediante tierra [Ceuta y Melilla] o mar [costas andaluzas]; y 7.888 desplazados en 2016) han sufrido un gran descenso de los desplazamientos (de 39.180 personas en 2006 a 875 personas en 2015 en el caso de la Ruta de África Occidental) a causa de los acuerdos bilaterales entre España y Mauritania y Senegal, el refuerzo de la vigilancia fronteriza marítima por parte de Frontex y el refuerzo y las devoluciones en caliente en la frontera terrestre por parte de las autoridades españolas. La supuesta victoria que algunos vitorean es, en realidad, una victoria a medias o una estrepitosa derrota; pues la realidad es que los desplazamientos hacia Europa no han hecho más que aumentar, pero estos, valga la redundancia, se han desplazado a otras rutas como la Ruta del Mediterráneo Este, que en 2015, con 885.386 personas, vio aumentar su flujo 17 veces más que en el anterior año, o la Ruta Central Mediterránea, la más peligrosa y mortal de todo el mundo, que fue utilizada por más de 173.055 personas en el año 2016.

Barry Malone, periodista del canal catari Al Jazeera, fue uno de los primeros que dejó de emplear la palabra “migrantes” a la hora de describir las personas que se veían forzadas a abandonar sus países huyendo de la guerra. No podemos hablar de crisis migratoria, ni de movimientos migratorios, puesto que estaríamos suponiendo la voluntariedad de los desplazamientos. Hablar de migrantes es incorrecto también, es un término que sólo sirve para deshumanizar al desplazado atribuyéndole una categoría jurídica distinta de la de “hombre” o “ciudadano” y desposeerle, así, de cualquier derecho.

Se trata de términos abstractos que convierten en anónimo e indefinidos estos acontecimientos, alejándolos de nuestros ámbitos y otorgándoles un carácter irrelevante. Hacer referencia a algo conocido (inmigrante) y añadirle un adjetivo (ilegal) permite una ágil interpretación en la comunicación que deja el análisis de las causas y los efectos para otro momento (debido, también, a la velocidad de los acontecimientos).

Los Estados Europeos, en definitiva, llevan pasándose el problema unos a otros ¹ durante años sin intentar, siquiera, dar una solución útil, justa e igual a largo plazo y optando, a su vez, por distintas políticas, a modo de parche, para intentar retrasar, en vano, el devenir de los acontecimientos.



¹ Véase, por ejemplo, como España ha pasado gran parte de su presión migratoria a países como Italia o Grecia, mediante el refuerzo de sus fronteras y los diferentes tratados bilaterales con distintos países africanos, o como estos mismos países, Italia y Grecia, con la colaboración necesaria de la Unión Europea, han intentado liberar parte de su presión migratoria hacia Turquía con el cierre de la Ruta de los Balcanes y el acuerdo económico entre la UE y Turquía para la asimilación de esta migración por parte de Turquía a cambio de privilegios para sus ciudadanos y una importante contrapartida económica.

1.1. Objetivos

La diferenciación primera que divide al migrante entre “refugiado” y “migrante económico” es arbitraria y produce, de facto, discriminación. Esta es la tesis del presente trabajo, pues tiene como propósito demostrar, no sólo que dicha diferenciación es arbitraria y discriminatoria, sino que se trata, en realidad, de refugiados enfrentándose a un caduco, por encontrarse desactualizado, e ineficaz, por no pretender el fin pretendido (proteger a aquellos que migran forzosamente) sistema de protección impropio del siglo XXI y de los retos que este presenta.

Ante este insólito panorama, se analizará el proceso migratorio atendiendo a la normativa europea al respecto, cuando proceda, y las leyes españolas cuando esta normativa europea fije, como suele hacer, las líneas generales que los países deben desarrollar. De este se podrá comprobar cuál es el destino de cada colectivo en este sistema (ampliamente compartido por la gran mayoría de países occidentales receptores de migración), la categoría jurídica o término adjudicado y la posición que dicha categoría o término concede dentro del país, es decir, sus derechos y obligaciones. De este análisis veremos que la primera división o diferenciación es aquella que, de la categoría principal de desplazado, clasifica entre refugiado y migrante económico. Esta primera fragmentación hace necesario un análisis de ambas categorías para comprobar cuál es la respuesta dada y, como consecuencia, cuál es la configuración jurídica de la categoría jurídica del refugiado y del término migrante económico.

De este análisis se extraerá la configuración de un paquete de medidas a corto y medio plazo para dar una eficaz respuesta a la situación que ya desborda nuestras fronteras, y, una reformulación, y efectivo respeto, del *ius migrandi* como medida a largo plazo destinada a la construcción de un nuevo sistema universal de migración bajo los valores de libertad, igualdad y dignidad

1.2. Metodología

La ley posee una triple dimensión que la hace subdividirse en un primer desarrollo legislativo, una segunda concreción jurisprudencial y una tercera aplicación material que en algunos casos precede a la concreción jurisprudencial y en otros la sucede. Hablamos de ley desde esta triple dimensión que debe ir actualizándose al contexto de su aplicación mediante la posibilidad de modificar la ley, a manos del poder legislativo, para adecuarla al nuevo contexto, y/o, la posibilidad de realizar nuevas interpretaciones, a manos del poder judicial, del texto legal ya existente en aras de dar cobertura a nuevas problemáticas a las que la norma puede, todavía, dar respuesta.

La metodología, sin perjuicio de la introducción de cifras o estadísticas, se traduce en un análisis cualitativo de la ley, desde la triple visión mencionada, a fin de concretar cuál es el actual sistema migratorio y en que supuestos del mismo encontramos discriminación y/o arbitrariedad ². Del análisis de las fallas existentes en el sistema migratorio y de las figuras que este desarrolla, se desprende una diferenciación primera que distingue entre refugiado, cuando su desplazamiento es catalogado de forzoso, y migrante económico, cuando su desplazamiento es catalogado de voluntario.

Tras el breve análisis de las problemáticas figuras de la devolución (apartado 2.2) y la ilegalidad/ clandestinidad (apartado 2.3), que serán de vital importancia para la contextualización de la problemática a abordar, nos introduciremos en el análisis de las dos figuras mencionadas: refugiado y migrante económico (apartado 3). Habrá una pequeña concreción indiciaria que nos ayudará a una posterior comparación categórica en aras de descubrir cuáles son las verdaderas diferencias materiales de estas figuras, que derechos y obligaciones comportan cada una de ellas y si esta diferenciación es un mero arbitrio discriminatorio.

De esa comparación categórica extraeremos los principales problemas, errores de aplicación y discriminaciones y arbitrios del actual sistema que disgrega entre refugiado y migrante económico para, previa explicación de las medidas llevadas a cabo en los últimos años para solventar la crisis migratoria en la Unión Europea (apartado 4.1), lanzar dos paquetes de medidas, uno a corto y medio plazo y otro a largo plazo, para intentar dar una eficaz respuesta a la mencionada problemática (apartados 4.2, 4.3 y 4.4).

El primer paquete de medidas, llamado a corto y medio plazo, supone una primera asistencia facultativa para dar una respuesta inmediata al éxodo migratorio que agrupa tanto a migrantes económicos como a refugiados. Entre las medidas de este apartado se encuentran la aplicación de la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001 sobre la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas; la impulsión de un nuevo tratado internacional sobre el estatuto de los refugiados que actualice y contextualice la ya caduca Convención de Ginebra de 1951; o la creación de un Pacto Mundial por la Migración acorde con los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030.

² En los términos en que se describirán en el apartado 1.3: discriminación directa/indirecta y legal/ilegal (“cualquier daño en los derechos y libertades de un sujeto que tiene como consecuencia la imposibilidad de disfrutar de los mismos, en condiciones de igualdad por una decisión injustificada y basada en sus meras condiciones o contexto subjetivo”), y, arbitrariedad legal/ilegal (decisión que, pese a legal, se fundamente en un mero capricho o voluntad que ataca, directamente, contra las más altas normas de nuestro ordenamiento jurídico, los principios y derechos vigentes en las mismas y el interés general).

El segundo paquete de medidas, llamado a largo plazo, no es más que el verdadero respeto y protección del *ius migrandi* contenido en el art. 13 DUDH³, es decir, cumplir, en definitiva, el compromiso adoptado por la Comunidad Internacional en el apartado 12 de la Declaración de Nueva York:

“Estamos decididos a abordar las causas profundas de los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, entre otros medios intensificando las gestiones para prevenir las situaciones de crisis en las etapas iniciales, sobre la base de la diplomacia preventiva. También haremos frente a esas causas mediante la prevención y la solución pacífica de los conflictos, una mayor coordinación de las actividades de asistencia humanitaria, desarrollo y consolidación de la paz, la promoción del estado de derecho en los planos nacional e internacional y la protección de los derechos humanos. De manera análoga, nos ocuparemos de los desplazamientos causados por la pobreza, la inestabilidad, la marginación y la exclusión y la falta de oportunidades económicas y de desarrollo, prestando especial atención a las poblaciones más vulnerables. Trabajaremos con los países de origen para reforzar su capacidad.”

1.3. Conceptualización previa

Si el presente trabajo pretende analizar en que supuestos del proceso migratorio se produce discriminación y/o arbitrariedad debemos, entonces, definir que debemos entender por discriminación y arbitrariedad.

Amnistía Internacional cataloga la discriminación como el mayor ataque al significado mismo del ser humano, pues esta consiste en dañar los derechos de alguien por sus meras condiciones o contexto subjetivo, es decir, “por ser quien es o por creer en lo que cree”⁴. Todos tenemos, por mandato de normas como el art. 14 CE o el art. 1 DUDH, derecho a ser tratados por igual, con independencia de cuestiones como el sexo, género, raza, etnia, nacionalidad, religión, clase, casta, lengua, orientación sexual, identidad de género, edad o cualesquiera otras condiciones subjetivas. En consecuencia, se da discriminación cuando una persona no puede disfrutar de sus derechos, en condiciones de igualdad, debido a una injustificada distinción que, mediante ley o práctica, se da por quien o cuál el contexto/condiciones subjetivas de la persona.

³ Artículo 13 Declaración Universal de Derechos Humanos:

1. “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”.
2. “Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.

⁴ Definición de “discriminación” extraída de Amnistía Internacional

La discriminación, como es bien sabido, puede adoptar diversas formas:

1. Puede ser discriminación directa cuando existe una explícita y directa distinción entre grupos o personas ⁵.
2. Sutilmente puede desarrollarse una discriminación indirecta cuando, de iure, una ley o una práctica se presenta en términos neutrales, pero, de facto, perjudica a un grupo o grupos específico de personas ⁶.

Así se desprende de la doctrina, pues la STC 3/2007, de 15 de enero (al igual que otras como la STEDH, ass. García Mateo c. España, de 19 de febrero de 2013) establece la peligrosidad de todas aquellas discriminaciones directas que, bajo el manto de la imparcialidad, crean, de facto, una situación de discriminación basada en una condición subjetiva del sujeto vulnerado.

En un caso como el planteado aquí (la discriminación en la reducción de jornada solicitada por una mujer) el Tribunal Constitucional apunta a que basta con que exista una norma, aplicación de una norma o interpretación judicial que produzca efectos desfavorables para un grupo concreto, para que podamos hablar de una discriminación indirecta si la voluntad inicial de esta norma, aplicación o interpretación no fue discriminar. Una interpretación restrictiva (la del Estatuto de los Trabajadores en el caso que nos ocupa) produce discriminación indirecta si “la denegación de solicitudes como la aquí enjuiciada constituye un grave obstáculo para la preservación de un bienpreciado como es la permanencia en el mercado laboral que afecta de hecho a las mujeres, perpetuándose así la situación de discriminación de las mujeres en el ámbito social y laboral” (FJ5).

La arbitrariedad puede, y debe, ser definida como aquel “acto dictado solo por la voluntad o el capricho” ⁷ y contrario, en consecuencia, a la justicia, la razón o las leyes. Jurídicamente encontramos una concreción, a tan abstracta definición, en el Auto 132/2006 de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa: “cuando de forma patente y clamorosa se desborda la legalidad o si existe patente y abierta contradicción con el ordenamiento jurídico y desprecio por los intereses generales”; parece, entonces, requisito indispensable el previo conocimiento de la ilegalidad o contrariedad a los intereses generales de quien comete el acto arbitrario, así como el dolo en su actuación.

⁵ Véase, por ejemplo, una hipotética ley que exigiera cierto nivel educativo como condición indispensable para poder ejercer el derecho al voto de las mujeres, y no los hombres.

⁶ Véase, por ejemplo, una hipotética ley que exigiera a todas las personas un cierto nivel educativo para ejercer su derecho al voto sin tener en cuenta aquellos grupos con menos probabilidades de haber alcanzado dicho nivel educativo.

⁷ Definición de “arbitrariedad” extraída de la Real Academia Española (RAE)

Pero los supuestos que aquí analizaremos no incurren (salvo alguna excepción como las devoluciones en caliente y sus variantes) en vulneraciones de la legalidad por parte de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado o las administraciones competentes, pues su actuación se mueve entre los delgados márgenes legales establecidos por el legislador, sino que la arbitrariedad se encuentra legalizada y dichas autoridades son meros brazos ejecutores de un sistema o *modus operandi* fundamentado en el arbitrio.

El problema, entonces, se encuentra en las propias normas y el *fumus comissi delicti* que estas esconden a consecuencia de los criterios y objetivos de un sistema basado en el propio arbitrio. Así, autores como SILVEIRA confeccionan esta práctica, llamada *legalarbitrariedad*, como “el mecanismo que se forma en el subsistema jurídico de extranjería [...] con el fin de llevar a cabo los procedimientos de expulsión de personas inmigrantes” (SILVEIRA, 2017: 38) y que tiene como consecuencia “los Estados expulsores cumplirían, en primer momento, con las exigencias del Estado de derecho para ejecutar medidas de expulsión. Sin embargo, esto no es más que una apariencia, ya que de facto estos derechos tienen una incidencia muy pequeña y, en la mayoría de los casos de expulsión, son ineficaces para los inmigrantes” (SILVEIRA, 2017: 53)

Arbitrariedad y discriminación existen, como hemos apuntado y veremos, en su vertiente legal, pues la justicia, o una determinada concepción de la justicia, no es *conditio sine qua non* para la legalidad de una norma (principio de legalidad). Así, entendemos que no toda norma es, por legal, justa y no toda la justicia se encuentra contenida en normas; caben, por tanto, normas injustas y justicias no normativizadas.

Esta tesis de la separación (separación entre derecho y moral) es defendida por FERRAJOLI bajo el enunciado “El derecho, afirma, no es (derivable de) lo que es (considerado) justo, o sea, conforme a una determinada moral, cultura o religión, sino que consiste [...] en el conjunto de todas y solo las normas producidas por quien está habilitado por el derecho mismo para producirlas” (FERRAJOLI, 2019: 53). Legalidad y justicia son, en definitiva, exámenes que debemos hacer por separado. Encontramos, en consecuencia, una arbitrariedad legalizada, pues parece haberse instaurado como uno de los principales y más importantes principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico en materia de migraciones.

Deberemos entender, en consecuencia, como arbitraria aquella decisión que, pese a legal, se fundamente en un mero capricho o voluntad que atenta, directamente, contra las más altas normas de nuestro ordenamiento jurídico (Constitución y Tratados Internacionales), principios y derechos vigentes en las mismas (tales como el derecho a la libertad, el derecho a la igualdad o el derecho a la dignidad) y el interés general ⁸. Y discriminación como cualquier daño a los derechos y libertades de un sujeto a fin de imposibilitar el disfrute de estos, en condiciones de igualdad, por una decisión injustificada y basada en sus condiciones o contexto subjetivo; esta, además, puede ser directa o indirecta según la voluntad primera de la norma, aplicación o interpretación, y, legal o ilegal según si, basándonos en la tesis de la separación, ha sido o no denunciada en los tribunales garantes pertinentes.

Así, la arbitrariedad juega el mismo papel, o corre la misma suerte, que la discriminación desde hace milenios, pues su legalidad, previa positivización, sólo juega una suerte de engaño o ficción para tan simples concepciones de nuestros sistemas ético-normativos. La legalidad de estos fenómenos (discriminación y arbitrariedad) no es más que la clandestinidad de lo injusto, que, con nocturnidad y alevosía, pone en jaque, día tras día, nuestros frágiles sistemas de derechos y libertades. Nos enfrentamos, en conclusión, a males camuflados con ropajes de legalidad, justicia e imparcialidad; pero estos no son más que disfraces tendentes a ocultar las verdaderas voluntades de estas decisiones: perpetuar un sistema de derechos basado en la discriminación y la arbitrariedad entre iguales.

⁸ Buen ejemplo de actuación arbitraria, pero legal, es, como veremos en el apartado 2.2, la legalización de las “devoluciones en caliente” mediante la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana y la enmienda introducida, por la mencionada ley, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

2. Proceso migratorio y sus figuras

2.1. Proceso migratorio

El fin del siglo XX, y el consecuente inicio del siglo XXI, ha comportado el principio de una tendencia que, indudablemente, se incrementará a lo largo de las próximas décadas. Esta tendencia consiste en un fenómeno migratorio que, por su dimensión masiva y las negligentes respuestas dadas, supondrá, y de hecho hoy ya supone, uno de los principales retos de la era contemporánea. En la actualidad, la Unión Europea roza los 15 millones de inmigrantes (legales e ilegales) y existe una clara tendencia alcista que, en la práctica, se traduce en el hacinamiento de miles de inmigrantes a las puertas de Europa y Norteamérica.

La asimétrica configuración actual del *ius migrandi* (basado en el lugar de nacimiento y traducido en la mayor o menor posibilidad de emigrar según el pasaporte) se explica mediante un proceso de liberalización europeo en mercancías y capitales, pero no en personas. No se respeta, mediante esta articulación del *ius migrandi*, el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1949⁹ cuando, de iure, se instaura y positiviza el derecho a emigrar de toda persona, pero, de facto, se condiciona su ejercicio a arbitrarios criterios y requisitos que responden únicamente a necesidades económicas.

El derecho a emigrar es hoy, para millones de personas, la única alternativa de vida y, pese a ello, el actual sistema migratorio (que no distingue, en la práctica, refugiados de migrantes) supone un largo recorrido, con innumerables trabas y dificultades, que todo migrante¹⁰ deberá realizar si desea poder ejercer su derecho a migrar. Este sistema tiene, por estar todavía hoy vigente, hasta cuatro fases o trabas para alcanzar la meta final que, de un lado, puede ser la obtención de la nacionalidad, y, de otro, la expulsión y sus semblantes (denegación, devolución, ilegalidad, clandestinidad).

En primer lugar, se condiciona y categoriza la entrada del migrante en función de la voluntariedad de su desplazamiento: si este es forzado, a causa de un conflicto armado o grave situación política en el país de origen, será beneficiario de asilo en condición de refugiado; pero si el desplazamiento se considera voluntario, cualesquiera causas, se le obligará a pasar por el cauce migratorio ordinario y legal.

⁹ Artículo 13 Declaración Universal de Derechos Humanos (véase nº3)

¹⁰ Empleando para esta explicación, y a falta de procesos migratorios concretos para cada categoría jurídica, el término "migrante" como categoría general que engloba a aquel "que migra" (definición de la RAE), esto es, aquel "que se traslada desde el lugar en que habita a otro diferente". Una suerte de definición general con la que designaremos a todo aquel que, en resumidas cuentas, se desplaza de un lugar a otro sin atender a sus motivaciones.

He aquí la primera fase y con ella la primera traba que causa arbitrariedad, en primer lugar, y discriminación, en segundo; no se cuestiona, por mucho que así se diga en los diferentes textos nacionales e internacionales, la voluntariedad del desplazamiento, pues de ser así se consideraría refugiado a todo aquel que se haya visto forzado a emigrar por causas económicas o ambientales. Lo que se cuestiona, entonces, es si la forzosidad del desplazamiento se debe a alguno de los motivos tasados en la legislación. Si el desplazamiento no se ha producido por conflictos bélicos o persecución de ideas (motivos que deberán ser probados con posterioridad), en términos generales, se obligará al migrante a solicitar residencia por el cauce legal previsto en la legislación migratoria del país en cuestión y se le etiquetará de “migrante económico”.

Arbitrario por caprichoso y discriminatorio por la posición más perjudicial en la que deja al migrante económico, pues si tu país se encuentra en guerra, y como consecuencia te has visto forzado a huir, se te concederá, en la mayoría de casos y pese a las enormes dificultades que después se plantearán, la condición de refugiado; pero si tu país ha sido devastado por un desastre natural como un tsunami o huracán, o simplemente la pobreza existente en tu tierra es tal que te impide asegurar el sustento para ti y los tuyos, serás catalogado como migrante económico y denegado, en el mejor de los casos, o interceptado y devuelto, en el peor. Esta arbitraria, pese a legal, decisión primera produce, de facto, una indeseable discriminación segunda, pues, de facto, el refugiado será aceptado y protegido mientras el migrante económico rechazado y desposeído de derechos.

Se trata del mismo supuesto, pues ambos huyen de indeseables situaciones que les impiden asegurar su futuro y el de su familia, pero el trato es diferente, y discriminatorio en consecuencia, por una decisión/clasificación primera que sólo atiende al mero capricho injustificable de un legislador totalmente ignorante de los principios básicos que deben regir nuestro sistema.

Con todo, y siguiendo el cauce legal, los migrantes no-refugiados (migrantes económicos, ambientales y de cualquier otro tipo) entrarán en la segunda fase del proceso. En esta, para obtener el correspondiente visado y permiso de residencia, se atenderá a arbitrarios requisitos, con un intencionado sesgo económico y de procedencia, para la otorgación de visado (para entrar) y permiso de residencia (para residir) a cierto tipo de ciudadanos extranjeros.

Llegamos entonces a la segunda traba, consistente en el sesgo económico y de procedencia que esta fase supone. En el momento de decidir entre otorgar el permiso de residencia o denegarlo, se atenderá a la motivación del desplazamiento y la procedencia del desplazado; si esta es la inversión de capitales, y además su origen no supone un problema para el país, se le concederá un permiso de residencia para que el migrante pueda residir en el país y más tarde decidir entre quedarse, legal (mediante la nacionalización) o ilegalmente (mediante la estancia ilegal una vez el permiso caducó), o marcharse. En el caso de que su desplazamiento tenga como finalidad la aportación de mano de obra, cualificada o no, se atenderá a unas necesidades laborales marcadas por criterios económicos. Si en ese momento el país precisa mano de obra se concederá un permiso de residencia (con la misma articulación explicada con anterioridad), pero si no es así se denegará y empujará al inmigrante al cauce ilegal.

Los ciudadanos extranjeros que deseen entrar y residir en España deben haber sido previamente autorizados mediante la expedición de un permiso de residencia temporal (residir por un periodo comprendido entre los 90 días y los 5 años, pero no trabajar pues ha de acreditarse tener los medios necesarios para sustentarse) o de larga duración (residir y trabajar indefinidamente con las mismas condiciones que los españoles). Se deberá obtener, tras la autorización, el visado correspondiente que permita la entrada en España, desde un puesto fronterizo habilitado para ello. Vemos, entonces, cuán difícil es, para una persona que viaja con no más pertenencia que su fuerza de trabajo, obtener un visado y un permiso de residencia con tan difíciles condiciones y requisitos y tan altas tasas para ello.

Discriminatoria esta medida, pues, atendiendo a las egoístas demandas económicas de un feroz mercado laboral, sólo se permitirá la entrada de aquel que pretenda aportar algo más que su mera fuerza de trabajo (el país ya está lleno de estos) y se segregará, entonces, por la procedencia del solicitante y la capacidad económica de este ¹¹. Es indiferente, a su vez, que ambos provengan del mismo país, ya que dependerá, en segunda instancia, de la capacidad económica que este tenga para sustentarse, en primer término, e invertir, en segundo. En consecuencia, no todos se encuentran en la privilegiada situación de pagar las debidas tasas y cumplir los requisitos establecidos.

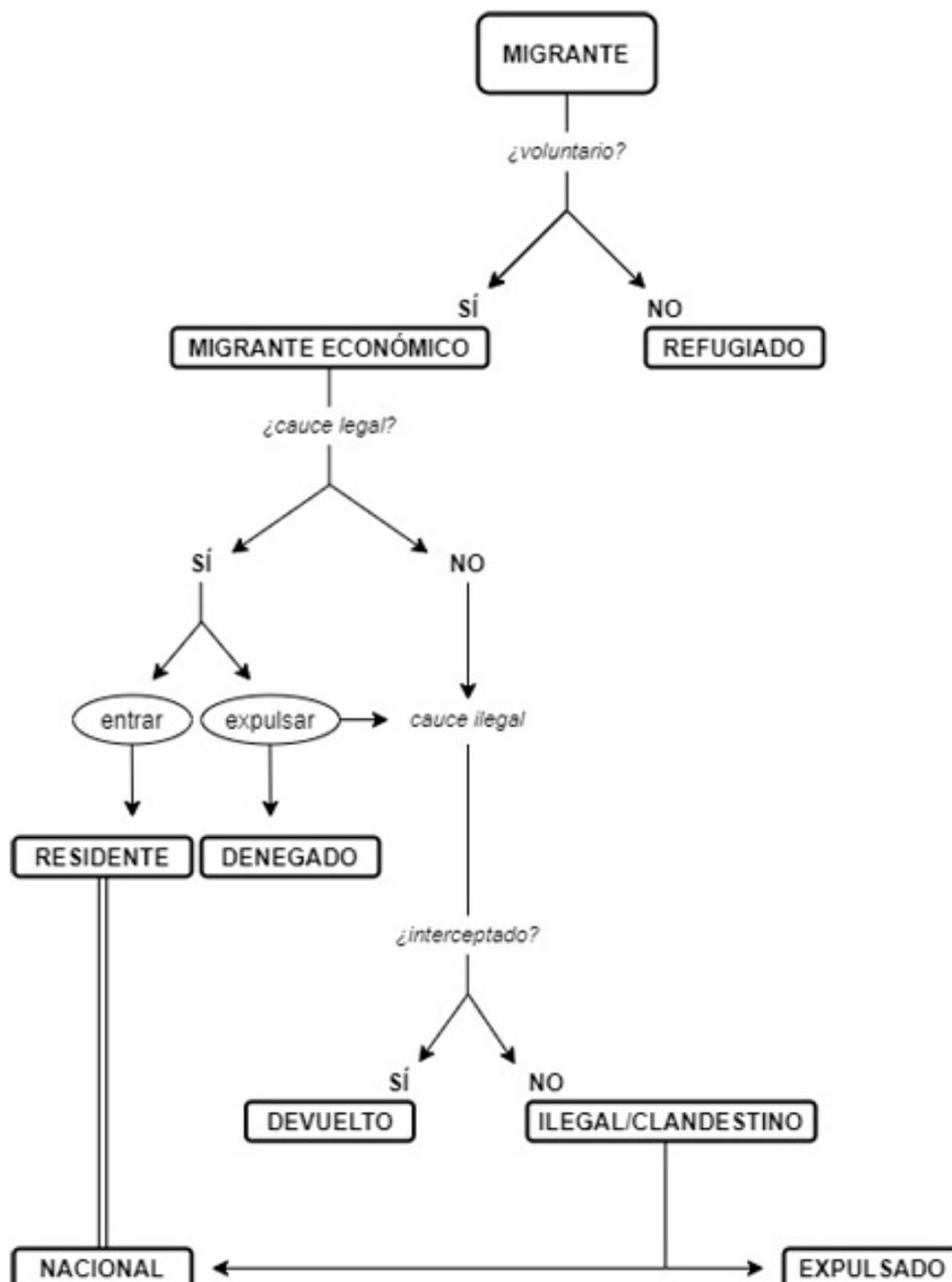
¹¹ Un ciudadano proveniente de Emiratos Árabes Unidos tendrá mayores facilidades para acceder a dicho visado y permiso de residencia que un ciudadano proveniente de Marruecos, no sólo por su capacidad económica sino por su procedencia y como esta le faculta para tener la oportunidad de ostentar dicha capacidad económica (las oportunidades no son iguales en un país pobre que en un país rico).

Con la denegación se abre una tercera fase en la que el ciudadano extranjero deberá decidir entre aceptar la denegación y volver a su país de origen, o, persistir en su entrada al país por el cauce ilegal. De tomar la segunda de las opciones, la entrada ilegal en el país, acaecerán dos posibles situaciones (con independencia del modo en el que devino ilegal, pues, por economía procesal y notorio conocimiento, no se entrará a definir los distintos tipos de entradas ilegales que se pueden dar): su devolución si fue interceptado en la frontera o la ilegalidad/clandestinidad de su estancia si consiguió entrar. De conseguir entrar al país se convertirá en un inmigrante ilegal, una persona sin derechos dada su invisibilidad ante la ley, que, más tarde y entrando en la cuarta fase, podrá ser expulsado si las autoridades nacionales se percatan de la ilegalidad de su estancia o conseguir la nacionalidad, por ende la ciudadanía, tras un complejo proceso lleno de trámites.

Discriminatorio, como mayormente se explicará en el apartado 2.3, por colocar a este inmigrante en una condición peor, en cuanto a derechos y libertades, que al inmigrante legal. Ambos, en esencia, son el mismo ser, pues ambos son movidos, normalmente, por las mismas premisas y pretensiones (escasez de oportunidades en sus países de origen y búsqueda de nuevas en otros países), pero, en base a los criterios económicos y de procedencia de la segunda fase, unos ostentan el pleno catálogo de derechos y libertades, aunque no al nivel de los nacionales, de nuestra Constitución, mientras que otros son empujados a una ilegalidad que les desposee de todo derecho, libertad u oportunidad. Confeccionándose, así, una triple categoría de ciudadanía: ciudadano (nacional), semi-ciudadano (inmigrante legal) y clandestino (inmigrante ilegal).

Esta es, en términos generales, la biopolítica migratoria que nuestras supuestas democracias ejercen y las cuatro únicas respuestas que sabe dar: 1) la residencia, y quizá posterior nacionalidad (si ha obtenido el permiso de residencia por el cauce legal, ha obtenido la residencia/nacionalidad pese a encontrarse en el país de forma irregular o ha obtenido la condición de refugiado gracias a la forzosidad de su desplazamiento por motivos bélicos y/o ideológicos); 2) la denegación del permiso de residencia (si no se cumple con los arbitrarios requisitos para la entrada legal al país); 3) la devolución (si, siéndole imposible obtener la residencia por el cauce legal, el migrante decide acceder al país de manera ilegal y es interceptado en la frontera); y, 4) la expulsión (si, habiendo conseguido entrar y permanecer en el país de manera ilegal, las autoridades nacionales se percatan de dicha ilegalidad).

La devolución y la ilegalidad/clandestinidad, que más tarde puede transformarse en expulsión, son quizá las cuestiones más problemáticas, sin perjuicio de la restrictiva figura del refugiado y las arbitrarias denegaciones de permisos de residencia, del *modus operandi* que nuestro narcisismo *egouropeo* ha tejido durante las últimas décadas. Por ello ambas figuras (devolución e ilegalidad/clandestinidad) serán analizadas, en los consecutivos apartados de este título segundo, y el análisis de la categoría “refugiado” y del término “migrante económico” se pospondrá hasta el título tercero.



2.2. Devolución

La figura de la devolución se encuentra regulada, principalmente, en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades en España y su integración social (LOEx de ahora en adelante). Esta, modificada en 2009 para aumentar la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, establece que la entrada regular en España sólo puede realizarse a través de un puesto fronterizo habilitado al efecto donde se verificará si el interesado reúne las condiciones necesarias para entrar (permiso de residencia y visado) y, de no reunirlos, se le denegará la misma mediante una resolución motivada susceptible de impugnación en vía administrativa y judicial.

Ahora bien, la entrada también puede hacerse, o intentarse, por el cauce ilegal, dando lugar al supuesto más típico de devolución del extranjero. En este sentido, el Tribunal Constitucional (STC 17/2013, de 31 de enero) sentenció que “la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería”, por lo que no supone una sanción sino una medida gubernativa, articulada en el marco de la política de extranjería de cualquier Estado, de reacción inmediata frente a una perturbación del ordenamiento jurídico. En resumidas cuentas, la devolución podría ser definida como aquella actuación gubernamental destinada a impedir la entrada, de forma ilegal, de cualquier persona, por suponer un quebrantamiento del ordenamiento jurídico, en general, y la Ley de Extranjería, en particular.

Pero, si hablamos de devoluciones hemos de hablar, a su vez, de las polémicas “devoluciones en caliente”; definidas como la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado consistente en la entrega, a las autoridades marroquíes por vía de hecho, de extranjeros interceptados en zonas de la frontera de soberanía española, cuando estos intentaban traspasarla, y sin respetar las garantías internacionalmente reconocidas al no seguir el procedimiento establecido legalmente.

Pese a la imposibilidad de dar cobertura legal a una práctica tan contraria a la Constitución, al Derecho de la Unión Europea y a los Derechos Humanos ¹²; en el año 2015 el gobierno español, aprovechando la tramitación de la Ley de protección de la seguridad ciudadana (popularmente conocida como Ley Mordaza), introdujo una enmienda en la citada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, para intentar legalizar las “devoluciones en caliente” mediante la introducción, o reformulación, del anterior y coloquial concepto de “rechazo en frontera.

¹² Ilegal por ser contraria a las normas de rango superior nombradas (tales como la Constitución Española, el Tratado de la Unión Europea o la Declaración Universal de Derechos Humanos).

La nueva disposición adicional décima de la Ley Orgánica de Extranjería ¹³ (reguladora del régimen especial de Ceuta y Melilla) pretende, mediante su redacción, configurar una nueva figura jurídica, adicional a las ya existentes, consistente en el rechazo del extranjero interceptado en puestos no habilitados para la entrada a España, pero sin las garantías jurídicas y legales existentes en figura de la devolución (art. 58.3 LOEx).

Anterior a esta ilegal, por contraria al ordenamiento jurídico, disposición adicional décima, ya existía tres figuras jurídicas reguladoras del control de fronteras e irregularidades migratorias: 1) la expulsión (art. 57 LOEx) como la posibilidad de expulsar al extranjero que se encuentre en territorio nacional sin la debida autorización (situación irregular), al constituir una infracción administrativa que puede salvarse mediante expulsión sustitutoria a la multa ¹⁴; 2) la denegación de entrada (art. 26 LOEx) con el fin de denegar de entrada al ciudadano extranjero que pretenda acceder a territorio nacional, mediante uno de los puestos fronterizos habilitados, sin reunir los requisitos previstos por la legislación de extranjería; y la devolución (art. 58.3 LOEx) para devolver a extranjeros (incluidos los interceptados en las fronteras o sus inmediaciones), por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargados de la custodia de costas y fronteras, previo traslado a la comisaria correspondiente a fin de prestar las garantías recogidas en los artículos 20, 21 y 22 de Ley Orgánica de Extranjería (asistencia jurídica, tutela judicial efectiva, asistencia de interprete) y siempre mediante resolución adoptada por el Subdelegado del Gobierno o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

¹³ Disposición adicional décima (Régimen especial de Ceuta y Melilla) Ley Orgánica 4/2000:

1. “Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.
2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.
3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional”.

¹⁴ Todo y que recientemente la justicia europea, mediante la STJUE (Sala Sexta) de 8 de octubre de 2020, ha prohibido a España expulsar a inmigrantes por el mero hecho de ser ilegales y obliga, por ende, a aplicar las multas establecidas en la propia Ley Orgánica de Extranjería (sólo el año pasado Interior notificó 4.677 expulsiones y 6.476 devoluciones, sin matizar cuantas de estas fueron “devoluciones en caliente”).

A la ilegalidad y la innecesariedad de la figura se le ha de sumar una torpe redacción que, de facto, imposibilita la aplicación de esta Disposición Adicional décima al supuesto que se pretendía aplicar. Su redacción, “los extranjeros que sean detectados [...] mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”, habla de “elementos de contención fronterizos” y de “impedir su entrada ilegal a España”.

El primero de los elementos, los “elementos de contención fronterizos”, hace clara referencia a la delimitación fronteriza terrestre, al no existir ningún tipo de delimitación marítima o aérea de ese estilo; mientras que el segundo de los elementos, “impedir su entrada ilegal a España”, alude, inequívocamente, al supuesto en que el extranjero todavía no haya cruzado la frontera, ya que “no se puede intervenir para impedir una entrada ilegal en España respecto de quien ya está en territorio nacional” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, SÁNCHEZ TOMÁS, SEGOVIA, et al., y otros, 2015: 12) (supuesto en el que, entonces, operaría la expulsión del art. 57 LOEx). Por ende, del ámbito de aplicación de la presente disposición adicional décima deben excluirse: cualquier tipo de acceso o intento de acceso marítimo (al no existir “elementos de contención fronterizos” en la frontera marítima) y la interceptación del extranjero que ya ha descendido completamente la valla interior o se encuentra en la zona de intervallado (al ambas zonas encontrarse en territorio de soberanía española).

Aun aceptando esta chapuza jurídica, esta no justificaría el no seguimiento, por parte de las autoridades españolas, del ordenamiento jurídico español en sus actuaciones. El sometimiento de la actuación de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE ¹⁵) se da tanto para actuaciones en territorio nacional, como para actuaciones en territorio extranjero por autoridades españolas en el desempeño de sus cargos (STC 21/1997, de 10 de febrero) y siempre “garantizando al individuo todos los derechos y libertades previstos en el Título I de la Convención” en virtud del art. 1 de la Convención Europea de Derechos Humanos ¹⁶ (STEDH, ass. Hirsi Jamaa y otros c. Italia, de 27 de febrero de 2012).

Debe recordarse que cualquier actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sobre personas bajo su custodia, debe respetar los derechos y principios recogidos en la Constitución y los diferentes tratados internacionales de los que España es parte.

¹⁵ Artículo 9 Constitución Española: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

¹⁶ Artículo 1 Convención Europea de Derechos Humanos: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el título I del presente Convenio”.

Esta nueva norma, la disposición décima de la LOEx, debe, al igual que cualquier norma, ser interpretada y aplicada conforme al resto del ordenamiento jurídico. La normativa constitucional, en su art. 105. c CE, y la normativa europea, en su art. 41.1.b CDFUE, establecen una obligación de garantizar la audiencia del interesado que la Ley Orgánica de Extranjería recoge en su art. 20.2. Esta incluso se ve reforzada por el art. 22 LOEx al establecer el derecho de los extranjeros sometidos a estos procedimientos (los incluidos en esta ley) a la asistencia letrada y de intérprete, incluso de forma gratuita si no contasen con recursos económicos suficientes.

“Esta nueva norma [...] no permite que a través de una simple vía de hecho y al margen de cualquier procedimiento, sin singularizar el acto administrativo, sin identificar a la persona sobre la que recae, sin darle audiencia, sin asistencia letrada, sin posibilidad alguna de control judicial de esta actuación, se entregue a ciudadanos extranjeros a las fuerzas de seguridad de un país extranjero, sin ponderar los riesgos de que no cumplan con los estándares internacionales del trato debido a las personas que se ponen bajo su custodia” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, SÁNCHEZ TOMÁS, SEGOVIA, et al., y otros, 2015: 18). En esencia nos queda una figura vacía de forma y fondo. De forma por ser contrario a la Constitución, la Convención europea de Derechos Humanos, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Declaración Universal de Derechos Humanos. Y de fondo por venir a regular una materia ya regulada, en concreto por el procedimiento de la devolución, como es la interceptación de ciudadanos extranjeros que ya han superado los elementos de contención fronterizos y se encuentran en territorio español.

Con todo, la realidad confirma la sistemática e ininterrumpida práctica de tan inconstitucional, como posiblemente constitutiva de delito al incurrir en prevaricación administrativa (art. 404 CP ¹⁷) ¹⁸, pseudo-figura jurídica ¹⁹. Se constata, con la legalización de esta figura, la premisa enunciada: la arbitrariedad no es contraria a la legalidad, pues para la legalidad de una norma no es necesaria la justicia o moral de la misma (también estos, justicia y moral, son conceptos polémicos y subjetivos).

¹⁷ Artículo 404 Código Penal: “A la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a quince años”.

¹⁸ Como ya ocurrió con la imputación del Coronel Jefe de la Guardia Civil de Melilla en el año 2014 (Auto del Juzgado de Primera Instancia de Melilla 866/2014).

¹⁹ En 2018 la devoluciones y expulsiones aumentaron un 243% (Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Informe anual de 2018 del Defensor del Pueblo)

Máxima ejemplificación de la llamada arbitrariedad legalizada, pues definimos la arbitrariedad como aquel acto (norma en este caso) dictado por mero capricho o voluntad, contrario a la justicia, la razón o las leyes, y, desbordando y contrariando, así, el ordenamiento jurídico y los intereses generales. La legalidad de las devoluciones en caliente no es más que la elevación de la arbitrariedad a su grado máximo, pues la legalidad no transforma la decisión en justa o moral, sino que meramente justifica y legitima su aplicación²⁰.

Podemos hablar, en definitiva, de una medida tremendamente arbitraria pues, pese a su legalidad, hemos constatado su total contrariedad al ordenamiento jurídico y los intereses generales. Con su redacción se vulneran preceptos legales como los arts. 9.1 y 105. c CE, el art. 41.1.b CDFUE o los art. 20.2 y 22 LOEx; así como jurisprudencia como la STEDH, ass. Hirsi Jamaa y otros c. Italia, de 27 de febrero de 2012.

2.3. Ilegalidad/Clandestinidad

La ilegalidad/clandestinidad de extranjeros supone uno de los mayores atentados contemporáneos contra los Derechos Humanos, en general, y contra el principio de igualdad, en particular, tanto por su contemporánea redacción como por su actual alcance. Este deliberado atropello de derechos no es una novedad en nuestras desarrolladas sociedades, pero el acontecimiento de dos nuevas circunstancias ha escalado este ataque a la igualdad a un primer plano.

En primer lugar, y como primera novedad, se ha tejido una nueva figura jurídica que, de facto, discrimina al extranjero colocándole fuera de la ley y reduciendo su existencia a la mera clandestinidad. La persona ilegal, también llamada inmigrante/ciudadano clandestino, es invisible a ojos del Estado, pues su ilegalización le priva de todo derecho, incluso de aquellos universales, y penaliza su clandestinidad. La relación Estado - persona ilegal es, entonces, únicamente punitiva.

²⁰ Véase, por ejemplo, como el pasado 19 de noviembre el Tribunal Constitucional, asumiendo algunas de las argumentaciones hechas por el TEDH en febrero en pro de las “devoluciones en caliente”, falló que “el régimen especial para Ceuta y Melilla de rechazo en frontera de los extranjeros que intenten entrar ilegalmente, es conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, pues, a su juicio, “el rechazo en frontera es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre”. No se trata de rechazar en frontera, como hemos visto, sino de no seguir el procedimiento establecido cuando un ciudadano extranjero es interceptado en territorio nacional al haber conseguido entrar a España por sitio distinto al punto fronterizo habilitado para ello (debiéndose seguir, entonces, el procedimiento de la devolución).

La actual ministra de Asuntos Exteriores, Arancha González Laya, no ha hecho más que sembrar más dudas al respecto, pues, su valoración fue un inexacto “las devoluciones se harán de acuerdo con la ley”

Existe, entonces, un racismo institucional, ensalzado por la nueva figura jurídica de la persona ilegal, que se traduce, en la práctica, en leyes basadas en la discriminación. Esta exclusión de los inmigrantes de la categoría universal de personas produce, de facto, una exclusión también de derechos.

La inferioridad jurídica, que siglos atrás discriminaba a mujeres o proletariado, hoy discrimina al inmigrante mediante la idea que concibe a este como un sujeto más débil y positiviza jurídica esa inferioridad. Estos sujetos son considerados inferiores al no tener derechos y, a su vez, no tienen derechos por ser inferiores. El pez que se muerde la cola ha tornado en un juego de desigualdades en el que la desigualdad jurídica, confeccionada por nuestros gobiernos, se ha traducido en un factor de deseducación que legitima las discriminaciones.

“Que millares de desesperados sean rechazados cada año en nuestras fronteras [...] será algo aceptable en la medida en que nuestra aceptación cuente con el racismo como soporte. [...] Qué en los países pobres mueran cada año millones de personas [...] será algo tolerable en cuanto se las considere a todas como inferiores” (FERRAJOLI, 2019: 192).

Esta red de desigualdad e inferioridad jurídica, consecuencia de esta discriminatoria pseudo-figura jurídica, que los Estados han tejido durante décadas tiene dos ejes: legislativo y administrativo.

El eje legislativo de esta discriminación comprende toda ley y práctica cuya finalidad, única o accesoria ²¹, sea colocar fuera de la ley a toda persona inmigrante. Condenando a la clandestinidad a todo aquel inmigrante ilegal la ley consigue privarle de todo derecho y, por consiguiente, exponerlo a toda forma de opresión y explotación. El eje administrativo comprende todo aquel compendio administrativo que, accediendo a la categoría de burocracia, tiene como finalidad obstruir y dificultar el acceso, de los inmigrantes, a condiciones dignas de vida. Así muchos alcaldes exigen, en sus ordenanzas, requisitos y condiciones no previstas en la ley para la prestación de servicios públicos o el acceso a la educación/sanidad; o circulares ministeriales que imponen requisitos, para la renovación del permiso de residencia, que no le son comunicados al interesado hasta el momento de denegación de su solicitud. Se atropella así la vida de un ser humano que, según nuestra legislación, no ostenta el mismo derecho que nosotros a emigrar.

²¹ Es decir, tanto discriminaciones directas/de derecho (que de manera directa atenta contra la igualdad formal y excluye a algunos sujetos de la titularidad de derechos, es decir, que tienen el fin u objetivo primero de, intencionadamente, discriminar) como indirectas/de hecho (que, indirectamente y sin ser ese su cometido, producen, de facto, una discriminación hacia un sujeto o conjunto de sujetos y contradicen el principio de igualdad de oportunidades).

En segundo lugar, y como segunda novedad, destinada a completar la primera, se encuentra el exponencial aumento del flujo migratorio, durante los últimos años, que ha transformado este fenómeno de nacional a internacional y de comedido a masivo.

En conjunto, ambas novedades se entienden de mejor manera si las ponemos en común: la explosión de las desigualdades, a nivel global, ha impulsado un éxodo masivo de todos aquellos perjudicados que, en busca de su supervivencia y de unas mejores condiciones de vida, día a día aporreean desesperados las puertas de aquellos Estados europeos que, durante décadas, han exprimido hasta la última gota de sus patrias.

Como consecuencia y positivización de este modelo encontramos, en el ámbito nacional, la mencionada Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. No hace falta ir muy lejos en la norma para encontrar signos de discriminación, pues ya su artículo 2bis.2.e²² rompe con esa voluntad protectora e igualadora al establecer la obligación del Gobierno, sin perjuicio de las competencias asumidas por las CCAA, de garantizar la efectividad del principio de no discriminación sobre todos aquellos extranjeros que vivan o trabajen legalmente en España.

Esta afirmación parece contraria al artículo 23.1 LOEx, pues este dispone que “a los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo económico, social o cultural”. ¿No supone una discriminación distinguir, excluir, restringir y preferenciar a un extranjero que reside legalmente en España sobre uno que reside de forma ilegal? ¿Esta distinción entre legal e ilegal no tiene como objetivo, quizá indirecto, la limitación del reconocimiento y ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales? ¿No está, dicha exclusión y preferencia, basada el origen nacional del extranjero?

²² Artículo 2bis.2.e Ley Orgánica 4/2000: “Todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a los siguientes principios: e) La efectividad del principio de no discriminación y, consecuentemente, el reconocimiento de iguales derechos y obligaciones para todos aquellos que vivan o trabajen legalmente en España, en los términos previstos en la Ley”.

La redacción del art. 2bis.2.e LOEx parece contraria al art. 23.1 LOEx por suponer una distinción entre extranjeros legales y extranjeros ilegales que excluye y restringe a los segundos para dar preferencia a los primeros en un acto cuyo único resultado o efecto, directo o indirecto, es la limitación del reconocimiento y ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales por parte de los ciudadanos extranjeros que residen, y quizá trabajan, de manera ilegal en España.

Esta redacción supone positivizar la mencionada exclusión de los inmigrantes ilegales de la categoría general, y presuntamente universal, de “personas” y la construcción de una nueva categoría jurídica, llamada “semi-personas”, cuyos únicos miembros son aquellos inmigrantes ilegales que, al parecer, no disponen, por mandato legal e intencionada invisibilidad legislativa, de los mismos derechos que las personas.

En resumidas cuentas, y modo conclusivo, la biopolítica europea en materia migratoria oscila, como ya se señaló, entre dejar entrar/residir (aceptando la entrada de personas inmigrantes, mediante instrumentos de regulación-gestión, en base a las demandas económicas del mercado laboral) y denegar/expulsar (negando la entrada de personas inmigrantes, mediante instrumentos de control-sanción, en base al incumplimiento de los requisitos de entrada al país). Todo bajo un paraguas económico que, con cierto toque neoliberal y neocolonial, respeta los Derechos Humanos de los inmigrantes, en un generoso acto de humanidad, sólo cuando las necesidades laborales, del país en cuestión, lo permiten y precisan.

El acto de dejar entrar, a cuentagotas, a inmigrantes desesperados por la supervivencia demuestra la única voluntad de este: dar respuesta a un feroz mercado laboral necesitado de mano de obra barata que, bajo una racista voluntad, segrega y empuja a estos inmigrantes a los trabajos más duros del país. Una vez dentro, se proyecta una imagen del inmigrante como una “cosa”, no-persona, cuya única contribución a nuestra sociedad es la de mano de obra barata para peligrosos y/o humillantes trabajos que nuestras “buenas gentes”, si-personas, no deberían hacer. Un mero recurso, en fin, para nuestra economía nacional. La arbitraria decisión primera de segregar y distinguir entre inmigrantes legales e inmigrantes ilegales (arbitraria por ser un mero capricho basado en unos requisitos de entrada y residencia que, como es sabido, no todo inmigrante ostenta y cuya ostentación suele depender del lugar de origen de este) conlleva, como ha quedado acreditado, una discriminación posterior (discriminación indirecta por una norma cuyo objetivo principal parece no ser discriminar, pero cuyo resultado es que una persona, o grupo de personas, no pueda disfrutar de sus derechos, en condiciones de igualdad, debido a una injustificada distinción) que se traduce en la invisibilidad del inmigrante ilegal, con la pertinente vulneración de derechos y libertades, en pro de un inmigrante legal que, en esencia, persigue los mismos fines y posee las mismas características.

3. Refugiados y migrantes ante la ley

3.1. Comparación categórica

Dada la actual configuración legal, y la más que aparente voluntad de perpetuarla mediante una dejadez política casi asfixiante, veo la obligación de tratar los términos refugiado y migrante de manera individualizada a fin de constatar cuál es su verdadera configuración legal, cuáles son las diferencias de hecho y de derecho entre ambas figuras y, posteriormente, la fundamentación y viabilidad de esta diferenciación.

La configuración de un término, como el de migrante, o una categoría jurídica, como la de refugiado, se da siempre, y de manera necesaria, desde la triple visión legislativa mencionada con anterioridad; motivo por el cual el análisis de ambas figuras deberá hacerse respondiendo, en la medida de lo posible, a esa triple dimensión. En definitiva, se analizará la figura del migrante y la categoría del refugiado desde tres puntos de vista: su configuración legislativa contenida tanto en leyes nacionales como internacionales; la interpretación jurisprudencial y, por tanto, el desarrollo de esta confección legal; y, la aplicación material de las previsiones legislativas y jurisprudenciales por parte de las autoridades competentes, es decir, la realidad práctica.

3.1.1. Refugiado

La configuración legislativa de la categoría jurídica de “refugiado” la encontramos, internacionalmente, en la Convención de Ginebra de 1951. Esta define al refugiado como cualquier persona que, “debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él” (art. 1.A.2 Convención de Ginebra de 1951).

Este convenio estaba inicialmente pensado para proteger a las víctimas de los sucesos acontecidos antes de 1951, pero mediante un protocolo adicional (firmado en 1967 y ratificado por todos los miembros de la UE) extendió su protección a todos los refugiados del mundo.

La positivización de esta categoría jurídica obliga a los Estados ratificantes (145) a proteger a los desplazados dejándoles entrar en su territorio, pero con, y aquí uno de los principales problemas que trataremos, las reglas que los mismos Estados decidan, pues el estatuto personal del refugiado se regirá por las leyes internas del país de domicilio o, a falta de este, residencia (art. 12.1 Convención de Ginebra ²³).

Lo relevante de esta figura, y así se desprende del artículo 1.A.2) de la Convención, es que la persona beneficiaria de esta condición huye y no migra, es decir, el motivo de su desplazamiento no reside en una suerte de motivaciones personales y/o profesionales, sino que su desplazamiento es, en realidad, una huida que no atiende a más motivo o justificación que la mera supervivencia. El desplazamiento del refugiado no debe atender a la voluntariedad, sino que debe ser catalogado de forzoso en base a distintos factores, citados en el cuerpo del art. 1.A.2) de la Convención, que empujan al refugiado a la única motivación posible de su desplazamiento: la supervivencia.

Este desarrollo legislativo del art. 14.1 DUDH ²⁴ (artículo en el que reside la conexión y el fundamento jurídico entre los Derechos Humanos y la protección internacional específica de los refugiados; tal y como ha sido señalado por el TEDH) otorga una protección específica a un colectivo vulnerable, mediante el desarrollo legislativo citado, consistente en un mecanismo de protección extra al universalmente reconocido: los Derechos Humanos. No hemos tampoco de obviar que la conexión entre los Derechos Humanos y cualquier otra norma reside en la dignidad humana (art.1 DUDH ²⁵). Por tanto, no se debe proteger al refugiado únicamente por ser refugiado, sino que, además, se le debe proteger como ser humano libre e igual en dignidad y derechos. La protección de los refugiados debe, entonces, hacerse por dos vías internacionales: la normativa internacional sobre refugiados y los Derechos Humanos. Estos segundos deben, en realidad, irradiar y verse reflejados en todos los ordenamientos jurídicos (nacionales e internacional) y todas sus actuaciones ejecutoras, pero en el caso de los refugiados toma una mayor relevancia por su especial vulnerabilidad. No debemos, en consecuencia, recibir con más vulneraciones a refugiados que huyen de sus países de origen por la vulneración de Derechos Humanos.

²³ Artículo 12.1 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados: “El estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia”.

²⁴ Artículo 14.1 Declaración Universal de Derechos Humanos: “En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”.

²⁵ Artículo 1 Declaración Universal de Derechos Humanos: “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”.

En primer lugar, los futuros refugiados (a falta de la obtención de asilo) tienen, por su mera pertenencia a la raza humana, todos los Derechos Humanos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 que deberán ser reconocidos y protegidos por todos los Estados mundiales. En segundo lugar, una vez concedido el asilo y adquirido el estatus de refugiado se desplegarán una serie de derechos, específicos de esta categoría, destinados a otorgar una protección extra a todos aquellos que han visto vulnerados sus derechos en sus países de origen. No se elimina, por tanto, la protección primera y universal que otorgan los Derechos Humanos con carácter general, sino que a esa protección inicial y universal se le suma una protección segunda y específica a esta categoría jurídica por su especial vulnerabilidad. La protección, en definitiva, es doble y reforzada.

En palabras de Pérez de Cuellar (antiguo secretario general de las Naciones Unidas) en el prefacio a UN de la Carta Internacional de Derechos Humanos: “La Declaración Universal de Derechos Humanos ha llegado a ocupar un lugar preponderante como principal código de conducta internacional para evaluar las actividades de promoción y protección de los derechos humanos. Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos han agregado procedimientos de supervisión para controlar la aplicación de los preceptos internacionales relativos a los derechos humanos.”

3.1.2. Migrante

“Migrante”, por otro lado, no es, a diferencia de “refugiado”, una categoría jurídica, sino que supone un mero término destinado a designar a aquellas personas que de manera voluntaria, en la teoría (y forzosa en la práctica), abandonan sus países de origen para instalarse en otros terceros.

La voluntariedad del desplazamiento, de nuevo, se encuentra en el centro de la cuestión (sin la cual estaríamos hablando de forzosidad del desplazamiento y refugiado como categoría) y esta ha llevado, a los países receptores de inmigración, a acuñar el término “migrante económico”. “Migrante” por tratarse de una persona que “se traslada desde el lugar en que habita a otro diferente”²⁶ y “económico” por tratarse de una persona que se traslada de un lugar a otro en busca de nuevas oportunidades laborales. Esta desatinada categoría sirve, en la práctica, para agrupar a todas aquellas personas que, habiendo quedado excluidas de la categoría de refugiado, son agrupadas en esta especie de cajón de sastre, llamado “inmigrantes económicos”, cualesquiera otras circunstancias.

²⁶ Definición de “migrante” extraída de la Real Academia Española (RAE)

Esta escueta definición ha sido dotada de contenido por, entre otras, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, pese a breve (algo más de cuarenta sentencias), ha contribuido a la evolución del estatus del extranjero (art. 13.1 CE ²⁷). Dado el bajo volumen de pronunciamientos del Tribunal Constitucional (aunque en aumento los últimos años) que entran en el fondo de los problemas podemos apuntar a una baja demanda de amparo por parte de extranjeros, ya que estas se reducen, generalmente, a la tutela judicial efectiva.

Del art. 13.1 CE se desprende la necesidad de analizar el alcance y la configuración que este mandato constitucional hace del estatuto del extranjero y, al respecto, el Tribunal Constitucional, en una de sus primeras sentencias (STC 107/1984), aclaró que la remisión que el art. 13.1 CE hace a la ley y a los tratados no desconstitucionaliza los derechos de los extranjeros, pues así se desprende de su lectura literal: “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título [...]”. En esta línea, por mandato del art. 13.2 CE, los extranjeros no son titulares de los derechos de participación reconocidos en el art. 23 CE ²⁸ y, por tanto, el régimen de los derechos constitucionales de los extranjeros no es uniforme y depende del contenido de cada uno de los derechos (STC 95/2000).

Podemos, entonces, considerar la extranjería como un elemento que permite limitar los derechos de los extranjeros, pues así se consideró por el Tribunal Constitucional (STC 107/1984) cuando se rechazó el principio de igualdad (art. 14 CE ²⁹) entre españoles y extranjeros al ser, literalmente, de titularidad exclusiva de los españoles. Así el Tribunal Constitucional distingue, a modo revolucionario francés, entre derechos del hombre que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (vida, integridad física, libertad ideológica, intimidad) que son de titularidad, también, extranjera, y, derechos del ciudadano que, al no ser imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, son de titularidad exclusiva de los españoles (derechos de participación, derechos sociales).

²⁷ Artículo 13.1 Constitución Española: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

²⁸ Pese a la Ley Orgánica 1/1997, de 30 de mayo, de modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral, de 6 de diciembre de 1993, con la que se cumplió la obligación de trasponer la Directiva 93/109/CE (para que los ciudadanos europeos puedan ejercer su derecho a voto, en el marco de las elecciones europeas, en cualquier país de la Unión Europea del que fueran residentes) y la Directiva 94/80/CE (para que los ciudadanos europeos residentes en un Estado miembro distinto del de origen puedan ejercer el derecho de sufragio activo y pasivo en el marco de las elecciones municipales del país que sean residentes).

²⁹ Artículo 14 Constitución Española: “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”

Este catálogo ha sido ampliado con el transcurso del tiempo: derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985), derecho a la libertad personal (STC 115/1985), derecho a la no discriminación (STC 137/2000) o derecho a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003). La problemática surge, pese a estas pequeñas victorias en pro de la igualdad, con la falta de fundamentación y criterios para determinar qué derecho es, o no, inherente a la dignidad humana. Más cuando la dignidad humana es un principio moral que debe regir y guiar la actuación e interpretación no sólo del conjunto de derechos fundamentales, sino de todo el ordenamiento jurídico (art. 10.1 CE ³⁰ y preámbulo y art. 1 DUDH ³¹).

La mayoría de los casos sobre reconocimiento de derechos constitucionales a los extranjeros han pasado por un rápido y ligero proceso de fundamentación que sólo ha despertado más dudas sobre cuáles deben ser los parámetros a seguir para la valoración de estas cuestiones. La STC 236/2007 intentó, sin éxito, establecer un proceso al respecto al considerar “el grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad humana de la persona concebida como sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE”. Vaga argumentación para un vano intento que sólo dificulta más el análisis, al no establecer criterio específico alguno, a seguir y nos evoca a la aplicación de distintos criterios en un contexto de inseguridad jurídica.

La primera afirmación constitucional que alegaba la existencia de un grupo de derechos, que por su íntima relación con la dignidad humana, son de titularidad universal nos lleva a la creación, por exclusión al no haber superado el examen sobre su implicación con la dignidad humana, de un segundo grupo de derechos que son de titularidad exclusiva de los nacionales. En este segundo grupo encontramos derechos como: derecho a la libertad de circulación y el resto de derechos derivados del art. 19 CE (STC 94/1993 y STC 72/2005), derecho al trabajo (STC 107/1984), derecho a la salud (STC 95/2000) o derecho a recibir prestaciones por desempleo (STC 130/1995). El Tribunal Constitucional tiende a limitar el acceso a los derechos sociales, por una falta de relación con la dignidad humana, ignorando, precisamente, que son estos derechos sociales (sin aparentes implicaciones con la dignidad) los que permiten a una persona gozar del disfrute de esas libertades (con implicaciones con la dignidad).

³⁰ Artículo 10.1 Constitución Española: “La dignidad de la persona, 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”.

³¹ Artículo 1 Declaración Universal de Derechos Humanos (véase nº 25)

Podemos concluir que el adjetivo de “económico” se adquiere como consecuencia indeseada de la no obtención de asilo, es decir, de la no ostentación del estatus de “refugiado”, y, que el estatuto del “migrante económico” (mal llamado también inmigrante ilegal o clandestino) no se encuentra definido en nuestro ordenamiento jurídico más que para señalar su diferenciación con el resto de habitantes del país (ciudadanos) en cuanto al catálogo de derechos del que se dispone. Este sólo ostentará aquellos derechos íntimamente ligados con la dignidad humana, pero la concreción de cuáles son o cuáles deberían ser estos se pospone a ulteriores decisiones judiciales impulsadas, mayormente, por la población migrante interesada.

Por último, debe ser señalado que a este adjetivo, tremendamente injusto y peyorativo, se le ha sumado, en estas últimas décadas uno de peor: “ilegal”/“clandestino”. Hemos visto, en el apartado 2.3, como el propio receptor de inmigración (o país de acogida) cataloga, como consecuencia de sus restrictivas y desiguales políticas migratorias, de “ilegal” o “clandestino” a todo aquel inmigrante que, sin alternativa, se ve abocado al cauce de entrada ilegal.

No sólo los conceptos “trafico” e “inmigración” carecen de diferenciado contenido para el tipo penal del art. 318 bis CP (ambos tipificadas de igual manera y castigadas con las mismas penas), sino que, además, corren el mismo destino al ser utilizado indistintamente tanto por la LO 11/2003, como por las diferentes normas europeas e internacionales al respecto ³².

Estos adjetivos, “ilegal” o “clandestino”, (tan empleados por partidos políticos ultraderechistas como la Liga Norte en Italia, el Frente Nacional en Francia, la NVA flamenca en Bélgica o VOX en España) criminalizan, en definitiva, a las personas y no a los hechos cometidos por estas personas. En consecuencia, encontramos un modelo migratorio español, también europeo, en el que se ha utilizado ilegítimamente al Derecho Penal como un instrumento más en el que poder desarrollar una política migratoria basada en necesidades económicas ³³.

³² Véase, por ejemplo, la Directiva 2002/90/CE del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares; la Decisión Marco del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos (2002/629/JAI); la Decisión Marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia de irregulares (2002/946/JAI); o el Protocolo contra el tráfico ilícito de inmigrantes por tierra, mar y aire de las Naciones Unidas (A/RES/55/25).

³³ Véase, por ejemplo, el caso de centenares de doctores sirios en campos de refugiados a los que Alemania impedía ejercer como profesionales médicos alegando la incompatibilidad de sus títulos de medicina, y como posteriormente, bien entrada la pandemia del COVID-19 y a falta de personal sanitario para atender ese volumen de infectados, se les permitió ejercer sin ningún tipo de oposición.

3.2. Voluntariedad del desplazamiento

La voluntariedad del desplazamiento es, en esencia, el parámetro a analizar en el momento de la bifurcación del migrante entre refugiado o migrante económico (tal y como se ha explicado del apartado 4.1). La teoría y articulación jurídica apuntan hacia un sistema en el que si el desplazamiento se ha producido de manera forzosa, contra la voluntad y los intereses del desplazado, este será catalogado como refugiado (y beneficiario de toda la protección extra y accesoria explicada en el epígrafe 4.1.1), pero si el desplazamiento aparentemente, pues se atiende a una lógica excluyente, se ha producido de manera voluntaria e interesada este, independientemente de las motivaciones que le han llevado a tomar esa decisión (la normativa ni entra a valorar ni cree, dado su silencio, que sea de relevancia), será catalogado como migrante económico y empujado, de no cumplir con tan arbitrarios designios aduaneros, al tráfico ilegal del desplazamiento y la clandestinidad en territorio nacional.

Existen, con respecto a esta cuestión, dos problemáticas diferenciadas que impiden, de un lugar, un buen funcionamiento del sistema y, del otro, un nivel de justicia e igualdad suficiente para hablar de Estados democráticos de Derecho: 1) el régimen relativo a la presentación de solicitud de asilo, y, 2) la dificultad de precisar la voluntariedad/forzosidad de los desplazamientos.

La primera cuestión, relativa al régimen de presentación de la solicitud de asilo, encuentra, a su vez, dos problemáticas asociadas: de un lado, la dispersión normativa, y consecuente inseguridad jurídica, provocada por el art. 12.1 de la Convención de Ginebra de 1951 ³⁴, y, de otro, las dificultades prácticas asociadas a las normativas nacionales de concesión de asilo.

La inseguridad jurídica, sobre esta temática, se da como consecuencia de la remisión que la Convención de Ginebra de 1951 hace, mediante su artículo 12.1, a las normativas nacionales de cada Estado ratificante. La Convención establece una serie de pautas y directrices, en forma de derechos y obligaciones por parte de los refugiados y los Estados receptores de asilo, que sirven, o deben servir, como líneas generales a seguir en un posterior desarrollo normativo que deja en manos de los ordenamientos jurídicos internos de cada país. Esto crea, de manera inevitable, inseguridad jurídica, pues al no existir una única dirección o modelo los interesados deben, en consecuencia, dirigirse al ordenamiento jurídico del país al que se pretenda solicitar asilo para saber cuál será el estatuto otorgado por él.

³⁴ Artículo 12.1 Convención de Ginebra de 1951: “El estatuto personal de cada refugiado se regirá por la ley del país de su domicilio o, a falta de domicilio, por la ley del país de su residencia”.

Si esta normativa ya creaba inseguridad jurídica, por la dispersión normativa en cada ordenamiento jurídico interno de cada Estado ratificante de la Convención, el acceso y mecanismos para la presentación de la solicitud sólo empeora y dificulta la cuestión. En el caso español, por poner un ejemplo cercano, la Ley 12/2009, reguladora del derecho a asilo y de la protección subsidiaria, establece, en su artículo 17.1, que “el procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente [...]” y que este procedimiento “deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves [...]” (art. 17.2 Ley 12/2009).

El procedimiento, por tanto, se inicia con una solicitud de asilo, presentada de manera presencial por el interesado o un representante, que deberá ser presentada en un mes desde la entrada del solicitante en territorio nacional (entrada que, pese a ilegal, debe ser permitida por las autoridades competentes en base al art. 17.2 de la Ley 12/2009) en un puesto habilitado para ello. Puede, esta solicitud, ser presentada en cualquiera de las siguientes dependencias: 1) puestos fronterizos habilitados de entrada al territorio español (puertos o aeropuertos internacionales); 2) oficinas de extranjería o comisarías de policía autorizadas; 3) dirección del centro de internamiento de extranjería si el solicitante se encontrase en uno de ellos; 4) Embajada española de un país distinto del de origen.

Vemos, entonces, las dificultades que este procedimiento contiene, pues toda solicitud debe presentarse de forma física en un Estado distinto del nacional, con todas las dificultades que esto supone, y, de forma general (tres de las cuatro opciones existentes), en el territorio del país del que se pretenda obtener protección.

Parece no entenderse, dada la configuración legal de la Ley 12/2009, cual es la verdadera naturaleza y situación de las personas solicitantes de asilo, pues tan difíciles y arbitrarios requisitos no están a la altura, siquiera, de la población más privilegiada de cualquier país. Quien solicita asilo no lo hace por voluntad, sino por necesidad, y esa necesidad, consecuencia de la voluntad de supervivencia, es incompatible a tan estricta e inflexible normativa. Este grupo de personas, los refugiados, tienen grandes dificultades de abandonar sus países de origen, en primera instancia, y de desplazarse, en grandes y largas rutas migratorias, por el mapa, en segunda. Se hace entonces incomprensible un sistema que obligue a la presencialidad en el propio Estado receptor cuando nuestras políticas migratorias reman en la dirección opuesta, es decir, en la limitación del *ius migrandi* de cualquier desplazado que intente acceder a nuestro país, tanto si es refugiado como si se trata de un migrante económico.

La consecuencia, una vez más, la encontramos en el carácter mixto de los movimientos de población que, desde un mismo origen, mediante un mismo medio de tránsito y con un mismo destino, agrupan a diferentes tipos de desplazados. Es decir, a consecuencia de nuestras limitadas políticas de asilo y los mecanismos de acceso a las mismas, en la misma patera o mediante los mismos traficantes, desde el mismo país de origen y con el mismo país de destino, convergen un refugiado y un migrante económico. Empujamos también a los refugiados a un cauce ilegal del que los migrantes económicos, a causa de nuestras políticas migratorias basadas en la economía y no en los Derechos Humanos, hace décadas forman parte.

La segunda cuestión, relativa a la dificultad de precisar y definir la línea que divide la forzosidad de la voluntariedad de los desplazamientos, lleva, durante décadas, siendo un importante foco de discusión teórica entre quienes pretenden extender la protección a otros colectivos cuyos desplazamientos, bajo el impuesto manto de la voluntariedad y la búsqueda de oportunidades, esconden una verdadera forzosidad no contemplada en nuestras legislaciones, y, quienes siguen viendo en la pobreza, las desigualdades y los desastres naturales ³⁵ un verdadero móvil voluntario.

“¿Huir de la hambruna, queda en una categoría de migración voluntaria? [...] ¿Cómo llamamos a aquellos migrantes víctimas del tráfico ilegal de personas? ¿Conocemos la motivación de los niños que viajan solos? ¿En qué categoría se habla de las mujeres que huyen de sistemas socio-culturales o jerarquías patriarcales que violan los derechos humanos?” (ONGHENA, 2015; 3)

No podemos hablar de crisis migratoria, pues con estos términos estamos suponiendo la voluntariedad de los desplazamientos. Hablar de migrantes es incorrecto también, ya que mediante este término se consigue deshumanizar al desplazado atribuyéndole una categoría jurídica distinta de la de “hombre” o “ciudadano” y desposeyéndole de cualquier derecho. Se trata de términos abstractos que convierten en anónimos e indefinidos estos acontecimientos, alejándolos de nuestros ámbitos de aplicación y dotándoles de irrelevancia.

³⁵ Véase, por ejemplo, aquellos que huyen de desastres naturales, degradación del medio ambiente o desertización como, por ejemplo, el ciclón Fani en Bangladesh, los huracanes en México, los terremotos en Haití o la prolongada falta de precipitaciones en África.

No existe una sola causa que explique las migraciones, tal y como se reconoce en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 2016 ³⁶, por lo que no debemos caer en el simplismo y creer que estos se deben a razones persecutorias (en el caso de refugiados) o económicas (en el caso de migrantes). Ergo, existe la necesidad de ampliar la protección a todas aquellas personas en situaciones de vulnerabilidad que no encajan ni en la estricta y encorsetada categoría de refugiado ni en el cajón de sastre que supone la categoría de migrante económico. Buen ejemplo son los millones de desplazados por motivos medioambientales (refugiados ambientales) que, a causa de desastres naturales tales como el tsunami en el Océano Indico en 2004, el terremoto en Pakistán en 2005, el ciclón Nargis en Myanmar en 2008, inundaciones en Pakistán en 2010, el tifón Haiyan en Filipinas en 2013, el terremoto en Nepal en 2014 o el terremoto en Ecuador en 2015, se han visto forzados a abandonar sus hogares y buscar nuevas oportunidades dentro o fuera de sus países.

Al no estar ya, estrictamente, en un contexto de guerra fría, el perfil del solicitante de asilo ha pasado de un intelectual blanco perseguido por sus ideas a un trabajador de Oriente Medio o África en riesgo por la situación política del país. No sólo cambió, a partir de los años 80, el perfil del refugiado, sino que también cambió, o más bien se aceleró, el número de solicitantes y el ritmo con el que estos llegaban a nuestras fronteras.

La racista concepción de este instrumento y la egoísta voluntad de preservar nuestros occidentales privilegios, han provocado un procedimiento de concesión del estatuto de refugiado cada vez más restrictivo. De este modo se explica la arbitraria (primero) y discriminatoria (después) categorización entre refugiado y migrante, pues, bajo la lógica de la sospecha, se intenta cercar a todo aquel que intente, normalmente empujado por la necesidad, defraudar en busca de protección. Se empuja, entonces, a este defraudador, junto a todos aquellos no-defraudadores que tampoco han conseguido protección legal, a la categoría del migrante económico y, bajo las negativas connotaciones impuestas a esta categoría, se le despoja de todo derecho. Como si fuera condenable, en sí mismo, el hecho de buscar oportunidades para una vida mejor, o simplemente para una asegurada supervivencia, en un país distinto del de origen.

³⁶ Apartado 1 de la Introducción de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 2016: “Algunas personas se desplazan en busca de nuevas oportunidades económicas y nuevos horizontes. Otras lo hacen para escapar de conflictos armados, la pobreza, la inseguridad alimentaria, la persecución, el terrorismo o las violaciones y los abusos de derechos humanos. Hay otras personas que se desplazan por los efectos adversos del cambio climático o de desastres naturales (algunos de los cuales pueden estar vinculados al cambio climático) u otros factores ambientales. Muchos se trasladan, de hecho, debido a varios de esos motivos.”

Incluso la lógica de la diferenciación en refugiado y migrante, en base a los motivos (económicos o políticos) de la huida, tiene sus dificultades, pues la clasificación y/o diferenciación sólo puede darse una vez el inmigrante haya llegado. Hay, por tanto, que apuntar que un desplazado sólo podrá ser considerado refugiado una vez dentro del país, pues para saber si esta persona huye por motivos políticos debemos examinar su situación mediante una solicitud de asilo que únicamente puede ser presentada dentro de las fronteras del país. Como ya se ha visto, la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria establece la obligación de presentar la solicitud de asilo mediante comparecencia personal del interesado (art. 17.1 L12/2009 ³⁷) en el plazo de un mes desde la entrada de este en el país o desde el inicio de los actos que originaron la persecución que fundamenta la solicitud (art. 17.2 L12/2009 ³⁸).

Presentar la solicitud de asilo requiere, necesariamente, otorgar la posibilidad al interesado de entrar al territorio del país. ¿No deberíamos, entonces, terminar con los dispositivos de vigilancia destinados a impedir, mediante la disuasión de embarcaciones de migrantes que se aproximan a la costa, la entrada de desplazados en pro de la lucha contra la inmigración ilegal?

ACNUR ya ha señalado, en múltiples ocasiones, el carácter mixto de los movimientos de población ³⁹, pues en una misma embarcación pueden, y de hecho suelen, viajar distintos tipos de desplazados (refugiados, migrantes económicos, migrantes climáticos, etc) que acuden a los mismos mecanismos, a falta de otros, para llegar a los países de destino. Repeler un barco de migrantes para bloquear su entrada en el país, atendiendo a presunciones basadas en la nacionalidad o el grupo étnico, supone, además de un evidente racismo, correr el riesgo de rechazar en frontera a refugiados que ostentan plenos derechos para desplazarse y entrar en Europa en busca de asilo.

³⁷ Artículo 17.1 Ley 12/2009: “El procedimiento se inicia con la presentación de la solicitud, que deberá efectuarse mediante comparecencia personal de los interesados que soliciten protección en los lugares que reglamentariamente se establezcan, o en caso de imposibilidad física o legal, mediante persona que lo represente. En este último caso, el solicitante deberá ratificar la petición una vez desaparezca el impedimento”.

³⁸ Artículo 17.2 Ley 12/2009: “La comparecencia deberá realizarse sin demora y en todo caso en el plazo máximo de un mes desde la entrada en el territorio español o, en todo caso, desde que se produzcan los acontecimientos que justifiquen el temor fundado de persecución o daños graves. A estos efectos, la entrada ilegal en territorio español no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos para ser beneficiaria de la protección internacional prevista en esta Ley”.

³⁹ Introducido cuando, en este mismo apartado, se trató la problemática del estricto régimen relativo a la presentación de solicitud de asilo y como esta tenía por consecuencia una dificultad de acceso que desembocaba en la clandestinidad de muchos refugiados.

3.3. Acceso y Derechos: diagnóstico

La igualdad ha sido, tradicionalmente, uno de los estandartes principales en la lucha contra cualquier tipo de desigualdad y, por ello, uno de los principios más sancionados, como norma de rango constitucional, en todos los ordenamientos jurídicos avanzados. Pero, ¿qué supone, en realidad, el principio de igualdad? Según la teoría de FERRAJOLI este derecho/principio universal tiene una doble vertiente: como principio estático (regla) para igualar nuestras diferencias (identidades personales) y como principio dinámico (principio rector) para igualar/reducir nuestras desigualdades económicas y sociales (condiciones materiales de vida mínimas).

Es decir, tanto nuestras identidades personales, que nos hacen diferentes (misma dignidad), como nuestras desigualdades económicas y sociales (mínimo vital), que nos hacen desiguales, encuentran su punto en común en un derecho a la igualdad dirigido a alcanzar una convivencia pacífica. Las diferencias deben ser tuteladas y valorizadas, como valor integrante de la identidad personal del hombre, por la igualdad mediante la reducción de unas desigualdades entendidas como “obstáculos” para la dignidad. Sólo una reducción real de las desigualdades, que respete las diferencias identitarias de las personas, nos proporcionará una situación de igual dignidad.

La reducción de las desigualdades y el respeto de las diferencias son, entonces, el punto de inicio de una igualdad necesaria para superar el estado natural de guerra y alcanzar la paz, pero, además, la paz es indispensable para garantizar efectivamente la igualdad de los derechos fundamentales.

Esa igualdad en la garantía de los derechos fundamentales nos obliga a concebir esos derechos como leyes o garantías del más débil. Es decir, dado que lo justo es igual, se debe ejercer una protección extra a los sujetos más débiles para que la situación de estos se equipare a la de los más fuertes y podamos hablar de igualdad. Hoy, a diferencia de la modernidad, al concebirse la igualdad no sólo como un hecho (somos iguales en cuanto a raciocinio y capacidad de ser libres) sino como valor (al estar regulado como un principio moral en múltiples constituciones y textos internacionales) debe ser, la igualdad, acometida mediante garantías y verse expuesta a violaciones.

La ciudadanía es hoy, en contra de su moderna concepción, “el último privilegio de estatus ligado a un *accident de naissance*” (FERRAJOLI, 2019: 31), “*linked to the privileges of membership of a particular kind of political community*” (BELLAMY, 2008: 1), es decir, esta se concibe, como el derecho primero a tener derechos. El goce del catálogo constitucional de derechos fundamentales (algunos como el derecho a la educación [art. 27 CE] o el derecho a la salud [art. 43 CE] ⁴⁰) está condicionado a la ostentación de la condición de ciudadano, configurando, así, una figura, originariamente inclusiva ⁴¹, en una gran fuente de discriminación entre ciudadanos y no ciudadanos:

“Somos iguales como ciudadanos, en el sentido de que como tales somos igualmente titulares de los derechos de ciudadanía; pero somos desiguales como personas al no ser los ciudadanos, provenientes, es obvio, de países pobres, titulares de los mismos derechos de los ciudadanos” (FERRAJOLI, 2019: 31)

Como resultado de esta mutación en la configuración de la ciudadanía, que enormemente la aleja de su inclusiva configuración inicial, obtenemos un factor de discriminación y exclusión por nacimiento (mediante, como es lógico, la ciudadanía de los países más ricos) que colisiona frontalmente con el principio de igualdad del art. 14 de la Constitución Española y del art. 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. Existe, entonces, una gran contradicción entre nuestros principios de igualdad y dignidad humana y nuestras racistas prácticas discriminatorias y arbitrarias hacia los no ciudadanos.

⁴⁰ En abril de 2013 el grupo parlamentario Ciutadans (actualmente Ciudadanos) presentó una moción en el Parlament de Catalunya para, delibera e intencionadamente, limitar el acceso de los inmigrantes – mal llamados – ilegales al derecho a la salud (art. 43 CE). Denostando, así como las “semi-personas” (no ciudadanos, inmigrantes/personas ilegales/clandestinas) no ostentan los mismos derechos, pese a ser personas, que el resto de personas, si ciudadanas, de nuestro país.

⁴¹ Véase, por ejemplo, la configuración del artículo 4 de la Constitución Francesa de 1793 donde se otorgaba la ciudadanía, y todos los derechos que esta acarrea, a todo extranjero mayor de 21 años, domiciliado por más de un año en Francia, que viviera y trabajara en el país. Un ejercicio de inclusión mediante la facilitación del acceso a la ciudadanía de casi cualquier persona. Como Kant, también, incluyó su principio de “hospitalidad universal” (KANT, 2003: 10) como tercer artículo definitivo para la paz perpetua; instaurando, así, un proto-derecho a migrar. O como Locke articulaba su configuración del mundo: “*Dios ha dado a los hombres el mundo en común [...] Ha dado el mundo para que el hombre trabajador y racional lo use; y es el trabajo lo que da derecho a la propiedad, y no los delirios y la avaricia de los revoltosos y los pendencieros*” (LOCKE, 2019: 71) y “*que esa misma regla de la propiedad, a saber, que cada hombre solo debe posesionarse de aquello que le es posible usar, puede seguir aplicándose en el mundo sin perjuicio para nadie; pues hay en el mundo tierra suficiente para abastecer al doble de sus habitantes*” (LOCKE, 2019: 74).

No se entiende, por tanto, nuestros actuales sistemas migratorios y su arbitraria catalogación entre ciudadanos (con derechos del hombre y derechos del ciudadano), refugiados (con derechos del hombre y derechos específicos de su estatus) e inmigrantes ilegales/clandestinas (aparentemente con derechos del hombre, pero en la práctica desposeídos, dada su invisibilidad jurídica, de toda protección). El acceso, la movilidad y los derechos de estos tres colectivos se sustentan sobre una suerte de privilegios basados en nuestro lugar de nacimiento, situación socioeconómica, raza, religión, etc; es decir, la aplicación del principio de igualdad se basa, contrariamente a su inicial concepción, en nuestra identidad personal y contexto. Creando, en realidad, una suerte de discriminaciones, pues del análisis de nuestra identidad personal y contexto se decide si podremos formar parte de ese sector privilegiado de la ciudadanía mundial y si nos serán de aplicación unos derechos que, en realidad, ya nos pertenecían por nuestra mera pertenencia a la raza humana.

Un ciudadano tiene todo el catálogo de derechos contenidos en nuestra Constitución, la Declaración Universal de Derechos Humanos y cualesquiera normas nacionales e internacionales, pues de esa ciudadanía, de ese privilegio, brotan todo el abanico de derechos y libertades existente y su movilidad y acceso a cualquier país del mundo no estará condicionado a ninguna otra circunstancia.

Un refugiado goza del disfrute del catálogo de derechos contenidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, todas las normas internacionales que le otorguen derechos, aquellos que las constituciones nacionales le otorguen por su situación y no ciudadanía, y, todos los específicamente tipificados, en normas internas y externas, para la específica protección de su colectivo.

El inmigrante ilegal/clandestino únicamente ostenta aquellos derechos del hombre contenidos en normas internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos o nacionales como la Constitución Española, pero la invisibilidad jurídica que esta pseudo-categoría jurídica otorga al colectivo le desprovee, en la práctica, tanto de la protección general otorgada por las mencionadas normas como de aquella protección específica que por su contexto merece, pero por nuestra configuración legal no ostenta.

Este flujo, y el incremento exponencial del mismo, era perfectamente previsible desde los años 80 en los que Europa sólo se veía afectada indirectamente por la crisis, en ese momento menor, de los refugiados. El sistema de asilo e inmigración de los países de la Unión Europea fue concebido bajo la voluntad comunitaria de no dejar que la inmigración y los refugiados se acercasen a nuestras fronteras: de este modo se ofrecían plácidamente, y a todo bombo mediático, a apoyar económicamente la creación de campos de refugiados por parte de la ONU, mientras subcontractaban a sus vecinos (Ucrania, Turquía, el Magreb o África Oriental), en base al “reparto de la carga”, para absorber la gran mayoría de los desplazamientos y mantenerlos lejos de la frontera europea.

El intento de mantener a estas personas a raya y la falta de previsión no funcionó y nos ha llevado a la situación actual. Desde 2011 los desplazados no llegan únicamente por tierra, sino que ahora también se embarcan en peligrosas aventuras marianas con, en muchos casos, trágicos finales. Esto ha provocado una indudable presión sobre los países del sur (Italia, Grecia, España, Chipre, Malta) que sólo ha sido contestada con fondos para reforzar las fronteras. Es decir, lejos de extraer alguna lección, estamos empleando los mismos mecanismos que nos han llevado a la situación actual (fuertes controles fronterizos y subcontratación vecina para aliviar la carga migratoria) en una vorágine que únicamente nos llevará a un acrecimiento y empeoramiento, aún más si cabe, de la situación.

Europa no ha reflexionado, desde hace cuarenta años, sobre la cuestión migratoria y se ha quedado anclada en el viejo y caduco modelo que, basado en la economía (moneda, mercado único, necesidades laborales), sólo se preocupa de los posibles “falsos refugiados” y no del motivo que lleva a ese “falso refugiado” a tener que mentir sobre su situación.

La contabilización de las entradas irregulares a Europa es, en realidad, algo aleatoria, pues actualmente no existen mecanismos o instrumentos específicos que puedan calcular, con exactitud, el número de personas que, de manera “ilegal”, se desplazaron a nuestros países. Sin embargo, podemos hacernos una idea si recopilamos y comparamos los datos ofrecidos por diferentes organismos como la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Oficina Europea de Apoyo al Asilo (OEAA), Eurostat, Frontex o los distintos informes nacionales; en síntesis, podemos decir que en el año 2015 Europa recibió, aproximadamente, un millón de migrantes. Pero, además, hay que puntualizar que, según ACNUR, el 84% de estos desplazados (840.000 personas) provienen de los diez principales países origen de los refugiados y el 50% del millón inicial (500.000 personas) provienen de Siria.

Podemos entonces decir, a modo de conclusión, que la gran mayoría de los desplazados que intentan entrar en Europa son, en realidad, refugiados que, a falta de una legislación protectora específica, son empujados a emprender largas travesías por el Mediterráneo que, en el peor de los casos, terminará con sus vidas (4.000 personas murieron ahogadas en 2015 en el Mediterráneo). ¿Qué persona que quisiese viajar a Europa y tuviese la posibilidad de hacerlo legalmente, a través de la obtención de un visado, emprendería tan costosa aventura, física (por la posibilidad de perder la vida) y económica (pagando, en muchos casos, diez veces más que un billete regular de avión) en el Mediterráneo? La falta de vías legales y seguras por las que transitar está empujando y obligando, a los migrantes en general y a los potenciales solicitantes de asilo en particular, a la ilegalidad más peligrosa, aquella que se paga con la vida.

La arbitraria distinción entre refugiado y migrante económico no sólo está creando una evidente discriminación, de hecho y de derecho, sobre el migrante económico que no está en posición, económico y social, de obtener un visado (inmigrante ilegal); sino que, bajo una práctica de inquisitoria general basada en la sospecha, se está discriminando, también, a los propios refugiados, pues bajo el miedo de los “falsos refugiados” se está acudiendo a una política migratoria de disuasión (marítima y terrestre) sin entrar a valorar si esa persona podría ser beneficiaria de asilo. En definitiva, esta política migratoria, basada en la arbitraria distinción entre iguales, discrimina tanto al inmigrante ilegal (por la desposesión de derechos que esta pseudo-categoría ejerce), como al refugiado (por las políticas migratorias tendentes a disuadir embarcaciones marítimas o grupos de desplazados terrestres, bajo la sospecha del “falso refugiado” y con el riesgo de no estar otorgando protección a quién debería tenerla desde el primer momento).

El derecho a emigrar es hoy, para millones de personas, la única alternativa de vida y si aspiramos a una verdadera paz mundial y a una igual y verdadera protección internacional de los Derechos Humanos debemos mirar más allá de nuestros egoístas ombligos occidentales y trazar un nuevo horizonte de libertad, igualdad y dignidad. “Como recuerda el demógrafo François Héran, acoger a un millón de exiliados en la Unión Europea que cuenta con 510 millones de habitantes, significa un crecimiento de un 1/500” (RODIER, 2017: 41). El problema no es, por tanto, la llegada e integración de un millón de inmigrantes, sino que la mitad (500.000 personas) queden bloqueadas en Grecia por la unilateral decisión de Europa de cerrar fronteras con países vecinos como Macedonia o Bulgaria. De este modo asistiremos al hundimiento de la economía griega, en primer lugar, y a la caída de la Unión Europea, como consecuencia.

No se trata de una nueva amenaza, sino que el mismo fenómeno que llevaba años aconteciendo ha acelerado su ritmo e intensidad; generando así un desequilibrio entre la respuesta internacional a los desplazamientos y las necesidades de los desplazados.

4. ¿Somos todos refugiados? Hacia una migración libre, igual y digna

4.1. Por la total protección de todos

No nos enfrentamos, como algunos apuntan, a una nueva problemática, sino que asistimos a la misma constante que lleva aconteciendo en la historia de la humanidad desde hace siglos (movilidad humana), pero a un ritmo tal que ha puesto contra las cuerdas a la Comunidad Internacional.

La búsqueda de nuevas y mejores oportunidades, de los lugares más idóneos para asentarse y desarrollarse o la migración del campo a la ciudad han estado presentes en todas las civilizaciones y en todas las épocas. Así unos 55 millones de europeos migraron hacia América entre 1800 y 1940, millones de chinos marcharon a países vecinos como Indonesia, Malasia, Tailandia o Vietnam, y millones de europeos han migrado regionalmente del Sur hacia el Norte. Pero, si algo diferencia la migración del siglo XX de la del resto de la historia es que este fue el periodo en el que más desplazamientos forzados se produjeron: entre 25 y 30 millones de personas durante la Segunda Guerra Mundial, casi 1 millón de españoles durante la Guerra Civil Española, alrededor de 16 millones de personas, por motivos religiosos, tras la división e independencia, en 1947, del subcontinente indio en India (hinduista) y Pakistán (musulmán), además de millones de repatriados de Indonesia a Holanda, de Argelia a Francia o de las antiguas colonias portuguesas en Asia y África a Portugal.

Esta creciente del fenómeno migratorio, junto a los últimos acontecimientos bélicos ocurridos en Afganistán, Burundi, Congo, Irak, Siria, Somalia, Sudán, Ucrania o Yemen y los grandes desastres naturales de las últimas décadas, ha elevado la cifra de migrantes (nacionales e internacionales) a 1.000 millones de personas, de las que 244M son migrantes internacionales y, de estas, 65M son desplazados forzados.

Las migraciones mundiales se han triplicado a partir de los años 60 (3% de la población mundial) y ahora, además, se ha roto con la lógica migratoria sur-norte ya que, en la actualidad, el 60% de los desplazamientos se producen entre países del mismo nivel de desarrollo. Las personas llegadas a la frontera de Europa son, esencialmente, de Oriente Próximo, Oriente Medio y Afganistán (Siria (30,9%), Afganistán (13,8%), Eritrea (8,5%), Kosovo (8,5%), Nigeria (4%) y Somalia (3%). En efecto, el excepcional flujo migratorio del que tanto se habla es real. Real porque en 2015 el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) registró el mayor número de migraciones forzadas, sin separar en categorías, de los últimos 50 años: 53 millones de desplazados.

Este gran número de desplazamientos se debe, en gran medida, al agravamiento de los conflictos acontecidos en Oriente Próximo y Oriente Medio. Pero, en términos absolutos, y haciendo una comparación global, Europa no está recibiendo un flujo masivo de desplazados, pues los grandes países occidentales (UE, EE.UU, Canadá, Australia) sólo recibieron el 15% de los refugiados a nivel global (19,5M), frente al 25% recibido, únicamente, por África subsahariana.

No hablamos ya de trabajadores pobres en busca de “El Dorado”, sino de médicos, ingenieros o abogados, con un buen dominio del inglés, que son expulsados de sus países por la situación que allí se vive (rompiendo con la concepción del refugiado como aquel hombre blanco perseguido por sus ideas en un contexto de postguerra y Guerra Fría). Esas “masas” u “oleadas” están formadas, principalmente y en el caso sirio, por una burguesía y una clase media empujada a desplazarse clandestinamente en lanchas neumáticas como vehículo y bolsas de plástico como equipaje, pues no hay alternativa a falta de rutas migratorias seguras para acceder a los países de destino en los que entregar la solicitud de asilo. No se trata, contrariamente al discurso predominante hoy, de analfabetos trabajadores poco cualificados que se aprovechan de estos mecanismos de protección para “robar trabajo” en los países de destino.

Durante la segunda mitad del s. XX, a partir de la caída del muro de Berlín (1989), se comenzó a diseñar el sistema de asilo y protección que más tarde daría lugar al hoy conocido Sistema Europeo Común de Asilo (SECA). En el año 2001, con el éxodo yugoeslavo todavía próximo, se decidió ampliar el limitado estatuto de refugiado, contenido en la Convención de Ginebra de 1951, mediante la Directiva 2001/55/CE, del Consejo de 20 de julio, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. La hoy más que evidente falta de previsión hizo que ni esta directiva se aplicase nunca ni la regulación del SECA continuara avanzando y adaptándose a esos cambios de contexto que ya, en el año 2013, se estaban dando. Así entró en vigor, en el año 2015, el Sistema Europeo Común de Asilo con sus múltiples reglamentos y directivas, pero no pasaron ni dos años y la Unión Europea, mediante la Comisión, tuvo que anunciar la necesidad de reformar el SECA con la finalidad de “avanzar hacia una política de asilo plenamente eficaz, justa y humana; una política que funcione eficazmente tanto en tiempo de calma como en épocas de alta presión migratoria”. La Comisión Europea presentó, el 13 de julio de 2016, un paquete de propuestas legislativas que podían resumirse en: 1) la creación de un procedimiento común de protección internacional, 2) La uniformidad de las normas relativas a la protección y los derechos de los beneficiarios de protección y 3) La armonización de las condiciones de acogida en toda la Unión Europea.

Este incremento exponencial del flujo era perfectamente previsible desde los años 80 en los que Europa instauró un sistema de asilo e inmigración para, como principal objetivo, no dejar que la inmigración y los refugiados se acercasen a nuestras fronteras, pues estas sólo se veían afectadas de manera indirecta por la crisis, en ese momento menor, de los refugiados. Así apoyaron económicamente la creación de los campos de refugiados de la ONU, mientras subcontrataban a sus vecinos (Ucrania, el Magreb, África Oriental y Turquía) para que estos absorbieran la gran mayoría de los desplazamientos que llegaban a Europa y los mantuvieran lejos de nuestras fronteras

En 2015 parece que Europa, y su ciudadanía, despertó del letargo y pudo constatar cual era la verdadera situación que millones de personas vivían en el Mediterráneo. La Unión parece cambió de criterio y, tras la constatación de la muerte de 1.500 personas en dos naufragios en el Mediterráneo por parte de la Comisión Europea, decidió tomar cartas en el asunto y creó la “agencia europea en materia de migración”. Esta agencia se encargaría de hacer frente a la mal llamada “crisis migratoria” bajo una política basada en tres pilares: 1) el mantenimiento a distancia, mediante presión diplomática y financiera en los países de origen y/o tránsito, de los migrantes; 2) en caso de ineficacia de la primera medida, el control y la organización, mediante la distinción entre potenciales migrantes y potenciales refugiados, en las fronteras marítimas; y 3) habiendo sido infructíferas las dos anteriores medidas, la solidaridad en la acogida de los refugiados mediante el sistema de cuotas.

El control y la vigilancia de las fronteras marítimas se llevó a cabo mediante la agencia europea Frontex y tenía, y aún tiene, la misión de interceptar y disuadir a las embarcaciones que los desplazados emplean para cruzar el Mediterráneo y llegar a Europa. El mantenimiento a distancia de los desplazados se aplicó mediante la externalización (subcontratación) de los controles migratorios a países vecinos no europeos a cambio de contrapartidas económicas y beneficios migratorios para los nacionales del país. La acogida de los refugiados, en última instancia y fracasada la represión, se empleó mediante un sistema de cuotas que reparta solidariamente la “carga” y no la deposite únicamente, como establece el Reglamento Dublín III, en los países de entrada a la Unión Europea.

En definitiva, hablamos de una inexistente voluntad de dar una digna e igualitaria respuesta a tan importantes cuestiones y, por el contrario, la constatación de una política europea basada en una represión y arbitrariedad totalmente contraria a los Derechos Humanos.

En mayo de 2015 el presidente de la Comisión europea, Jean-Claude Juncker, propuso distribuir, de manera obligatoria, una parte de las personas solicitantes de asilo que, día tras días, se amontonaban en Grecia e Italia. La propuesta produjo una lamentable actitud, por parte de la Unión Europea, pues únicamente atendían a criterios basados en la idoneidad de los “candidatos”. Los Estados miembros, reticentes a colaborar y solidarizarse con sus vecinos sureños, acordaron la asunción de la irrisoria cantidad de 60.000 personas cuando, en aquellos mismos momentos, unos 2 millones de refugiados ya se encontraban en Turquía y varios miles llegaban a diario a las costas europeas.

Más tarde, durante el agosto de ese 2015, la canciller alemana Angela Merkel anunció que Alemania acogería a un millón de refugiados en el plazo de dos años. Esta declaración relanzó el debate sobre las cuotas y se terminó acordando el número de refugiados que cada Estado miembro debía acoger en función del número de habitantes del país de acogida, el PIB, la tasa de desempleo y el número de solicitantes de asilo recibidos en el país. La cifra aumentó hasta 160.000 personas, pero esta seguía estando lejos de ser una respuesta real y solidaria, pues no suponía ni la cuarta parte de los refugiados que ya se encontraban sólo en Grecia. En febrero de 2016 solo 218 y 279 personas había sido acogidas desde Italia y Grecia, respectivamente; es decir, medio año después menos de 500 personas, de las 160.000 acordadas, habían sido acogidas. Todo mientras Grecia e Italia tenían cuatro veces más refugiados en sus territorios de los que se pretendía acoger por parte de la Unión.

Existe, como ha sido expuesto, una política europea común en materia de inmigración y asilo basada en un control y vigilancia de las fronteras exteriores para evitar la entrada de inmigración irregular, en un pequeño y mínimo respeto del derecho de asilo contenido en la Convención de Ginebra de 1951, y, en una total falta de solidaridad por parte de los Estados miembro.

La Convención de Ginebra de 1951 establece que se debe conceder el estatuto más favorable que exista para los residentes extranjeros y este consiste en otorgar el derecho a trabajar, no recibir subsidios y poder circular por todo el espacio Schengen (todo y quedando vinculados al país que les concedió la residencia). Se les considera, por tanto, inmigrantes con aspiración a residir de forma permanente en el país. Las reglas de acogida (relativas al derecho de asilo y el estatuto del refugiado), pese a vulneradas u obviadas en múltiples ocasiones, parecen bastante claras; no lo son, en cambio, las relativas a los solicitantes de asilo (estatuto previo a la concesión del estatuto de refugiado).

En Francia, por ejemplo, los solicitantes de asilo no tienen derecho a trabajar durante el primer año desde la presentación de la solicitud de asilo y no pueden acceder a vivienda social, por lo que, pese a la insuficiente ayuda económica de 343€, son abocados a una suerte de limbo en el que, dada la gran afluencia en los centros de acogida y la priorización de colectivos vulnerables (mujeres, menores, familias con hijos a su cargo) y ciertas nacionalidades, solo encuentran ayuda en ciertos colectivos o movimiento sociales como asociaciones, redes familiares u okupaciones. Tremenda negligencia por parte de quien pretende ser protector y suerte de inversión de la carga hacia un refugiado que, sin medios, es abocado, en numerosas ocasiones, a la calle.

Las “barreras migratorias” han demostrado ser, a su vez, ineficaces, pues no hacen más que ralentizar y desplazar las trayectorias migratorias que, ante estas nuevas barreras, toman desvíos y pagan mayores sumas económicas para seguir embarcándose en rutas ahora más peligrosas y sin disminuir, en definitiva, la presión global ⁴². Estas barreras envían dos mensajes: el primero hacia la población nacional, pretendiendo hacer creer que estas medidas se toman para su protección y bienestar; el segundo hacia los inmigrantes, haciéndoles saber que se encuentran lejos de casa y que no son bienvenidos.

Ineficaz se ha demostrado, pese a la insistencia de ciertos sectores de la política española, la consolidación de verjas más altas, más protegidas y más peligrosas para, en Ceuta y Melilla, separarnos de Marruecos. ¿Ha disuadido esto a los migrantes? En absoluto, pues, además de que España dejó de ser un país atractivo en tiempos de la crisis económica, los flujos no han disminuido, sino aumentado, pero estos han sido desplazados a otros puntos de nuestra frontera comunitaria (los migrantes han desplazado sus trayectos a otras rutas como la Ruta del Mediterráneo Este que, con 885.386 personas en 2015, multiplicó su flujo por diecisiete; o la Ruta Central Mediterránea, la más peligrosa y mortal de todo el mundo, que fue empleada por más de 173.055 personas en 2016). Cuando hablan de victoria, quizá debamos entender por victoria, dentro de esta egoísta lógica europea, el hecho de que no seremos un país receptor, en primera instancia, de migración y podremos, por tanto, negociar esas minúsculas cuotas de refugiados con aquellos vecinos europeos que si se están ahogando.

El esfuerzo económico hecho en nuestras fronteras ha demostrado ser ineficaz e insatisfactorio, ¿Es el momento de repensar nuestras políticas migratorias o continuaremos destinando mayores partidas económicas a tan ineficaz, en términos absolutos y de dignidad, práctica?

⁴² Véase, por ejemplo, el paradigmático caso americano, donde la Inspección General del Departamento de Seguridad Interior (Department of Homeland Security) informó, en 2014, que, tras 8 años de utilización de carísimos drones de vigilancia, apenas habían conseguido disminuir la carga migratoria sobre la frontera mejicana y mínimo había sido el progreso en la lucha contra la inmigración ilegal.

Existe, desde el principio de los tiempos, la tentación de señalar al extranjero como un importuno que viene a “comerse nuestro pastel”, “robar nuestros empleos” o “aumentar el gasto social de nuestros presupuestos”. Argumentamos y debatimos en términos de competencia entre miserias, pues parece que estemos comparando quien es más miserable y, por tanto, quien merece más esas supuestas ayudas sociales. ¿No deberíamos, en realidad, debatir sobre el propio sistema? ¿No deberíamos preguntarnos que cómo puede ser posible que Europa, una de las mayores potencias mundiales, siga arrastrando un sistema tan desigual en la repartición de la riqueza?

La pregunta debería ser: ¿Cómo una de las mayores potencias mundiales puede considerar normal e inevitable que miles de personas duerman, con independencia de su nacionalidad, en la calle? No se trata ya de discutir sobre la posibilidad de que millones de personas empleen su *ius migrandi* para acometer sus desplazamientos, pues este es un debate de calado que requiere un tiempo del que no disponemos al llegar tarde a una discusión que lleva siglos de historia a sus espaldas (los movimientos migratorios) y nuestra teorización e interrogantes no aminorarán el ritmo con el que se producirán en los próximos años. Se trata de afrontar, de una vez por todas, un problema que lleva años aconteciendo y que hoy, más que nunca, requiere de una respuesta eficaz y justa.

No existe una sola causa que explique las migraciones, tal y como se reconoce en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 2016⁴³, por lo que no debemos caer en el simplismo de creer que estos se deben únicamente a razones persecutorias (en refugiados) o económicas (en migrantes). Ergo, existe la necesidad de ampliar la protección a todas aquellas personas en situaciones de vulnerabilidad que no encajan ni en la estricta categoría de refugiado ni en el cajón de sastre creado por el término de migrante económico. Buen ejemplo son los millones de desplazados por motivos medioambientales (refugiados ambientales) que, a causa de desastres naturales (tales como el tsunami en el Océano Índico en 2004, el terremoto en Pakistán en 2005, el ciclón Nargis en Myanmar en 2008, inundaciones en Pakistán en 2010, el tifón Haiyan en Filipinas en 2013, el terremoto en Nepal en 2014 o el terremoto en Ecuador en 2015) se han visto forzados a abandonar sus hogares y buscar nuevas oportunidades dentro o fuera de sus países.

⁴³ Apartado 1 de la Introducción de la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes de 2016: “Algunas personas se desplazan en busca de nuevas oportunidades económicas y nuevos horizontes. Otras lo hacen para escapar de conflictos armados, la pobreza, la inseguridad alimentaria, la persecución, el terrorismo o las violaciones y los abusos de derechos humanos. Hay otras personas que se desplazan por los efectos adversos del cambio climático o de desastres naturales (algunos de los cuales pueden estar vinculados al cambio climático) u otros factores ambientales. Muchos se trasladan, de hecho, debido a varios de esos motivos.”

No debemos más que cumplir con el compromiso adoptado por toda la Comunidad Internacional en el apartado 12 de la introducción de la Declaración de Nueva York:

“Estamos decididos a abordar las causas profundas de los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes, entre otros medios intensificando las gestiones para prevenir las situaciones de crisis en las etapas iniciales, sobre la base de la diplomacia preventiva. También haremos frente a esas causas mediante la prevención y la solución pacífica de los conflictos, una mayor coordinación de las actividades de asistencia humanitaria, desarrollo y consolidación de la paz, la promoción del estado de derecho en los planos nacional e internacional y la protección de los derechos humanos. De manera análoga, nos ocuparemos de los desplazamientos causados por la pobreza, la inestabilidad, la marginación y la exclusión y la falta de oportunidades económicas y de desarrollo, prestando especial atención a las poblaciones más vulnerables. Trabajaremos con los países de origen para reforzar su capacidad.”

No puede negarse que la Convención de Ginebra de 1951, y su Protocolo de 1967, supusieron un gran paso, en ese momento y contexto, en la lucha por la igualdad y la justicia, pues se reconoció, por primera vez, la existencia del problema y la necesidad de cooperar internacionalmente para solucionarlo. Fue el primer instrumento, verdaderamente internacional, en contemplar los más importantes aspectos sobre la categoría jurídica del refugiado y los derechos que a este deben serle otorgados. Pero, setenta años después, demostrada la insuficiencia del SECA y evidenciada la falta de voluntad de los Estados miembros de aplicar la Directiva 2001/55/CE de protección temporal, resulta más que evidente el necesario avance, profundización y desarrollo de nuevas soluciones políticas, jurídicas y sociales para este problema.

En la línea de abandonar la improvisación y las respuestas parciales, y buscando la mayor rapidez y protección, la comunidad internacional, y también la Unión Europea, debe actuar en dos direcciones u ópticas accesorias y complementarias: medidas que, a modo de parche, actúen con rapidez y efectividad en el corto plazo, y, medidas que, a largo plazo, creen un nuevo contexto migratorio que pueda proporcionar respuestas más libres, iguales y justas a los problemas hoy existentes en nuestro mundo. Esta actuación debe, en primer lugar, actuar para dar una rápida respuesta en el corto/medio plazo y así entrar en un segundo plano de deliberación de un nuevo marco normativo mundial para proveer de mejores respuestas a este fenómeno en el largo plazo.

Esta doble óptica se desarrolla en cuatro puntos u objetivos a tratar; tres a corto y medio plazo: 1) armonización legislativa, 2) migrante, 3) refugiado; y otro a largo plazo: 4) *ius migrandi*.

4.2. Armonización legislativa

La armonización legislativa aquí planteado no requiere un total desarrollo legislativo de la materia, que genere una suerte de ley mundial, sino que basta con una serie de directrices básicas y fundamentales que permitan un desarrollo nacional posterior en base a esos criterios generales. Así se evitaría la hipermigración hacia países con políticas migratorias más flexibles o laxas, mientras países del primer mundo, con una capacidad real y mayor de absorber esa migración, blindan sus legislaciones migratorias, a fin de dificultar cualquier tipo de acceso no-nacional al territorio, al mismo tiempo que ven a sus vecinos ahogarse.

Esas directrices generales permitirían una igualación de criterios a un triple nivel o escala: una armonización nacional primera, una armonización europea posterior y una armonización mundial final. La armonización legislativa en el plano europeo nos permitiría dar el salto al plano mundial con un mínimo de cohesión y entendimiento regional. Así, la Unión Europea debe instar a todos los Estados miembro a firmar y ratificar los mismos tratados para, en segundo lugar, pasar a actuar como un ente completo. La armonización legislativa debe darse en la firma y ratificación de tratados internacionales en materia de Derechos Humanos (como la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de 1990 o los Convenios de la OIT de los que ningún Estado miembro de la UE es parte) que permitan a cada Estado miembro, de manera unilateral, desarrollar su normativa interna. Todos los Estados miembro, por tanto, tendrán legislaciones internas, en materia de Derechos Humanos, similares, si no uniformes, pues estas habrán sido desarrolladas atendiendo a las mismas bases y parámetros, lo cual proporcionará, al conjunto de la Unión Europea, una seguridad jurídica, en materia de Derechos Humanos, que le permitirá dar una respuesta justa e igual.

Suponiendo que queramos mantener, como parece que el mundo quiere, la arbitraria e injusta división entre migrante y refugiado deberemos, aunque sólo de forma accesoria y temporal, tratar estas cuestiones por separado para intentar dar respuestas más concisas y acertadas a cada caso, bajo la promesa futura de refundir ambos conceptos en uno solo.

4.3. Refugiados y Migrantes desde una nueva óptica

4.3.1. Refugiado

La problemática de los refugiados responde, de igual modo, a una pluridimensionalidad que requiere una respuesta a corto y medio plazo. Así, en primer lugar, debe aplicarse de una vez, en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2001/55/CE para otorgar, ante estas astronómicas cifras, protección temporal a todos los refugiados que día tras día se acinan en campos de refugiados a las puertas de Europa. Estos, los campos de refugiados, deben ser una medida provisional y representar la excepcionalidad de pocos y aislados casos y de ningún modo suponer, como hoy hace, el perverso *modus operandi* de una egoísta Unión Europea.

En segundo lugar, y de manera paralela en este corto plazo mencionado, deben abordarse, también, los motivos y causas que provocan la necesidad de millones de refugiados de huir de sus países de origen. Demostrado que los conflictos armados, las persecuciones y la violencia son los principales motivos de los grandes desplazamientos (internacionales, pero también, y, sobre todo, nacionales), se debe trabajar para actuar, directamente, sobre estos motivos.

En la mencionada Directiva 2001/55/CE, quizá la medida más importante a aplicar en materia de refugiados por el desbordamiento actual de la situación, se establecen las normas mínimas necesarias para la concesión de protección temporal a grupos enteros de personas, siempre en casos de afluencia masiva, sin que esta suponga una tercera vía dentro de la Protección Internacional, sino una categoría complementaria y compatible con las ya conocidas categorías de refugiado y de protección subsidiaria. El artículo 2.º se encarga de definir la protección temporal como “un procedimiento de carácter excepcional por el que, en caso de afluencia masiva o inminencia de afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de terceros países que no puedan volver a entrar en su país de origen, se garantiza a las mismas protección inmediata y de carácter temporal, en especial si el sistema de asilo también corre el riesgo de no poder gestionar este flujo de personas sin efectos contrarios a su buen funcionamiento, al interés de las personas afectadas y al de las otras personas que soliciten protección”, es decir, como un mecanismo de protección que, mediante su temporalidad, se configura como un complemento protector de carácter previo a las dos vías de protección internacional mencionadas.

En un contexto de afluencia masiva de desplazados esta Directiva permite la absorber la totalidad de esos desplazados concediéndoles una protección temporal que puede derivar en una solicitud posterior de asilo o en el retorno voluntario al país de origen. La victoria es doble, pues, de un lado, se daría una rápida protección, de carácter temporal, a un gran número de desplazados y, de otro, se evitaría saturar los mecanismos de asilo tradicionales. Así lo consideró el Comité Económico y Social, en su Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Consejo relativa a unas normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a estas personas y asumir las consecuencias de dicha acogida» (2001/C 155/06), afirmando que de este modo “deja a los interesados la posibilidad de reflexionar con calma y conocimiento de causa antes de tomar una decisión y, por lo tanto, evita que los sistemas de asilo de los Estados miembros y el futuro sistema de asilo comunitario se saturen ante un número de solicitudes imprevisto y masivo. De hecho, en muchas ocasiones las personas desplazadas tienden a solicitar el estatuto de refugiado porque no tienen una alternativa clara, aunque ello no se corresponda con sus expectativas ni con sus necesidades contingentes; en ese tipo de casos, si se concede el estatuto de refugiado suelen producirse después rigideces y dificultades administrativas y prácticas para un eventual regreso a corto plazo, si las condiciones generales del país o de la zona de origen se modifican en sentido positivo.”⁴⁴

No se concreta cuál es el número exacto de desplazados necesario para considerar esa afluencia como masiva (el artículo 2.d se limita a indicar que se trata de un “número importante” de desplazados procedentes de un mismo país o región geográfica), pero si a que sujetos va dirigida la norma (art. 2.c): “los nacionales de un tercer país o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen, o que hayan sido evacuados, en particular respondiendo al llamamiento de organizaciones internacionales, y cuyo regreso en condiciones seguras y duraderas sea imposible debido a la situación existente en ese país, que puedan eventualmente caer dentro del ámbito de aplicación del artículo 1A de la Convención de Ginebra u otros instrumentos internacionales o nacionales de protección internacional, y en particular: i) las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente; ii) las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de los derechos humanos”.

⁴⁴ Art. 2.6 Dictamen del CES (2001/C 155/06)

La duración de esta protección temporal, tema no menos importante, es, por mandato del artículo 4, de un año inicial, prorrogable automáticamente por periodos de seis meses hasta alcanzar un año más e incluso existe la posibilidad de una tercera prorroga de un año más mediante Decisión del Consejo; por lo que la duración máxima de la protección temporal puede ser de un máximo de tres años. Una vez esta haya terminado se abrirán dos opciones posibles: de un lado, la solicitud de asilo por parte del desplazado en el Estado que hasta ahora le había protegido de forma temporal (se aplicará normativa internacional y europea) o, de otro, la decisión de no presentar dicha solicitud y abandonar el país (se aplicará el Derecho de extranjería interno del país).

Habiendo asegurado la protección temporal, por un periodo de hasta tres años, de millones de refugiados (al poder considerar la cifra de, por ejemplo, 500.000 sirios en 2015 como “masiva” y procedentes de “un mismo país o región geográfica”) podremos acometer con calma la impulsión de un nuevo Pacto Mundial por los Refugiados, que desarrolle y actualice la ya caduca Convención de Ginebra de 1951, como tercera medida a medio plazo.

4.3.2. Migrante

En materia de migrantes, por su parte, debemos actuar en dos diferenciadas líneas. Demostrada la falacia sobre la voluntariedad de los desplazamientos de los mal llamados migrantes económicos, debemos actuar, en primera instancia, de forma local para atacar las causas que provocan las migraciones forzadas de estos desplazados. Esta medida debe aplicarse en desarrollo de los objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y remediar los principales motivos por los que millones de personas se ven forzadas, pese a que el sistema así no lo contemple, a abandonar sus hogares: 1) la pobreza y las desigualdades que crean falta de oportunidades y desequilibrios territoriales en la economía y el desarrollo, 2) las malas gobernanzas que violan Derechos Humanos y crean inseguridad, 3) el cambio climático que provoca la degradación del medio ambiente y los desastres naturales. Estas tres causas deben ser atajadas mediante: 1) la erradicación de la pobreza extrema y la reducción de las desiguales, 2) la impulsión de una mayor cooperación mundial en el Desarrollo Sostenible, 3) la promoción de sociedades pacíficas e inclusivas, 4) el combate del cambio climático, 5) la liberalización del movimiento de personas, como así se hizo con los bienes y los capitales, para facilitar una migración segura, regulada y respetuosa con los Derechos Humanos.

Esta última medida es, a su vez, la segunda línea de actuación que, a medio plazo, debe impulsar una migración segura y reglada mediante un Pacto Mundial por la Migración. Problemas globales requieren respuestas globales, así las Naciones Unidas deben ser las encargadas de impulsar y hacerse cargo de este pacto que, con la ayuda de los Estados y la sociedad civil, creará un nuevo horizonte en el que podrán instaurarse medidas para asegurar y regular la migración. Este pacto, en desarrollo de los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030 y la Declaración de Nueva York, deberá incluir, como mínimo exigible y base, los siguientes puntos:

1. La migración internacional es una posibilidad que responde a diferentes motivos y causas.
2. Abordarse las causas y motivos que provocan la necesidad de migrar.
3. Facilitarse una migración y movilidad regulada y segura.
4. Respeto de los Derechos Humanos en todo el proceso migratorio.
5. No detención de menores de edad en centros de internamiento (arts. 3.5 y 8 CEDH; STDH ass. Popov c. Francia, de 19 de enero de 2012 y SETDH ass. Kanagaratnam y otros c. Bélgica, de 13 de diciembre de 2011).
6. No expulsión y extradición de extranjeros hacia países donde puedan sufrir torturas (art. 3 CEDH, STEDH ass. H.R c. Francia, de 22 de septiembre de 2011, STEDH ass. Othman (Abu Qatada) c. Reino Unido, de 17 de enero de 2012, STEDH ass. Hirsi Jamaa y otros c. Italia, de 23 de febrero de 2012 y STEDH ass. A.A y otros c. Suecia, de 28 de junio de 2012).
7. No privación de libertad de extranjeros para garantizar su extradición (art. 5 CEDH y STEDH ass. Yok-Eklae Mwanje c. Bélgica, de 20 de diciembre de 2011).
8. Fomentar la inclusión de los migrantes en las sociedades de destino.
9. Proteger los derechos laborales de los trabajadores migrantes
10. Regular las obligaciones de los migrantes en los países de destino.
11. Luchar contra el racismo, la xenofobia y la discriminación.
12. Cooperar local, regional, nacional e internacionalmente

Así, debemos eliminar el tipo delictivo del art. 318bis.1 CP ⁴⁵, pues este (contrariamente a la postura de autores como SERRANO-PIEDecasas o RODRÍGUEZ MESA, que abogan por la defensa de los derechos de los inmigrantes en este precepto penal; o la de PÉREZ CEPEDA o GARCÍA ARÁN, que optan por la dignidad del inmigrante como bien jurídico protegido en este tipo delictivo) no está defendiendo nada. La realidad, pero, nos dice que ni todos los casos de abuso se producen por la inmigración ilegal, ni toda la inmigración ilegal supone un abuso o explotación del extranjero. La primera afirmación resulta evidente por los abusos que las democracias europeas, mediante sus restrictivas políticas de inmigración, sus cuotas y sus arbitrarios criterios de entrada y solicitud de asilo, ejercen sobre los inmigrantes. La segunda resulta casi más obvia que la primera por la gran cantidad de inmigrantes que cruzan legalmente nuestras fronteras y devienen irregulares por exceder el tiempo máximo de estancia gracias a la ayuda de algún familiar o conocido establecido previamente ⁴⁶.

La dificultad en fundamentar el bien jurídico protegido del art. 318bis CP (tanto en los derechos del inmigrante como en su dignidad) quizá se deba a que su verdadero propósito consiste en salvaguardar el interés y capacidad del Estado de controlar los flujos migratorios y contener la inmigración ilegal. La literal redacción del art. 318bis.1 CP castiga cualquier tipo de promoción, favorecimiento y/o facilitación, directa o indirecta, de la inmigración ilegal sin que sea necesario ningún tipo de lesión o puesta en peligro del inmigrante. Imposible defender al inmigrante (o sus derechos) como objeto jurídico protegido por el tipo penal del 318bis cuando este hace nula referencia a lesiones o puestas en peligro y castiga cualquier tipo de colaboración. Bien es sabido que gran parte de nuestra inmigración legal fue ilegal en su día, y que esa condición de ilegal, y su obvia entrada, fue facilitada por algún familiar o amigo que, sin ningún tipo de interés económico detrás, no lesionó o puso en peligro al extranjero (imaginemos, por ejemplo, el típico caso en el que un inmigrante con su visado de turista permanece en el territorio expirado el plazo gracias a la ayuda de un familiar al este ofrecerle su alojamiento).

⁴⁵ Artículo 318bis.1 Código Penal: El que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

⁴⁶ Véase, por ejemplo, el caso de personas que acceden al país mediante un visado de estudiante o turista, pero no regresan a su países en el tiempo indicado y deviene ilegal por ello.

Esta nueva redacción está “puesta al servicio de una severa política migratoria que busca en el Derecho penal una herramienta efectiva y pragmática para el control y reducción de la presencia de extranjeros indocumentados en territorio español” (LAURENZO COPELLO, 2004: 31), pues no sólo los conceptos “trafico” e “inmigración” carecen de diferenciado contenido para el tipo penal del art. 318 bis CP, sino que los conceptos “ilegal” y “clandestino” corren el mismo destino al ser utilizado indistintamente tanto por nuestra normativa nacional (en concreto la Ley Orgánica de Extranjería), como por la normativa europea e internacional. Se ha utilizado ilegítimamente al Derecho penal como un instrumento más en el que poder desarrollar una política migratoria basada en necesidades económicas.

4.4. Respeto del *Ius Migrandi*

El *ius migrandi* (art. 13 DUDH ⁴⁷) es, y tradicionalmente ha sido, uno de los derechos más olvidados, limitados y vulnerados de la contemporánea historia de los Derechos Humanos. En Europa, por ejemplo, la liberalización se dio en capitales y mercancías, pero no en personas; configurando el *ius migrandi* de modo asimétrico al basarse, de facto, en el lugar de nacimiento de las personas y el color de sus pasaportes. La cooperación internacional debe restituir y proteger *el ius migrandi* de la población mundial y configurarlo como una solución duradera y definitiva a la situación de millones de desplazados.

El *ius migrandi* debe configurarse, a mi entender, sobre dos puntos o subderechos: el derecho a no migrar y el derecho a migrar.

El Derecho a no migrar debe asegurarse en los Estados de origen mediante un desarrollo, en todas sus dimensiones (económica, social, política, ambiental), que permita alcanzar unas condiciones de vida dignas que eviten los desplazamientos por necesidad. Un claro ejemplo es España, pues, en apenas 40 años, ha mutado de un Estado de emigración a un Estado de inmigración a causa de la propia mutación de nuestro Estado de una cerrada dictadura con anhelos autárquicos a una democracia social y de derecho. Esto ha hecho a nuestro país un atractivo para quien busque una sociedad abierta y en expansión, además de frenar las emigraciones e, incluso, hacer volver a aquellos que en su día se vieron empujados a emigrar ⁴⁸.

⁴⁷ Artículo 13 Declaración Universal de Derechos Humanos (véase nº 3)

⁴⁸ Véase, por ejemplo, el caso de muchos republicanos, y/ o hijos de republicanos, que tras la Guerra Civil se vieron obligados a exiliarse en países como Francia o Alemania y que durante los últimos años del franquismo y, sobre todo, una vez introducida la democracia decidieron volver a una patria que se había desarrollado durante esos años de exilio.

Al respecto encontramos el artículo 3 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 ⁴⁹ o el art. 27.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 ⁵⁰, donde se obliga a los Estados firmantes a proporcionar, a ambos colectivos, unas condiciones de vida dignas y aptas para un pleno desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

El Derecho a migrar se encuentra al otro lado de la moneda y surge como opción y no obligación, como derecho y no como privilegio. Una vez asegurado un desarrollo nacional suficiente para asegurar unas condiciones de vida dignas para todos los ciudadanos, podremos comenzar a hablar del Derecho a migrar como opción, pues de lo contrario nos encontraremos ante situaciones de necesidad que empujan a la forzosidad en los desplazamientos.

El Derecho a migrar se compone, en realidad, de dos derechos: el Derecho a salir del país de origen (Derecho a Emigrar), con su pertinente Derecho a retornar, y el Derecho a entrar en un país distinto al de origen (Derecho a Inmigrar), con su pertinente Derecho a establecerse pacíficamente. Es importante, como ya se ha apuntado, que ambas decisiones, salir del país y entrar en otro, respondan a la voluntariedad para poder hablar del ejercicio de su libertad por parte del individuo en el momento de la migración. Por tanto, hemos de diferenciar las migraciones individuales, que responden o pueden responder a decisiones voluntarias, de las migraciones colectivas (o masivas), que responden o pueden responder a la necesidad. Estas últimas deben hacernos reflexionar y volver al punto anterior (Derecho a no emigrar) para poner en marcha las medidas necesarias para asegurar que quien migre lo haga por decisión propia y preguntarnos si debe la Comunidad Internacional permitir la existencia de Estados que implícitamente, y a veces explícitamente, expulsan a sus nacionales y los empujan a la peligrosa huida que hoy supone un desplazamiento forzoso.

⁴⁹ Artículo 3 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979: “Los Estados Partes tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre”.

⁵⁰ Artículo 27.1 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989: “Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social”.

5. Conclusiones

Concluir no es más que recopilar las apreciaciones hechas a lo largo del trabajo en un capítulo independiente a fin de ordenar y resumir las mismas. Así, damos por probada la tesis inicial (la diferenciación primera entre refugiado y migrante económico es arbitraria y causa, de facto, discriminación), pues las discriminatorias y arbitrarias políticas adoptadas a lo largo del proceso migratorio no sólo han demostrado ser infundadas y caprichosas, sino que, en muchos casos, esa arbitraria decisión se ha tornado en una discriminación intolerable; así lo vemos en casos como las devoluciones en caliente, los inmigrantes ilegales o la propia diferenciación entre refugiado y migrante económico. Más notorio, si cabe, son aquellos casos en que la normativa, directa o indirectamente, discrimina a una persona o grupo de personas por meras condiciones subjetivas; es el caso de, por ejemplo, las denegaciones.

Se sigue una lógica arbitrariedad-discriminación que, en la mayoría de los casos, aplica una medida arbitraria que, pese a legal ⁵¹, produce una discriminación en segundo término. El caso más notorio es la propia y primera diferenciación que divide a migrantes en dos categorías o términos: refugiados y migrantes económicos. Atendiendo a una suerte de forzosidad (que no es más que la tasación de una serie de supuestos en los que existe forzosidad, pero no una concepción amplia de lo que realmente es la forzosidad ⁵²) diferencia miserias y vagamente protege a unos, mientras elude totalmente cualquier tipo de responsabilidad para con los otros.

La respuesta a la masiva movilidad de los últimos años ha sido igual de discriminatoria e ineficaz, pues Europa lleva décadas mirando hacia otro lado y esperando que sus racistas políticas consigan aplacar una cuestión que no entiende de plazos o pausas. Así, hemos asistido a años de insolidaridad con aquellos vecinos sureños que, por su mera localización geográfica, han colmado las posibilidades de sus fronteras, mientras aquellos aventajados Estados del norte, con mejor localización geográfica y holgadas economías, negociaban ínfimas cuotas de refugiados en largos procesos negociadores.

Se optó por más insolidaridad y más represión, y la consecuencia fue una fortificación europea, al estilo feudal de tan alejada época medieval, que empleó la disuasión de embarcaciones en el Mediterráneo y la subcontratación de vecinos como Turquía o Ucrania para mantener a todos esos millones de desplazados lejos de nuestras fronteras.

⁵¹ Concepto de “Legalarbitrariedad” introducido por SILVEIRA en “La *legalarbitrariedad* como mecanismo jurídico de control de la inmigración irregular”

⁵² Definida por la RAE como ineludible, inevitable, obligado por circunstancias imprevistas o contra razón y derecho.

Se acogieron a refugiados, es cierto, pero sólo en última instancia, a todo bombo mediático y cuando no existía otra opción al ver resultados infructíferos, dado el alto número de desplazados de los últimos años, las dos medidas anteriores. No se ha reflexionado desde entonces y, hoy, todavía arrastramos un viejo *modus operandi* con el que es imposible urdir un nuevo horizonte de libertad, igualdad y dignidad.

Debemos actuar si no queremos asistir al hundimiento de grandes territorios receptores de inmigración, como África o Grecia, Italia y España en términos relativos, que desencadenará con el colapso total de nuestro sistema de derechos y libertades universales.

Ha de actuarse rápido, pues la situación ya nos desborda, y para ello hemos de aplicar una serie de medidas que nos permitan, en el corto plazo, dar una primera respuesta asistencial a tan grave crisis humanitaria. Así ha de aplicarse instantáneamente la Directiva 2001/55/CE y, con ella, toda la protección temporal y extra que debe darse a los millones de refugiados que hoy se acinan en vergonzosos campos de refugiados. No debemos olvidar tampoco a los mal llamados migrantes económicos, pues estos también ven forzados sus desplazamientos por situaciones de pobreza extrema y degradación medioambiental y, por este motivo, ha de impulsarse, en el medio plazo, un Pacto Mundial por la Migración que sea consecuente con los objetivos de desarrollo sostenible de la Agenda 2030. En este medio plazo, también se deberá impulsar una actualización de la Convención de Ginebra de 1951 que contemple todo tipo de desplazamiento forzoso.

Podremos, así, dar una respuesta parcial en el corto-medio plazo, pero aún estaremos alejados de los principios de libertad, igualdad y dignidad que deben irradiar todo ordenamiento jurídico y toda actuación pública y privada. Ergo, debe respetarse y hacer respetar el *ius migrandi* de todo ser humano a fin de terminar con tan asimétrica y discriminatoria configuración actual.

Son coincidentes, en líneas generales, la actuación de la gran mayoría de países occidentales receptores de inmigración internacional, pues su sistema, el de todos ellos, está basado en dejar entrar y residir únicamente cuando las exigencias laborales de nuestras economías así lo precisen, y, denegar, devolver y/o expulsar en el resto de los casos. Así, no dista la política migratoria europea de la estadounidense, la canadiense o la australiana.

Evidente es, por otro lado, que tanto el tiempo como el espacio para investigar es limitado, motivo por el que este trabajo se encuentra, a su vez, limitado. De haber podido dedicar más tiempo y espacio a esta investigación, sin perjuicio de poder en el futuro hacerlo, sería sumamente interesante profundizar en la legislación de cada Estado de la Unión Europea, así como del desarrollo de los conceptos “refugiado”, “migrante”, y “migrante económico” del resto de Estados del mundo.

Bibliografía

AGUELO, P. “Mecanismos jurídicos de intervención ante los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes”: *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Nº 44 (Enero-Abril). Valladolid: 2017. ISSN: 1695-3509.

BELLAMY, R. (2008): *Citizenship: A very short introduction*, Oxford, Oxford University Press.

CAMPS, N. (2005): *El Derecho Internacional ante las migraciones forzadas: refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, Lleida, Edicions de la Universitat de Lleida.

CANO, M^a ANGELES. “Asilo y refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración 2015 y retos del Sistema Europeo Común de Asilo (SECA)”: *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Nº 41 (Enero-Abril). Valladolid: 2016. ISSN: 1695-3509.

CHUECA, A. y AGUELO, P. “Contenido y límites del ius migrandi”: *Revista Electrónica Iberoamericana*, Vol. 7, Nº 2. Madrid: 2013. ISSN: e 1988-618.

Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR): *Movimientos migratorios en España y Europa*. 2017.

Consejo Griego para los refugiados (GCR) y Abogados Europeos en Lesbos [Grecia], Asociación Estudios Jurídicos de las Migraciones (ASGI) y Asociación Recreativa y Cultural Italiana (ARCI) [Italia], Asociación Marroquí de Derechos Humanos (AMDH) y Grupo Antirracista para la Defensa y Acompañamiento de Extranjeros y Migrantes (GADEM) [Marruecos], Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) [España], y Programa de Asuntos Migratorios (PRAMI) de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México y Centro de Derechos Humanos Fray Matías de Córdova (CDHFMC) [México]: *5 puntos clave para el respeto de las personas migrantes y refugiadas en las fronteras*. 2018.

CUCARELLA, LA. (2019): *Derecho a la igualdad, prohibición de discriminación y jurisdicción*, Madrid, Wolters Kluwer.

DÍAZ CREGO, M. “Derecho de extranjería y jurisprudencias del Tribunal Constitucional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2011-2012)”: *Anuario CIDOB de la Inmigración*. Barcelona: 2012. ISSN: e 2462-6740.

FERRAJOLI, L. (2019): *Manifiesto por la igualdad*, Madrid, Editorial Trotta.

GARCÍA AÑÓN, J. “Derechos de los extranjeros y discriminación”. *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33. Alicante: 2014. ISSN: 1138-9877.

GARCÍA MANRIQUE, R. “La semántica confusa de la igualdad”. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5. Madrid: 2012. e-ISSN: 2386-4702 | ISSN: 0214-8676.

GONZÁLEZ BEILFUSS, M. “El pale de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo del Derecho Público de la Inmigración”: *Revista catalana de dret públic*. Barcelona: 2010.

HABERMAS, J. (2012): *La Constitución de Europa*, Madrid, Editorial Trotta.

HOBBS, Th. (1999): *Leviatán*, Madrid, Alianza.

LAURENZO COPELLO, P. “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”: *Jueces para la democracia. Información y debate*. Madrid: 2004. ISSN 1133-0627.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., SÁNCHEZ TOMÁS, JM., SEGOVIA, et al., y otros “Rechazos en frontera: ¿frontera sin derechos? Análisis de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, introducida por la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana”: *Informe del proyecto I+D+i IUSMIGRANTE (DER 2011-26449)*. Madrid: 2015.

KANT, I. (2003): *Sobre la paz perpetua*, Valparaíso, Editorial el Cardo.

LOCKE, J. (2014): *Segundo tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza Editorial.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (2007): *La inmigración como delito: un análisis político-criminal, dogmático y constitucional del tipo básico del art. 318 bis CP*, Barcelona, Atelier.

ONGHENA, Y. “¿Migrantes o refugiados?”: *Publicacions CIDOB*. Barcelona: 2015.

PARRA, C. y GIMÉNEZ BACHMANN, M. (2016): *Nacionalidad y extranjería*, Barcelona, Huygens Editorial.

PEREZ CEPEDA, A. (2004): *Globalización, tráfico internacional ilícito de personas y derecho penal*, Granada, Comares.

RAWLS, J. (1979): *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica.

RODIER, C. (2017): *Migrantes y refugiados: respuesta a las inquietudes sociales*, Barcelona, Servei de Publicacions de la Fundació Apip-Acam.

RODRIGUEZ - PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, MF. (2018): *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, AEBOE - Fundación Wolters Kluwer - Ministerio de Justicia - Tribunal Constitucional.

ROSANVALLON, P. "Reflexiones sobre la igualdad en una era de desigualdades": *Estudios Internacionales*. Chile: 2012. ISSN: 0716-0240-119-135.

SILVEIRA, H. "Biopolítica de Estados expulsores": *Revista Crítica Penal y Poder*. Barcelona: 2012.

SILVEIRA, H. "La legalarbitrariedad como mecanismo jurídico de control de la inmigración ilegal": *Revista Crítica Penal y Poder*. Barcelona: 2017.

VILLAR, S. "Refugiados e (in)solidaridad en la UE: la no aplicación de la Directiva 2001/55/CE": *Publicacions CIDOB*. Barcelona: 2017.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto N.D y N.T contra España, de 13 de febrero de 2020

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto García Mateo contra España, de 19 de febrero de 2013

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto A.A y otros contra Suecia, de 28 de junio de 2012

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Khodzhamberdiyev contra Rusia, de 5 de junio de 2012

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Hirsi Jamaa y otros contra Italia, de 27 de febrero de 2012

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Popov contra Francia, de 19 de enero de 2012

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Othman (Abu Qatada) contra Reino Unido, de 17 de enero de 2012

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Yoh-Ekale Mwanje contra Bélgica, de 20 de diciembre de 2011

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Kanagaratnam y otros contra Bélgica, de 13 de diciembre de 2011

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Al Hanchi contra Bosnia Herzegovina, de 15 de noviembre de 2011

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Alim contra Rusia, de 27 de septiembre de 2011

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto H.R contra Francia, de 22 de septiembre de 2011

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Boultif contra los Países Bajos, de 18 de octubre de 2006

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto Üner contra Suiza, de 2 de agosto de 2001

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, asunto D. contra Reino Unido, de 2 de mayo de 1997

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 2ª), de 19 de abril de 2012, asunto C-415/10, Galina Meister contra Speech Design Carrier Systems GmbH

Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala 6ª), de 8 de octubre de 2020, asunto C-568/19

Sentencia del Tribunal Constitucional 17/2013, de 31 de enero de 2013

Sentencia del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre de 2007

Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero de 2007

Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril de 2005

Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo de 2003

Sentencia del Tribunal Constitucional 137/2000, de 29 de mayo de 2000

Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, de 10 de abril de 2000

Sentencia del Tribunal Constitucional 21/1997, de 10 de febrero de 1997

Sentencia del Tribunal Constitucional 130/1995, de 11 de septiembre de 1995

Sentencia del Tribunal Constitucional 94/1993, de 22 de marzo de 1993

Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1984, de 23 de noviembre de 1984

Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1985, de 11 de octubre de 1985

Sentencia del Tribunal Constitucional 99/1985, de 30 de septiembre de 1985

Auto de la Audiencia Provincial de Gipuzkoa 132/2006

Auto del Juzgado de Primera Instancia de Melilla 866/2014 (Sección 2ª), de 11 de septiembre de 2014.

