

UNIÓN EUROPEA Y *CRISIS* DE REFUGIADOS LA LIBRE MOVILIDAD COMO DERECHO HUMANO

Marco Aparicio Wilhelmi

Profesor Serra Húnter de Derecho constitucional
Universitat de Girona
marco.aparicio@udg.edu

Resumen:

En este artículo, el autor realiza un análisis de la crisis de los refugiados y las personas inmigrantes en la Unión Europea, señalando la política migratoria europea como un espacio excluyente de libertad, seguridad y justicia, y defendiendo el derecho a la movilidad humana como primer derecho.

Palabras clave:

Libre movilidad, derechos humanos, refugiados, política migratoria, Unión europea.

Abstract:

In this article, the author provides an analysis of the crisis of refugees and immigrants in the European Union, pointing out to European migration policy as an exclusionary area of freedom, security and justice, and defending the right to human mobility as first right.

Keywords:

Free mobility, Human Rights, Refugees, Migration policy, European Union.

Recibido: 21/04/2017

Aceptado: 21/04/2017

REFUGIADOS Y UNIÓN EUROPEA: “EUROPA, TIERRA DE LIBERTADES: NO PASAR”

Se trata de una de las incisivas viñetas de El Roto, publicada ya hace unos años. Hoy, más vigente que nunca. Las imágenes que reflejan la situación que se vive en Grecia y sus fronteras inevitablemente activan la memoria de nuestro pasado así como nos conminan a movilizar respuestas.

Uno de los terrenos en los que tales respuestas deben emerger es, sin duda alguna, el jurídico. Los derechos humanos aparecen como barreras de contención que logran aparentar cierta capacidad de resistencia en tanto y cuanto no sean verdaderamente presionadas. Cuando esto último ocurre, tales barreras a menudo se deshacen con facilidad, incluso las referidas a los derechos más elementales, aquellos que son preconditiones del resto de derechos, como la vida misma.

En parte, dicha inconsistencia tiene que ver con el modo en el que se ha insertado en nuestra cultura jurídica la noción de excepcionalidad. Ya sea en términos formales, esto es, mediante la declaración de estados de emergencia o incluso de excepción, o por aplicación de la excepcionalidad permanente propia de la legislación antiterrorista; o en términos de discurso político, cuando se detecta una situación que es categorizada como excepcional, como “crisis” que altera una pretendida normalidad. En este último caso, resulta paradójico que el sistema de derechos pueda quedar matizado, *atemperado* (diría el TC al referirse a los derechos de las personas extranjeras) cuando de una “crisis” se trata. La construcción de barreras jurídicas debería, precisamente, servir para dotarnos de mejores mecanismos para enfrentar tales crisis, tales situaciones de anormalidad, puesto que, como ya señaló Walter Benjamin (octava tesis de filosofía de la historia) “la tradición de los oprimidos nos enseña que el ‘estado de excepción’ en el cual vivimos es la regla”.

La segunda década del presente siglo va camino de significar el fin quien sabe si definitivo de la ilusión europea, o al menos, de la ilusión por un proyecto basado en la defensa de los derechos humanos, en una dimensión humanista, fundada en valores como la igualdad, la dignidad y una democracia inclusiva y plural.

En buena medida, el fin de dicha ilusión se produce a partir de un vaciamiento por implosión del sentido, del papel de tales valores y principios. Es el mismo proyecto europeo el que ha sentado las bases que explican dicho vaciamiento. En lugar de avanzar en la consolidación de un espacio con capacidad política para hacer frente a procesos de desdemocratización de la economía y, en general, de lo colectivamente decidible, la Unión Europea ha venido a sumarse al impulso de tales procesos, y a su extensión a nivel planetario.

2011 podría ser considerado como momento emblemático. Es el año en el que, después de rechazarse la posibilidad de la convocatoria de un referéndum en Grecia, se impuso desde las instituciones europeas (y el Fondo Monetario Internacional) la llegada a los gobiernos griego e italiano de sustitutos “técnicos” (Lucas Papademos y Mario Monti), como paso previo a la aprobación y aplicación de drásticas medidas de ajuste. También es en 2011 cuando se aprueba en España la reforma del art. 135 constitucional, ejemplo refinado de vaciamiento de sentido democrático de nuestras instituciones y de la misma noción de poder constituyente. Aunque, y precisamente por ello, también es en 2011 cuando surge el movimiento del 15-M.

Centrándonos ya en la situación de las personas inmigrantes y refugiadas, el camino que lleva a 2016, año del acuerdo con Turquía que trata de asegurar que los países de la UE no deban asumir la acogida y el respeto del derecho de asilo por parte de quienes atraviesan dicho país para llegar a suelo comunitario, nos ofrece un peligroso cóctel, cuyos ingredientes son: crisis económica y de legitimidad de las

instituciones políticas, incursión de la violencia terrorista al interior de la “fortaleza europea” y aumento de la llegada de personas que huyen de la violencia, sea principalmente bélica o económica.

El resultado de dicho cóctel se está cristalizando en un ataque a gran escala al sentido más primario de los derechos humanos. El contenido del acuerdo entre la UE (o de sus estados miembros, pues la incierta naturaleza del acuerdo busca enmarañar sus implicaciones jurídicas) y Turquía contiene, entre otras cláusulas, una ratio de aceptación de la entrada en territorio de la Unión Europea a un refugiado por cada devolución que Turquía admita. Este mercadeo humano, implica, además de un peligroso discurso, y un ejercicio de amnesia respecto de la reciente historia europea, una abierta vulneración de exigencias básicas del Derecho de asilo y de la protección internacional recogidas además en la propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE: Su artículo 19 recoge la prohibición de expulsiones colectivas y la garantía de no devolución, expulsión o extradición (*non refoulement*) de una persona a un Estado no seguro, en el que corriese grave riesgo de ser sometida a pena de muerte u otras penas o tratos inhumanos o degradantes.

Pero no se trata de algo aislado, ni aislable: una afrenta de tal calibre contradice el sentido mismo de los derechos, que deberíamos concebir fundamentalmente como mecanismos de resistencia, herramientas de protección de quienes se hallan en condiciones de mayor vulnerabilidad. Dicha situación es la que afecta a buena parte de las personas migrantes y, en todo caso, lo es para quienes deben huir de su país porque en el mismo pelagra su vida o derechos más elementales, que han dejado de ser protegidos por el Estado del que forman parte razón por la cual no pueden regresar al mismo. En esta última categoría se incluyen, obviamente, las personas solicitantes de asilo.

Detengámonos brevemente en esta cuestión: no es que los derechos no se refieran tendencialmente a todos los sujetos (al menos a todo el universo de sujetos formalmente titulares), es que su sentido, su razón de ser más esencial es la de proteger a los sujetos cuyos intereses o necesidades se hallan más amenazados, esto es, los que por circunstancias diversas ocupan una posición de menor poder, de mayor vulnerabilidad. Se trata de un criterio básico de comprensión de los derechos que debería tener mayor presencia en el momento de la interpretación normativa, por ejemplo la judicial, a la hora de ponderar intereses en conflicto.

Por estas razones, existe para todo Estado un deber jurídico de acogida y de protección de los derechos de quienes potencialmente puedan ser solicitantes de asilo y, en general, hacia toda persona que se halle en tránsito migratorio en condiciones precarias, vulnerables.

Así como los derechos se refieren especialmente a sujetos con menos poder, las obligaciones se predicen más reforzadas respecto de sujetos con más poder. Ello conlleva que la obligación de acogida sea más exigible, si cabe, para los Estados que por sus circunstancias económicas y sociales se encuentran en mejores condiciones para satisfacerla. Pero también, podríamos añadir otro criterio de sentido común, que por ello deviene criterio interpretativo básico: la obligación se refuerza aún más referida a Estados cuyo poder les permite incidir en mayor o menor medida en las

causas que empujan a las personas a salir de sus países. Ambos aspectos concurren respecto de la Unión Europea (UE) en su conjunto, y en especial respecto de los Estados que conforman su núcleo.

Dicho deber jurídico podríamos derivarlo del sentido mismo de los derechos humanos y del sistema de Naciones Unidas, empezando por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo art. 14 establece el derecho de asilo en cualquier país en caso de persecución, y se concreta de manera clara en el Convenio de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados (1951) y el Protocolo de Nueva York (1967).

Por lo que respecta a los países de la UE, tales obligaciones se asientan también en los Tratados fundacionales, que tras el Tratado de Lisboa de 2007 establecen por medio del art. 1bis que

La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías....

Y en su artículo 2, garantiza que

En sus relaciones con el resto del mundo, la Unión afirmará y promoverá sus valores e intereses y contribuirá a la protección de sus ciudadanos. Contribuirá a la paz, la seguridad, el desarrollo sostenible del planeta, la solidaridad y el respeto mutuo entre los pueblos, el comercio libre y justo, la erradicación de la pobreza y la protección de los derechos humanos, especialmente los derechos del niño, así como al estricto respeto y al desarrollo del Derecho internacional, en particular el respeto de los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Por otra parte, su art. 63.1 establece que

La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes.

Respecto de la específica regulación comunitaria del asilo, la Directiva 2004/83/CE, de 29 de abril de 2004, que establece normas mínimas para el reconocimiento del estatuto de refugiados y otras formas de protección (la llamada protección subsidiaria). En esta Directiva se señalan las circunstancias que deben dar pie a la concesión del asilo o de protección subsidiaria y se establece con claridad la necesidad de que los Estados consulten a ACNUR sobre los criterios a aplicar¹.

Aunque el marco normativo con mayor incidencia es el llamado sistema de Dublín, que se inicia con un Convenio internacional de 1990 y posteriormente, una vez la

¹ Ver "Consideraciones de protección internacional con respecto a las personas que huyen de la República Árabe Siria": ACNUR, octubre de 2014, tercera actualización: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5600f2174>

competencia en materia de asilo es incorporada a la UE, se regula mediante Reglamento, el último de los cuales es el Reglamento núm. 604/2013, conocido como Dublín III. Se trata de una regulación comunitaria cuyo principal objetivo es, paradójicamente, la renacionalización de la competencia en materia de concesión de asilo con la rígida determinación del primer país receptor como responsable del procedimiento de asilo. Tan sólo se abre un espacio a limitadas excepciones que, en buena parte de los casos, no concurren^{2,3} además de la cláusula llamada “de soberanía” que permite a los Estados recabar para sí la competencia, algo que en el caso de España se ha dado de modo prácticamente nulo⁴. Se suma además, la problemática derivada de que nuestra legislación interna de asilo no da cuenta de modo suficiente de la distinción entre asilo y protección subsidiaria en el marco del sistema Dublín, en lo referente a las posibilidades que tenga el Estado de otorgar protección subsidiaria aunque otro Estado europeo no haya reconocido el asilo, lo que hace aún más rígido el sistema⁵.

² La excepción de reagrupación familiar; que el cónyuge, pareja de hecho o hijos menores –o los ascendientes o responsables del solicitante si el mismo es menor– hayan sido previamente reconocidos como refugiados en un Estado miembro.

³ También es el caso de que la persona previamente hubiese obtenido un visado reciente o permiso de residencia en otro Estado miembro, o hubiese residido de manera irregular durante al menos 5 meses.

⁴ Como excepción al sistema en su conjunto, el sistema abre la posibilidad de las llamadas “cláusulas excepcionales”, recogidas en el art. 17, del Reglamento Dublín III. La primera es la llamada “cláusula soberana”, que señala que “cualquier Estado miembro podrá decidir examinar una solicitud de protección internacional que le sea presentada por un nacional de un tercer país o un apátrida, aun cuando este examen no le incumba en virtud de los criterios establecidos en el presente Reglamento”. La segunda, le permite “pedir en todo momento a otro Estado miembro, antes de que se adopte una primera decisión en cuanto al fondo, que asuma la responsabilidad de un solicitante a fin de agrupar a cualesquiera otros familiares, por motivos humanitarios basados, en particular, en consideraciones familiares o culturales, aunque ese otro Estado miembro no sea responsable con arreglo a los criterios establecidos en los artículos 8 a 11 y 16. Las personas interesadas deberán manifestar su consentimiento por escrito”.

⁵ Lo explica CEAR en un informe de 2000: Si bien en la Ley de Asilo no se excluye la posibilidad de obtener protección subsidiaria a los inadmitidos a trámite en aplicación del Convenio de Dublín, “el Reglamento de aplicación de dicha Ley, al regular los efectos de la inadmisión a trámite en frontera, parece establecer dos categorías de inadmitidos a trámite: 1) los inadmitidos por ser otro Estado el responsable del examen de la solicitud de asilo, o por tener derecho a residir u obtener asilo en un tercer Estado, o provenir de un tercer Estado cuya protección haya podido solicitar y que le ofrezca garantías de no devolución; y 2) los inadmitidos por cualquier otro motivo. De acuerdo con el art. 22.2 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, los segundos pueden ser beneficiarios de protección temporal, mientras que a los primeros únicamente se les podrá autorizar la entrada en el territorio si en el plazo de setenta y dos horas desde la presentación de la solicitud no se han resuelto las gestiones con los Estados correspondientes, quedando en suspenso el procedimiento hasta la obtención de respuesta por el Estado en cuestión. Estas dos “categorías” de inadmitidos a trámite parecen existir también en el procedimiento ordinario, a pesar de no existir ninguna previsión al respecto. En definitiva, no se concede en ningún caso protección subsidiaria o

De este modo, para la determinación del Estado responsable se obvian de raíz otros aspectos como el criterio de las mejores condiciones de integración en el país de acogida (presencia de otros familiares, o cercanos o contexto sociocultural o lingüístico). La regulación (normatividad), se distancia de las condiciones de la realidad (normalidad), que dicta que el país de llegada se determina por condiciones circunstanciales que no se corresponden con las necesidades de una protección internacional adecuada, tanto por la situación concreta de los solicitantes como por resultar inviable atribuir toda la carga a unos pocos países fronterizos.

Como ya detectó en 2000 la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), sigue resultando necesario un instrumento comunitario que sustituya al sistema Dublín y que en ningún caso puede “seguir siendo un instrumento de control de fronteras exteriores -cuestión a tratar mediante las medidas a adoptar al amparo del artículo 62 del Tratado CE, sin mezclar dichas cuestiones con el derecho de asilo ni hacer recaer sobre los solicitantes de asilo las deficiencias de las políticas en dicha materia-, sino un instrumento de protección en el que, sin suprimir las normas sobre readmisión tendentes a evitar las solicitudes de asilo múltiples y/o sucesivas, prevalezca el debido respeto a las obligaciones internacionales de todos los Estados miembros de la UE en materia de asilo”. Señala la propia CEAR con contundencia que este sistema violenta “la concepción del asilo como una institución de protección de los derechos fundamentales de la persona, vulnera los derechos y la dignidad de los solicitantes de asilo e hipoteca sus condiciones de integración futuras en el país de acogida”⁶.

Buena prueba de ello, son datos como los recogidos por Eurostat y Frontex, según los cuales de los potenciales peticionarios de asilo sólo 64.625 de los 170.000 que llegaron irregularmente a Italia en 2014 lo solicitaron en este país. También resulta difícilmente explicable que una vez determinada la responsabilidad de otro Estado para el examen de una solicitud de asilo, gran parte de las peticiones de traslado no sean aceptadas o finalmente no sean ejecutadas⁷. Igualmente, extraña que no exista

temporal a los inadmitidos a trámite en aplicación del Convenio de Dublín, siguiéndose el criterio de que el Estado responsable del examen de la solicitud de asilo debe ser también el responsable de conceder en su caso otra forma de protección [...], y ello a pesar de que, al ser distintas las legislaciones y prácticas de los Estados en esta materia, existe en muchos casos perfecto conocimiento de que el Estado técnicamente responsable no concederá ninguna protección al solicitante de asilo ni garantías de no devolución”. CEAR: Informe recogido en la web de equipo NIZKOR: <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/dublin.htm>.

⁶ Añade el mismo informe de CEAR que “el criterio actual, además, no sólo resulta injusto, sino que conduce a mayores injusticias y efectos perniciosos directos e indirectos derivados del mayor rigor en los controles de entrada de solicitantes de asilo, como, por ejemplo, la posibilidad de que las compañías privadas de transportes, para evitar sanciones económicas, se nieguen a embarcar a personas merecedoras de protección internacional con destino a un país que eventualmente no será responsable del examen de su solicitud de asilo, interpretando por su cuenta y sin control alguno los criterios de asignación de responsabilidad del Convenio de Dublín.

⁷ En 2013 del total de 76.358 peticiones, 56.466 fueron aceptadas por los estados receptores pero sólo 15.938 (el 20 por ciento) fueron realmente ejecutadas. Datos proporcionados por

un mecanismo que permita a países que recíprocamente se realizan solicitudes de traslado poder compensarlas⁸.

En definitiva: por medio del sistema Dublín, se comunitariza una red de controles y en cambio se rechaza la gestión común, compartida de la responsabilidad jurídica y política de acogida de los refugiados y de reconocimiento de sus derechos.

Se podría afirmar, en consecuencia, que el sistema de Dublín principalmente configura un mecanismo de *i-responsabilidad*, del que se derivan numerosas situaciones conflictivas, como el propio TEDH se ha encargado de señalar en distintas sentencias⁹. Con ello, la Unión Europea consolida un mecanismo ya ensayado: en

Susan Fratzke (2015). Not Adding Up – the fading promise of Europe’s Dublin system. Migration Policy Institute. <http://www.migrationpolicy.org/research/not-adding-fa-ding-promi-se-europes-dublin-system>.

Para el caso de España, CEAR viene señalando que una vez inadmitida a trámite la solicitud de asilo por las autoridades españolas, y determinado el Estado responsable de su examen, el número de traslados efectuados desde España es mínimo, permaneciendo la mayor parte de los solicitantes de asilo (alrededor de un 80%) en situación irregular hasta lograr regularizar su situación en el marco de la legislación general de extranjería, y sin que finalmente España ni el Estado responsable examinen su solicitud de asilo.

⁸ Por ejemplo, en 2013 Alemania envió 1.380 peticiones a Suecia y recibió 947 de ésta. La Comisión Europea ha llegado a proponer un mecanismo entre estados que permitiera anular las transferencias “redundantes”, es decir, cuando la suma de los que van y los que vienen es similar. Este mecanismo, sin embargo, no ha sido incluido ni en Dublín II ni en Dublín III. Así lo recoge GARCÉS-MASCAREÑAS, Blanca. ¿Por qué Dublin no funciona?, informe de 2015 publicado por CIDOB: [file:///home/maparacio/Baixades/NOTES%20135_GARCES_CAST%-20\(1\).pdf](file:///home/maparacio/Baixades/NOTES%20135_GARCES_CAST%-20(1).pdf)

⁹ En su sentencia *M.S.S. vs Belgium and Greece* (Demanda 30696/09), de 21 de enero de 2011, el TEDH condena a Bélgica y Grecia por la violación de los artículos 3 (prohibición de la tortura) y 13 (derecho a un recurso efectivo) del Convenio Europeo de Derechos Humanos. El demandante, de origen afgano, entró en la Unión Europea por Grecia en 2008 presentando posteriormente su solicitud de asilo en Bélgica. La solicitud no fue examinada y M.S.S. fue trasladado a Grecia de conformidad con el Reglamento “Dublín II”. La sentencia determina que Grecia, en el momento en que sucedieron los hechos, no contaba con un sistema efectivo para la tramitación de las solicitudes de asilo y que el procedimiento griego adolecía de graves deficiencias estructurales, por lo que se negó a M.S.S. la oportunidad de acogerse a una tramitación efectiva de su solicitud. Además, el hecho de que no existiera en Grecia un mecanismo efectivo para interponer reclamaciones sobre temas relacionados con violaciones de derechos humanos constituye una violación del artículo 13 del CEDH. Asimismo, al recluir a M.S.S. en condiciones degradantes, Grecia violó el artículo 3 del mencionado Convenio. En lo que respecta a Bélgica, el Tribunal determina que, en el momento de la expulsión de M.S.S., “las autoridades belgas sabían o deberían haber sabido que no tenía garantías de que su solicitud de asilo fuera examinada seriamente”. Además, el Tribunal considera que, puesto que M.S.S. podía argumentar que con su devolución a Afganistán corría un riesgo real de sufrir tortura u otros malos tratos e incluso morir, su transferencia de Bélgica a Grecia violó el principio de no devolución, por tanto, el artículo 3 del CEDH. Se puede hallar un análisis de la sentencia por parte de MORGADES, Sílvia, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 41, 2012, pp. 183-204 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4019346>).

materia de derechos humanos, en general rehúye la asunción de responsabilidades compartidas: es una organización supranacional que sólo asume obligaciones hacia la comunidad internacional en el terreno de acuerdos económicos, de comercio e inversión, pero que se des-responsabiliza en materia de derechos humanos, atribuyendo la responsabilidad de su observancia a los Estados miembros.

La misma lógica es la que impera en las políticas migratorias: se comunitarizan algunas formas de control de frontera en su dimensión policial (e incluso militar) mediante la creación de la Agencia Frontex, el SIS (Sistema de Información Schengen) o el SIV (visados), mientras se consolida la dimensión nacional de la responsabilidad con respecto a la acogida, gestión concreta de la inmigración y reconocimiento de derechos.

Podría trazarse un paralelismo con el mecanismo de la Deuda. Las causas son comunes, las consecuencias, se nacionalizan (mecanismo que hacia el interior de cada Estado-nación se relaciona con el conocido adagio: los beneficios se privatizan y las pérdidas se socializan).

Llegados a este punto, se puede afirmar que, en definitiva, la política migratoria y asilo expresa uno de los mayores fracasos del infructuoso camino hacia la construcción política de la UE y la superación formal de la lógica de los Estados-nación como principal espacio de soberanía y legitimación. El problema es que, en términos generales, la combinación de la dimensión comunitarizada para cuestiones de orden económico, monetario y de libre circulación de bienes y capitales, con el mantenimiento del carácter estatal de la responsabilidad en materia de derechos humanos, está teniendo un saldo negativo, pues genera una presión de igualación a la baja, más acusada cuanto más crece el número de países miembros. Sin duda alguna, en materia de derechos humanos ha hecho mucho más el Consejo de Europa, como organización internacional clásica, que la Unión Europea, como organización supranacional con mucha mayor capacidad reguladora y aplicativa.

También resultan de interés: 1) Sentencia del TJUE de 10 de febrero de 2013, (Gran Sala), Shamsu Abdullah y Bundesaylamt, Asunto C-394/12. Analizada por Julia Magaz Urquidi en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 48, mayo/agosto (2014), págs. 639-654; 2). La decisión del Tribunal de Apelaciones de Reino Unido, Adan y Aitseguer [1998] INLR 472; Cámara de los Lores de Reino Unido, Regina v. Secretario de Estado ex parte Adan; Regina v. Secretario de Estado ex parte Aitseguer (sentencias de 19 de diciembre de 2000) 2 WLR 143–169 (la expulsión de dos solicitantes de asilo, de nacionalidades somalí y argelina, a Francia y a Alemania sobre la base de que se trata de terceros países seguros no ofrece garantías de protección, toda vez que ninguno de esos países ofrece protección a quienes temen persecución de agentes no estatales); 3) TI v. UK, TEDH, Decisión de la Sección Tercera del TEDH sobre la admisibilidad de la solicitud 43844/98 (2000), 12 IJRL 244–267 (los acuerdos para determinar el Estado responsable de hacerse cargo de los solicitantes de asilo no eximen al Estado signatario de la responsabilidad para garantizar que el traslado indirecto de un solicitante de asilo no constituya una violación del artículo 3).

LA POLÍTICA MIGRATORIA: LA UNIÓN EUROPEA COMO ESPACIO (EXCLUYENTE) DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA

Aunque la gestión de la llamada “crisis de los refugiados” esté llevando la crisis de los derechos de las personas migrantes a un punto álgido, debe señalarse que no se trata de una tendencia sustancialmente diversa a la que ha acompañado la construcción misma de la UE. Para empezar, se puede afirmar que la utilización de mano de obra migrante en situación de vulnerabilidad ha sido una constante en la construcción del mercado único europeo. El reconocimiento de la libre circulación y de derechos tendencialmente iguales para todos los ciudadanos comunitarios en buena medida ha resultado posible al precio de la existencia de un nutrido ejército de reserva integrado por trabajadores y trabajadoras extranjeros.

Con el Tratado de Ámsterdam, de 1997, las políticas de migración y asilo pasaron al ámbito competencial de la Comunidad, esto es, al llamado “primer pilar” de la UE. Así, se introdujo un Título IV denominado “visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas”. Dicha comunitarización y el hecho de que un proceso de integración regional suponga ya de por sí un freno al rígido discurso del estado-nación, generó ciertas expectativas de cambio en el tratamiento de la inmigración y el concepto de ciudadanía.

El Consejo Europeo de Tampere de 1999 recomendó que se garantizara a los residentes de larga duración “derechos tan cercanos como sea posible a los reconocidos a los ciudadanos de la UE”. En sentido similar, tuvieron lugar pronunciamientos de la Comisión Europea, del Parlamento europeo, del Comité Económico y Social, e incluso se impulsaron Directivas que en términos generales facilitaban una mejor tutela de las personas inmigradas (Directivas de tipo transversal como la 2000/43, sobre la implementación de la igualdad de trato entre las personas, con independencia de su origen étnico o racial, o la 2000/78, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo o la educación).

En conjunto, tales señales no han pasado de ser elementos marginales de una política general que privilegiaba la aproximación utilitarista, en términos económicos, sobre las consideraciones de tipo garantista. Algunas Directivas que en su discusión previa habían generado ciertas expectativas en materia de reconocimiento de derechos -como la Directiva 2003/86, sobre el derecho de reunificación familiar; la 2003/109, sobre el estatuto de los inmigrantes residentes de larga duración; o la 2004/38, sobre el derecho de los ciudadanos y de los integrantes de su familia a circular y residir libremente en el territorio de los estados miembros- resultaron frustrantes. Lejos de suponer una igualación “por arriba” en términos garantistas y de un avance en la dirección de una ciudadanía europea de residencia, supusieron una armonización a la baja que tomaba como referencia algunas de las regulaciones más restrictivas.

La propia Carta de Derechos Fundamentales de la UE, presentada como “hito constituyente” en el proceso de integración y dotada ya del mismo valor jurídico que los Tratados, presta escasa atención a la cuestión migratoria. La preocupación por los derechos de las personas inmigradas se limita, según vimos, a lo contenido en su

artículo 19 que recoge, en la línea de la normativa internacional, la prohibición de expulsiones colectivas y a la garantía de no devolución, expulsión o extradición.

Más allá de estas disposiciones –no siempre eficaces, si se atiende a las recientes propuestas de elaborar un listado de “terceros estados seguros” a los que podrían devolverse los inmigrantes indocumentados– el resto de previsiones de la Carta en materia de derechos políticos y sociales de las personas migrantes son irrelevantes.

Si bien es cierto que algunos derechos recogidos en la Carta –como el derecho a la educación, a las prestaciones de seguridad social, a las ayudas en materia de vivienda o a la protección de la salud– aparecen reconocidos a las personas en general y no sólo a los “ciudadanos”, no puede obviarse su supeditación a lo establecido en “el Derecho de la Unión, en las legislaciones y prácticas nacionales”, lo que acaba por impedir una interpretación verdaderamente limitadora del margen de actuación del legislador, tanto estatal como comunitario.

El escaso impacto de las previsiones garantistas en materia migratoria resulta aún más llamativo si se compara con los eficaces mecanismos de control que la UE ha desarrollado con el propósito de reforzar el denominado “Espacio de libertad, seguridad y justicia”. Policía fronteriza, radares, sensores nocturnos en las fronteras exteriores, sistemas informáticos centralizados (la mejora del SIS), centros de internamiento para indocumentados, “zonas especiales” en los aeropuertos destinadas a retener a extranjeros a los que se niega la entrada, contratos con empresas privadas de seguridad para delegar tareas de control y vigilancia en materia de extranjería, y traslación a las empresas transportistas de tareas de control de documentos, bajo amenaza de fuertes sanciones, son sólo algunos ejemplos de ello.

Bastará con recordar que existen en la UE al menos 178 centros de detención temporal para personas extranjeras en situación de irregularidad administrativa. A estos centros de detención reconocidos por los Estados en el interior de sus territorios hay que sumar los informales, así como todas aquellas zonas, centros y campos situados más allá las fronteras de la UE. Se trata de realidades heterogéneas, de regulación jurídica opaca y en ocasiones inexistente: centros de detención y de internamiento, centros de “tránsito” y de “espera”; centros abiertos, semi-abiertos y cerrados; centros formales e informales¹⁰.

Sin duda, el hito normativo de la dimensión securitaria de la política migratoria comunitaria lo constituye la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a los procedimientos y normas comunes a los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países que se encuentran ilegalmente en su territorio (DOCE L-348/98, de 24 de diciembre de 2009). La Directiva considera la expulsión como sanción primaria. Así por ejemplo, en los casos en que exista un procedimiento de renovación de autorización de residencia o de estancia aún pendiente, el artículo 6.5 realiza, como simple sugerencia, que “el Estado miembro considerará la posibilidad de abstenerse de expedir una decisión de retorno” hasta la resolución de renovación.

¹⁰ Merece la pena acudir al mapa de centros de internamiento elaborado por migreurop: <http://www.migreurop.org/?lang=fr>

Por otra parte, se consagra la posibilidad de que la medida de retorno se ejecute llevando a la persona afectada no a su país de origen sino a cualquiera de los países de tránsito. Esta medida, que puede situar a la persona en una situación de vulnerabilidad extrema, es señalada simplemente en el marco de las “definiciones” (artículo 3) al indicar que a efectos de la Directiva se entenderá por retorno “el proceso de vuelta” al país de origen o “a un país de tránsito con arreglo a acuerdos de readmisión comunitarios o bilaterales o de otro tipo”. Nada se señala respecto de las garantías que deban ofrecer los países de tránsito ni el modo de verificar por parte de los países comunitarios las condiciones de acogida¹¹.

Debe mencionarse también el modo en que la Directiva regula el internamiento en centros de detención como medida cautelar. Con relación a la medida de internamiento, si bien es cierto que se establece como *ultima ratio* y “por el menor tiempo posible”, debe señalarse que la redacción empleada parece permitir una generosa amplitud a su aplicación. En primer lugar, porque la aplicación de medidas alternativas, como la exigencia de comparecencia periódica, exige en todo caso que “en el caso concreto” existan “medidas suficientes”, sin precisar ningún criterio que ayude a determinar dicha suficiencia. En segundo lugar, porque no se cierra taxativamente el listado de casos en que es posible la privación de libertad, optando por la referencia a dos supuestos en los que cabrá “especialmente”: cuando exista riesgo de fuga y cuando la persona afectada “dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión” (artículo 15.1)¹².

¹¹ Los acuerdos de readmisión a los que se refiere la Directiva son pieza clave de la llamada externalización del control fronterizo. En virtud de los mismos, terceros países se comprometen a readmitir no sólo a sus propios nacionales, sino a todos aquellos que se considere que entraron en territorio comunitario a través suyo. Hasta ahora, la Unión Europea con países como Albania, Marruecos, Rusia, Pakistán, Turquía o Argelia, entre otros. La idea no es sólo que se puedan efectuar las repatriaciones de los migrantes irregulares que se hallen en la UE, sino forzar a tales países a controlar no sólo la salida sino también la entrada a su territorio de nuevos migrantes. Se pretende así ir desplazando el control hasta llegar al mayor número de países posible, de manera que se produce no sólo una externalización de fronteras sino su multiplicación. Un análisis algo más desarrollado sobre este punto puede hallarse en APARICIO WILHELMI, Marco, PISARELLO, Gerardo. Multiplicar las fronteras, externalizar el control. Revista electrónica *sin permiso*: <http://www.sinpermiso.info/textos/index.php?id=968>

¹² Salta a la vista el contraste con las recomendaciones contenidas en un completo informe elaborado por la Comisión de Libertades Civiles, de Justicia y de Asuntos Internos del Parlamento europeo, en diciembre de 2006. Se trata del Informe sobre *Conditions des ressortissants de pays tiers retenus dans des centres (camps de détention, centres ouverts, ainsi que des zones de transit), avec une attention particulière portée aux services et moyens en faveur des personnes aux besoins spécifiques au sein des 25 Etats Membres de l'Union Européenne*. Sirva una de sus recomendaciones como ejemplo: “La durée de la détention devrait être limitée au temps strictement nécessaire à l'organisation de l'éloignement. La détention prolongée est un facteur créateur de vulnérabilité. L'inactivité pendant les longues périodes de détention est également un facteur aggravant ou créateur de vulnérabilité. En dépit des mesures prises dans certains pays afin d'améliorer les conditions de vie dans les centres, les acteurs médico-sociaux qui travaillent dans ces structures constatent tous que la longueur injustifiée d'attente à des effets psychologiques très négatifs, parfois irréversibles. Cette durée devrait se compter en

La medida de internamiento podrá ser dictada tanto por autoridades administrativas como judiciales. En el primero de los supuestos, el artículo 15.2 prevé un “control judicial rápido”, que “deberá decidirse lo más rápidamente posible”. De nuevo la regulación de las garantías se redacta con el empleo de términos que permiten su matización. En primer lugar, porque se opta por utilizar conceptos jurídicos indeterminados en lugar de marcar plazos máximos para dicha revisión judicial. En segundo lugar, porque se permite que los Estados opten por establecer que la revisión sólo se realice a petición de la persona internada¹³.

El artículo 15 aborda también la cuestionada previsión del plazo máximo de internamiento. Lo establece en un máximo de seis meses prorrogables doce meses más “en los casos en los que, pese a haber desplegado todos los esfuerzos razonables puede presumirse que la operación de expulsión se prolongará”.

Diversas cuestiones deben ser abordadas. La privación de libertad es sin duda una de las más graves restricciones a los derechos previstas por un ordenamiento. Por esta razón, una de las notas distintivas del desarrollo y profundización del Estado democrático ha sido la construcción de un sistema punitivo garantista, ligado a exigencias como la ley penal previa, la necesidad de una decisión judicial sujeta a normas procesales penales y a principios de interpretación que aseguran la aplicación restrictiva de la sanción.

Es muy común que las expulsiones puedan llegar a ser realizadas durante los primeros diez días tras la detención de la persona en situación irregular, de manera que, dado que de 10 días pasamos a 180 días (6 meses) o incluso a 540 (18 meses), la medida se acerca más a un mecanismo de control de población no deseada, a una sanción encubierta o, si se prefiere, a una medida disuasoria frente a la entrada o permanencia de personas en situación irregular, antes que a una verdadera medida cautelar para, simplemente, facilitar la ejecución de la sanción de retorno. Por el lado de las obligaciones que debe cumplir el Estado en caso de que quiera prorrogarse el internamiento, salta a la vista el carácter laxo de las exigencias, pues de una parte se hace referencia a “haber desplegado esfuerzos razonables” y, por otra, a que pueda presumirse “que la operación de expulsión se alargará”, sin mencionar ni un solo elemento para sostener tal presunción.

Como vemos, estamos ante una norma con caracteres penales pero sin las garantías mínimas de un Derecho penal propio de Estados democráticos. Las exigencias del garantismo penal referidas a la precisión de las normas sancionadoras, su inter-

nombre de jours et non en semaines ou en mois”. http://www.cimade.org/uploads/File/-admin/Gianni_Rufini_2007_Rapport_final_PE.pdf.

¹³ Y lo mismo sucede respecto de la revisión de los internamientos de larga duración, que deberá realizarse tanto si la decisión sobre el internamiento es administrativa como si es judicial. La revisión deberá realizarse, sin mayor precisión, si se trata de plazos de internamiento “prolongados”, exigiendo que sean revisiones judiciales en “intervalos razonables” y a solicitud de la persona internada (artículo 15.3). Por otro lado, además del amplio margen de decisión en manos de los Estados, el artículo 18 permite que en caso de internamientos masivos los Estados puedan establecer períodos más largos de revisión judicial del internamiento.

pretación restrictiva, la estricta observación de los principios de culpabilidad y proporcionalidad quedan para otro momento en una operación que podría definirse como una huida “del” Derecho penal, en contraste con la huida “al” Derecho penal.

Finalmente, para tener un dibujo más completo del contexto comunitario en la materia, debe abordarse, aunque sea de modo superficial, el contenido del *Pacto europeo sobre inmigración y asilo*, uno de los principales proyectos de la presidencia francesa de la UE en el segundo semestre de 2008, aprobado por el Consejo Europeo en octubre del citado año. Se trata de un pacto de contenido político en el que se marcan las líneas que deberían guiar las políticas europeas en materia de inmigración, asilo y control de fronteras.

Tales líneas se hallan trazadas en sus cinco “compromisos políticos básicos”: el primero, se refiere a la gestión de la inmigración legal, y busca promover la inmigración “escogida”; el segundo aborda el control de la inmigración irregular, a través de medidas que aseguren el regreso o devolución al país de origen o de tránsito de quienes se encuentren en esa situación; el tercero, siguiendo en la misma línea de control, pretende hacer más efectiva la vigilancia fronteriza, principalmente a través de visados biométricos, el refuerzo de la agencia FRONTEX, el desarrollo de tecnologías avanzadas de detección e interceptación, principalmente electrónicas, y la cooperación con países de origen y tránsito; el cuarto trata de establecer un único sistema de asilo con estándares comunes relativos a la protección de refugiados y la protección subsidiaria; el quinto y último, propone la promoción de asociaciones con países de origen y tránsito, especialmente con los situados en los flancos meridional y oriental de la UE, para potenciar las sinergias entre migración y desarrollo.

Salta a la vista la lógica instrumental y de control que imprime el Pacto a las políticas migratorias del conjunto de la UE y de cada uno de sus países¹⁴. Así, como recoge Arango, se recoge la contraposición popularizada en Francia por Sarkozy entre la inmigración escogida o selectiva (*choisie*) y la inmigración sufrida o no querida (*subie*). El Pacto propone potenciar la primera, haciendo la UE atractiva para inmigrantes altamente cualificados y estudiantes que eventualmente devendrán mano de obra cualificada. Para la inmigración menos cualificada, y menos querida, se proponen esquemas de migración temporal o circular. Por otra parte, el Pacto aboga por regular “más efectivamente” la reunificación familiar, endureciendo las condiciones exigidas al reagrupante y abriendo la posibilidad de condicionarla al conocimiento de la lengua¹⁵.

¹⁴ Un análisis crítico interesante se puede hallar en CARRERA, S., GUIAD, E. The French Presidency's European Pact on Immigration and Asylum: Intergovernmentalism vs. Europeanisation? Security vs. Rights? *CEPS, Policy Brief*, núm. 170, septiembre de 2008. http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf_The_French_Presidency_s_European_Pact_on_Immigration_and_Asylum.pdf

¹⁵ ARANGO, Joaquín, Después del gran boom. La inmigración en la bisagra del cambio. En: AJA, Eliseo, ARANGO, Joaquín, OLIVER, Josep, *La inmigración en tiempos de crisis. Anuario de la inmigración en España (2009)*, CIDOB, Barcelona, p. 68 (pp. 52-73).

EL DERECHO A LA MOVILIDAD HUMANA COMO PRIMER DERECHO

En un pequeño libro publicado hace diez años, *Fronteras territoriales*, uno de los representantes más destacados del llamado multiculturalismo liberal, Will Kymlicka, aborda en cuestión trascendental: ¿Están justificadas las fronteras en el marco del pensamiento liberal? Inicia su reflexión con la siguiente afirmación: “no queda claro si el igualitarismo liberal puede justificar satisfactoriamente la existencia de fronteras territoriales, sobre todo si estas fronteras impiden a los individuos circular libremente, vivir, trabajar y votar en cualquier parte del globo que juzguen conveniente”¹⁶. Nos recuerda el autor que los principales teóricos liberales (Rawls, por ejemplo) han asumido las fronteras como dato previo, ya dado, como pre-concepto de sus teorías de la justicia, teorías que por tanto acaban defendiendo un ideal de igualdad limitado a los ciudadanos de un Estado.

Sin embargo, señala el autor, en un mundo caracterizado por masivas desigualdades globales, la idea de que las libertades u oportunidades que se tienen estén circunscritas al Estado en que se nace es el equivalente moderno del feudalismo, en palabras de Joseph Carens. O como afirmó T. H. Marshall en *Ciudadanía y clase social*, la ciudadanía “se ha convertido, en ciertos aspectos, en el arquitecto de una desigualdad social legitimada”¹⁷. Al respecto, en el texto citado, Kymlicka llega a concluir, aunque lo expone casi como *obiter dicta*, que “el factor de las enormes desigualdades económicas existentes entre los Estados-nación [...] implica que la restricción de la movilidad hacia los países ricos no es sólo la manera de proteger la identidad cultural sino también de mantener la participación desigual en los recursos”¹⁸.

Resulta interesante realizar un repaso del modo en que desde los planteamientos liberales se ha manejado la relación entre derechos y ciudadanía, o, lo que es lo mismo, las fronteras de los derechos. En “El inmigrante como paria”, Owen Fiss, renombrado constitucionalista estadounidense, entiende que “la distinción entre residentes no naturalizados y ciudadanos es esencial para que cualquier nación soberana pueda determinar su propia composición. Es esencial para la existencia misma de la nación como comunidad”¹⁹. Por esta razón, rechaza la aplicación *per se* al colectivo de inmigrantes de la Cláusula de Igual Protección. Algo parecido viene defendiendo nuestro Tribunal Constitucional en sus distintos pronunciamientos sobre los derechos de las personas extranjeras, en los que ha rechazado partir del principio de igualdad como criterio interpretativo.

Ahora bien, Fiss no excluye del todo el uso de la regla de la no discriminación. Cita la causa *Plyler v. Doe*, donde la Corte Suprema se enfrentaba a la impugnación

¹⁶ KYMLICKA, Will, *Fronteras territoriales*, Trotta, Madrid, 2006. p. 35.

¹⁷ MARSHALL, Thomas H., *Ciudadanía y clase social*, Alianza, Madrid, 1998, pp. 21-22. Citado por CARBONELL, Miguel, en la Presentación del libro de KYMLICKA, Will, *Fronteras Territoriales*, ob. cit., p. 13.

¹⁸ *Ibídem*, p. 66.

¹⁹ FISS, Owen, *Una comunidad de iguales*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2002, p. 28.

de una normativa del estado de Texas que excluía a los menores inmigrantes irregulares del derecho a la educación, tanto primaria como secundaria. Tal disposición no pudo ser anulada por aplicación del principio de no-discriminación, relata el autor, porque podía ser racionalmente justificada como un medio adecuado para un propósito esencialmente legítimo, como es desalentar la llegada de inmigración en situación irregular, objetivo que para el estado de Texas no era posible obtener de otro modo por no ser de su competencia las medidas de control fronterizo. Para abordar la cuestión la Corte recurrió a la regla que prohíbe a cualquier Estado crear lo que el juez Brennan denominó una “subclase de analfabetos”. Según esta interpretación, la Cláusula de Igual Protección prohíbe no sólo la discriminación, sino también “la creación de grupos social y económicamente desaventajados, forzados a vivir al margen de la sociedad, siempre en situación de riesgo y vistos como inferiores a sus ojos y a los del grupo dominante”, una “estructura de cuasi-castas”. A ello le suma el autor un argumento instrumental de refuerzo: el especial papel de los jueces como agentes de protección de los derechos de quienes carecen de poder político²⁰.

Abordemos ahora el debate desde otra perspectiva, la que nos ofrece el Derecho internacional. El punto de partida lo constituye el art. 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y su concreción en el art. 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP):

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.
3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.
4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.

En una estricta interpretación jurídica, del art. 12.2 deberían extraerse dos obligaciones: la del país de salida a no impedir la salida y la del país de entrada a no rechazar la entrada, en ambos casos con los únicos límites que impone el art. 12.3. Se deriva, por tanto, que todo control fronterizo, y todo condicionante a la legalidad de la permanencia en un país, resulta una limitación de un derecho y, como tal, en virtud del principio *favor libertatis*, su alcance debe ser objeto de una aplicación y de una interpretación restrictivas. En otras palabras, a partir del PIDCP, los Estados no pueden considerar el régimen de entrada y permanencia algo sometido a su libre disposición, como último reducto de soberanía, como a menudo pretende ser presentado.

²⁰ *Ibíd*em, pp. 30-32.

Existe una Observación General que nos concreta las implicaciones del art. 12. Se trata de la OG núm. 27, aprobada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1999. Sus párrafos 14 y 15 establecen²¹:

14. El párrafo 3 del artículo 12 indica claramente que no basta con que las restricciones se utilicen para conseguir fines permisibles; deben ser necesarias también para protegerlos. Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; debe ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

15. El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas.

A la luz de lo examinado, podemos llegar a dos conclusiones: 1) la dificultad que tienen los liberales para justificar que las fronteras territoriales impliquen fronteras a los derechos de los seres humanos; 2) la existencia de una base normativa internacional sólida en virtud de la cual fundamentar el derecho a la libre movilidad humana, expresada tanto en la prohibición de impedir la emigración y el deber de acogida, si se quiere de la comunidad internacional en su conjunto, aunque necesariamente referida luego a Estados concretos²².

²¹ También resulta de enorme interés el conjunto de conductas violatorias especificadas en el párrafo 17, aunque sea redactado referido a las obligaciones del Estado de salida: “Son causa de especial preocupación las múltiples trabas jurídicas y burocráticas que afectan innecesariamente el pleno ejercicio de los derechos de las personas a la libre circulación, a salir de un país, incluso del propio, y a adoptar una residencia. [...]. En la práctica de los Estados se encuentra una gama todavía más variada de obstáculos que hacen más difícil la salida del país, sobre todo la de sus propios nacionales. Entre esas normas y prácticas figuran la falta de acceso de los solicitantes a las autoridades competentes y la falta de información sobre los requisitos; la obligación de solicitar formularios especiales para conseguir los documentos oficiales de solicitud de pasaporte; la necesidad de certificados o declaraciones de empleadores o de familiares en apoyo de la solicitud; la descripción exacta del itinerario; la expedición de pasaportes sólo previo pago de tasas elevadas que exceden considerablemente el costo de los servicios prestados por la administración; las demoras injustificadas en la expedición de documentos de viaje; las restricciones a que viajen juntos miembros de la familia; el requisito de depositar una fianza de repatriación o estar en posesión de un billete de vuelta; el requisito de haber recibido una invitación del Estado de destino o de personas que vivan en él; el hostigamiento de los solicitantes, por ejemplo, mediante intimidación física, detención, pérdida del empleo o expulsión de sus hijos de la escuela o la universidad; la negativa a expedir un pasaporte so pretexto de que el solicitante perjudica el buen nombre del país”.

²² Así lo entiende por ejemplo FERRAJOLI, Luigi. Libertad de circulación y constitucionalismo global. En: FERRAJOLI, Luigi. *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 125 y ss.

En el plano constitucional, la previsión más acorde con lo recién referido la hallamos en la Constitución ecuatoriana. Su art. 40, ubicado en la Sección tercera del Título II (dedicada a la Movilidad humana), establece que "se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria". También incorporaba este derecho nuestra Constitución republicana de 1931: "El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca" (art. 31). En la actualidad, en constituciones hoy vigentes, cuando se reconoce se hace como derecho a emigrar de los propios nacionales, como es el caso de la Constitución italiana de 1947: "la República [...] reconoce la libertad de emigración y [...] tutela el trabajo italiano en el extranjero" (art. 35)²³.

De todo lo referido hasta el momento, se podría concluir con las siguientes consideraciones:

1) Existe un derecho a la movilidad humana, o un derecho a migrar (emigrar/inmigrar). Esta existencia se fundamenta en el sistema internacional de los Derechos Humanos y, además, se encuentra en la propia raíz del pensamiento liberal sobre el que se ha venido legitimando dicho sistema de derechos.

2) Como parte de este derecho, se conjugan los derechos de los refugiados. Ello implica que los derechos que amparan a los llamados migrantes económicos, aunque puedan trazarse algunas diferencias en el tipo de condicionantes establecidos por los Estados, no tienen una naturaleza distinta a los derechos de los refugiados: en ambos casos se parte del mismo derecho fuente, el derecho a la movilidad, el derecho a tener derechos más allá del Estado al que cada persona refiera su nacionalidad.

3) Respecto tanto de la titularidad como del ejercicio de los derechos en el interior de un Estado, jurídicamente, el punto de partida es el principio de igualdad y no discriminación. Cualquier limitación que se quiera establecer referida a las personas extranjeras: a) debe poder justificarse en atención a una finalidad constitucionalmente admisible; b) debe ser necesaria, razonable y proporcional; c) deberá ser siempre interpretada de manera restrictiva.

4) En términos de política legislativa, debe propugnarse la derogación de la Ley de Extranjería. Siendo el punto de partida la igualdad en derechos, las restricciones referidas a personas extranjeras deberían ser incluidas en las leyes sectoriales

²³ En el terreno constitucional, no puede dejar de citarse la Constitución francesa de 1793, no por lo que se refiere al derecho a emigrar sino por el modo en que se reconoce la ciudadanía. Artículo 4. Todo hombre nacido y domiciliado en Francia, con veintiún años de edad cumplidos. Todo extranjero con veintiún años de edad, domiciliado en Francia desde hace un año, que viva aquí de su trabajo, o adquiera una propiedad, o despose una francesa, o adopte un niño, o alimente a un anciano; todo extranjero, en fin, que el cuerpo legislativo considere que ha merecido bien la humanidad, queda admitido al ejercicio de los derechos de ciudadano francés.

Artículo 5. El ejercicio de los derechos de ciudadano se pierde: Por la naturalización en un país extranjero. Por la aceptación de funciones o favores emanados de un gobierno no popular. Por la condena a penas infamantes o aflictivas, hasta que se produzca la rehabilitación.

concernidas, ámbito por ámbito y debidamente justificadas. Se avanzaría, con ello, en un discurso normativo que evitaría la normalización discursiva de la diferencia, efecto, consciente o no, que produce toda legislación de extranjería.

En definitiva, existen buenos argumentos filosóficos, jurídicos y políticos, para exigir un cambio radical en el tratamiento de la cuestión migratoria y de la llamada crisis de los refugiados. Este giro debería partir de la superación del régimen de extranjería y asilo entendido hasta el momento como excepcionalidad permanente o como ámbito de crisis permanente de los derechos.

Hay suficientes razones para afirmar que en realidad no es que la crisis haya puesto en cuestión el sistema de regulación de la extranjería y asilo y del acceso a los derechos, sino que es dicho sistema, como subproducto de un determinado modelo de desarrollo y convivencia, el que anuncia y desencadena la actual crisis. Las características de las regulaciones tanto europea como estatal en materia de extranjería y asilo, así como el modo en que se aplica, ratifican las premisas de los incisivos procesos de exclusión y desigualdad social y política que atraviesan nuestra sociedad y que, en el contexto actual de crisis, se acentúan de manera dramática. En un contexto como el actual se abren dos caminos: un mayor, si cabe, repliegue estatista de corte excluyente y xenófobo; o bien un replanteamiento radical de nuestra cultura política y jurídica para avanzar hacia el reconocimiento efectivo del derecho a la libre movilidad humana en el marco de una ciudadanía abierta cosmopolita verdaderamente igualitaria, inclusiva.