



Universitat Autònoma
de Barcelona

Facultad de Derecho

*La protección de las personas
migradas en el marco normativo
Estatutal, Regional e Internacional*

¿Migrar es un derecho humano?

Blanca Alarcón Pérez

Trabajo Final de Grado

Bárbara Díaz Santis

19 de mayo de 2020

Curso 2019/2020

Si posicionar la persona humana como sujeto de derechos frente a su propio Estado fue una lucha que aparcó la segunda parte del siglo XX, esgrimir derechos de las personas migrantes frente al Estado del cual no son nacionales es uno de los grandes desafíos del siglo XXI, caracterizado por estrategias restrictivas globales, tercerizadas o subcontratadas, institucionalmente discriminatorias, cuando no criminalizadoras de manera directa.

Lila GARCÍA, 2013

RESUMEN

Las migraciones han existido en todas las épocas de la Historia de la Humanidad. Migrar es una opción de vida fruto de la voluntad humana y la libertad individual de cada persona a optar por la búsqueda de un mayor bienestar y unas mejores condiciones de vida. Esta movilidad se constituye como un derecho inherente para todas las personas, sin embargo, la situación de crisis migratoria actual ha supuesto que el cierre de fronteras y el levantamiento de muros se constituya como una práctica habitual entre Estados que pone en cuestión la existencia del derecho objeto de estudio. En este trabajo analizaremos si es posible afirmar que en la actualidad existe un Derecho Humano a migrar que obligue a los Estados a levantar estos muros y fronteras. Para esto utilizaré como método de estudio el marco normativo del derecho a migrar a diferentes escalas: en primer lugar, a nivel Nacional, en el marco del derecho español; posteriormente a un nivel regional, en el marco de la UE y para finalizar; procederemos al estudio de los principales textos en materia de derechos humanos a nivel internacional, en el marco del Derecho Internacional Público. Todo esto con la finalidad de analizar el grado de protección de las personas migradas en los distintos ordenamientos y así determinar la posible existencia de un derecho humano a migrar.

**LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRADAS EN EL MARCO
NORMATIVO ESTATAL, REGIONAL E INTERNACIONAL**

ÍNDICE

LISTA DE ABREVIATURAS

INTRODUCCIÓN	1
---------------------	---

**CAPÍTULO 1: PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRADAS EN EL
MARCO NORMATIVO ESPAÑOL**

1. Constitución Española	5
1.1- Artículo 13.1	5
1.2- Artículo 10.1	7
2. Ley de extranjería española	9
2.1- Clasificación de derechos	10
2.2- Configuración del derecho a migrar	11
3. Opiniones doctrinales y conclusión personal	12

**CAPÍTULO 2: PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRADAS EN EL
MARCO NORMATIVO DE LA UNIÓN EUROPA**

1. Sistema de protección de los Derechos Humanos	17
1.1- La Carta de Derechos Fundamentales de la UE	17
1.2- Tratado de Lisboa	20
2. El reconocimiento del derecho a migrar en la UE	22
3. Opiniones doctrinales y conclusión personal	22

CAPÍTULO 3: PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRADAS EN EL MARCO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

1. Sistema de protección Internacional de los Derechos Humanos	28
1.1- Declaración Universal de los Derechos Humanos	29
1.2- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	30
1.3- Convención internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación racial	33
2. Conclusión, opiniones doctrinales y consultivas	34
CONCLUSIÓN	38
BIBLIOGRAFÍA	41

LISTA DE ABREVIATURAS

CE	Constitución Española
ART	Artículo
TC	Tribunal Constitucional
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
FJ	Fundamento Jurídico
P	Página
PP	Páginas
CIT	Cita
SS	Siguientes
LOEX	Ley de Extranjería Española
UE	Unión Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
TFUE	Tratado Fundacional de la Unión Europea
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
PIDCP	Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos
OG	Observancia General
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comisión Europea

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con datos estadísticos de Naciones Unidas, en 2019, el número de personas migrantes alcanzó la cifra de 272 millones, 51 millones más que en 2010. Las personas migrantes internacionales comprenden un 3,5% de la población mundial, cifra que continúa en tendencia ascendente comparándola con el 2,8% de 2000 y el 2,3% de 1980.

Las migraciones se constituyen como un fenómeno indiscutible que ha estado siempre presente de una forma u otra en nuestra sociedad. Remontándonos a sus orígenes, el proceso de migración constante fue la condición natural de vida de las sociedades tribales originarias que se inició con la migración desde África hacia Asia y luego hacia el resto del mundo hace ya unos 70 000 años. El movimiento se constituyó como una práctica natural e inherente al ser humano que perdura y perdurará como tal durante toda la Historia de la Humanidad.

Las personas dejan sus países de origen en busca de un futuro mejor. Son muchos los motivos por los cuales éstas deciden migrar: económicos, políticos, sociales, ecológicos, culturales... En estos casos, el Estado de nuestra nacionalidad no nos garantiza un estado mínimo de bienestar y resulta algo inherente a la voluntad del ser humano el querer vivir en mejores condiciones. En otras ocasiones es simplemente la voluntad de cambio, producto del derecho a la libre capacidad de decisión y libertad de las personas lo que les motiva a querer establecer un plan de vida lejos del territorio en el que han nacido.

Mi madre y su familia, así como muchas personas nacionales argentinas, tuvieron que huir de las represalias de una dictadura y, en busca de unas condiciones de vida optimas, decidieron migrar a España. Del mismo modo que mi abuela tomó esta decisión, también lo hizo su padre antes de que ella naciera, pues él era gallego y huyendo de la hambruna y la falta de trabajo en España decidió migrar a Argentina.

La migración está presente en mayor o menor medida en la historia personal de cada uno. Son muchos los que se han visto en la necesidad de hacer valer este

derecho y, sin embargo, parece que los Estados son incapaces de afrontar esta realidad.

Resulta contradictorio a la lógica de los derechos humanos la naturalización de políticas de rechazo y cierre de fronteras que condenan a las personas a devoluciones en caliente, a seguir caminos donde afloran la criminalidad, la violencia, así como el tráfico y la trata de personas. Más contradictorio aún es el hecho de que sea el propio Estado el participe de todo, adquiriendo éste una postura de tolerancia, indiferencia e impunidad gubernamental que deja mucho que desear. Por todo esto, se nos plantea la posibilidad de que la voluntad detrás de todas estas prácticas sea prevalecer las decisiones políticas a los derechos humanos.

El objetivo de este trabajo es averiguar si existe una fundamentación jurídica que sustente la existencia de un **derecho humano a migrar** que permita denunciar el comportamiento que están teniendo los Estados al respecto. Cabe puntualizar que, en el estudio, no procederemos a efectuar diferenciación alguna entre las diferentes “categorías” de personas migrantes: demandantes de asilo, migrantes económicos, menores no acompañados...etc. El estudio va enfocado a la consideración de migrante como “persona” más allá de su categorización en función de la nacionalidad, sexo, edad o motivos por los cuales migran. Del mismo modo, es oportuno matizar que el objetivo del trabajo tiene unas dimensiones globales, dando una respuesta universal no limitando este reconocimiento a escala nacional.

Para contestar a la pregunta de si existe un derecho humano a migrar, desarrollaremos el trabajo en 3 capítulos. En primer lugar, estudiaremos el marco normativo del derecho a migrar en España, primero desde el prisma de la Constitución y seguidamente a través de las principales leyes en materia de extranjería. Una vez analizados los derechos de las personas migrantes en España, nos desplazaremos al ámbito de la UE para comprobar de qué manera se aplica a nivel regional el valor fundacional de “Solidaridad” en el caso de las migraciones. Para cerrar el estudio, elevaremos la materia a escala universal, a través del estudio del marco normativo del Derecho Internacional Público en el cual estudiaremos la protección de las personas migradas en los principales textos en materia de derechos humanos consagrados a este nivel.

Hace unos años viajé a Finlandia para participar en un proyecto como voluntaria en un centro de atención a menores migrantes no acompañados los cuales, tras un largo y doloroso viaje, llevaban meses y meses esperando un permiso de residencia con la incertidumbre y la inseguridad de no saber lo que iba a ocurrir con su futuro. Esta experiencia fue uno de los principales motivos por los cuales decidí estudiar Derecho y realizar este trabajo. Me pregunté dónde quedaban los derechos humanos inherentes a la dignidad humana en el momento en que un Estado pone en duda el derecho a migrar de una persona. Cómo es posible privar a alguien del disfrute de todos sus derechos humanos simplemente por no ser nacional de un país.

“Los Derechos del Hombre, supuestamente inalienables, demostraron ser inaplicables allí donde había personas que no parecían ser ciudadanas de un Estado soberano, hasta el punto de que nadie parece capaz de definir con alguna seguridad cómo son tales derechos, diferenciados de los derechos del ciudadano”. (*Hannah ARENDT, 1998*).

CAPÍTULO 1: PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRADAS EN EL MARCO NORMATIVO ESPAÑOL

La Constitución Española (en adelante, CE) desarrolló su vigencia en una etapa de la Historia de la Humanidad en la que los Estados y la Comunidad Internacional, por medio de las Naciones Unidas, tenían como objetivo principal favorecer la protección internacional de los Derechos Humanos a través de normas internacionales. La finalidad del marco normativo internacional era establecer a los Estados limitaciones y obligaciones respecto a las personas extranjeras que se encontraban en su territorio ya que resultaba contradictorio con el *ideal universalista* de los derechos humanos la *justificación ciudadanía* como motivo de exclusión de los derechos humanos a las personas migrantes¹.

El Preámbulo y el art. 1.1CE proclaman el Estado social y democrático de Derecho. Esto supone situar a los derechos y libertades como núcleo fundamental del sistema constitucional. La creación de valores superiores del ordenamiento jurídico entre los que destacan la **libertad y la igualdad**, junto con el pluralismo político y el valor de justicia que se desarrollan en los derechos y libertades que la CE reconoce.

La CE y las leyes españolas en concordancia con las normas internacionales de los derechos humanos reconocen y protegen los derechos de las personas migradas. El marco jurídico español si bien reconoce y garantiza diversos derechos humanos a las personas migradas en España, no reconoce expresamente el derecho humano a migrar en sí mismo. Para analizar las consecuencias de esta exclusión, he decidido iniciar el objeto de estudio tomando como punto de referencia el contexto normativo español, analizando primero la CE [1] pieza clave para entender el valor de los derechos fundamentales de las personas migrantes que en ella se reconocen, así como el respeto al concepto de dignidad. Posteriormente analizaremos la ley de extranjería para concretar la configuración que establece el legislador español respecto al derecho a migrar [2] para finalmente establecer conclusiones a partir de

¹ Goig Martínez, JM. (2006). Derechos de los inmigrantes en España. Estatus constitucional y tratamiento legislativo. *Anuario de la escuela de práctica jurídica 1*.

lo que la opinión doctrinal ha observado a favor del reconocimiento del derecho a migrar en España [3].

1. Constitución Española

La CE entendida como la norma suprema del ordenamiento jurídico resulta el parámetro fundamental para la determinación del estatus de los derechos y libertades de las personas migrantes. El art. 13.1 CE determina la titularidad y el ejercicio de los derechos y libertades de las personas migrantes que se encuentran en territorio español. Y, por otro lado, el art. 10.1 CE, exige que la interpretación del mandato del art. 13.1 CE para la determinación del estatus de las mismas, se elabore teniendo en cuenta la **dignidad de los seres humanos** y los derechos que le son inherentes en fundamento del orden público y de la paz social.

En el siguiente apartado procederemos a realizar un análisis constitucional a través del estudio de estos artículos. Analizaremos en primer lugar a qué hace alusión el mandato constitucional del art. 13.1 CE cuando habla de *libertades públicas* y de qué manera están éstas protegidas por el derecho internacional [1.1]. Observaremos posteriormente cómo la jurisprudencia española ha relacionado los derechos inherentes del ser humano al criterio de respeto de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1CE [1.2]. Todo esto con el objetivo de analizar si desde la CE podríamos calificar el derecho a migrar como un derecho humano protegido directamente desde la CE y los principios generales del derecho internacional (Art. 10.2 CE), justificando que es un derecho inherente que va de la mano a la dignidad de las personas y del libre desarrollo de la personalidad.

1.1- Artículo 13.1

Los derechos humanos se consideran derechos constitucionales fundamentales y estos requieren de una positivación jurídica y del establecimiento de una serie de garantías que los hagan efectivos². Los Estados siguen teniendo aún muchas dificultades a la hora de desvincularse del **concepto de soberanía** y esto supone que junto con los derechos que los tratados reconocen a todos y todas, existan

² Del Camino Vidal Fueyo, M. (2001). La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, 218-180.

derechos cuya titularidad se atribuyen exclusivamente a la ciudadanía nacional (derechos vinculados únicamente al concepto de soberanía nacional). Es importante remarcar que la principal separación entre Derechos Humanos y Fundamentales está determinada por la **vocación de universalidad** de los primeros y la circunscripción de los segundos a las fronteras delimitadas por la ciudadanía, la nacionalidad y el Estado-nación³.

La CE de 1978 es una norma que reconoce derechos a los nacionales, su redactado siempre hace referencia a las personas españolas y el único precepto constitucional que se refiere de forma explícita a las personas extranjeras es el artículo 13 CE. *Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.*

Determinar el régimen jurídico constitucional de los extranjeros en España es una tarea algo complicada dadas las dificultades que plantea la interpretación del art. 13.1 CE cuando habla de *libertades públicas*. El Tribunal Constitucional (en adelante, TC) ha optado por una interpretación extensiva de este artículo orientada a la perspectiva de la protección de los **derechos fundamentales** de todas las personas, para hacerlo ha invocado el principio constitucional de la dignidad humana y la necesidad de garantizar el contenido esencial de los derechos fundamentales⁴.

De acuerdo con el TC, se les reconocería a las personas migrantes todos los derechos del Título I de la CE, independientemente de que su redactado se dirija a los españoles de forma explícita. El reconocimiento de estos derechos fundamentales para las personas migrantes, tal y como se predica en el art. 13.1 [...] *tendrán que interpretarse de acuerdo con la ley y los tratados internacionales.* Por lo que se deberán de tener en cuenta los **principios generales del Derecho Internacional Público** a la hora de determinar la titularidad del derecho a migrar en España⁵.

³ Arce, C. (2012). *Los derechos políticos de los residentes extranjeros: la ciudadanía inclusiva*. (1 ed.). Sevilla: El defensor del pueblo andaluz. p. 31.

⁴ STC 107/1984, de 23 de noviembre, (FJ 3).

⁵ Del mismo modo, el Art. 10.2 CE proclama que “*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la CE reconoce se interpretarán de conformidad con la*

La jurisprudencia perfila aún más los límites a la configuración legal de los derechos fundamentales de los extranjeros exigiéndose, como criterio a la delimitación, el que haya una **justificación legítima, motivación y proporcionalidad** en la limitación⁶. Del mismo modo, se introduce como criterio material para la consideración de derechos fundamentales la mayor o menor vinculación de estos a la “**dignidad de la persona**”⁷. Esta es la forma, que, en la teoría, utiliza el legislador para justificar las diferencias entre los derechos reconocidos a los españoles y a las personas migrantes. Por lo que solo se podrá introducir el criterio diferencial de la nacionalidad bajo este concepto⁸.

En el siguiente apartado analizaremos qué es lo que intenta proteger el principio de dignidad de la persona humana, así como los derechos que le son inherentes. Por qué son principios tan importantes y de qué manera el positivismo jurídico del que hablábamos con anterioridad debería verse impregnado de estos fundamentos tan claves. Todo esto con el objetivo de cuestionarnos si se estaría atacando o no a la dignidad de un individuo al no dejarle cruzar una frontera.

1.2- Artículo 10.1 CE

La dignidad de la persona humana y los derechos que le son inherentes

La aparición del Derecho Internacional Contemporáneo resultó el inicio de una etapa de reconocimiento progresivo de derechos humanos. Esto produjo un importante cambio para el orden internacional, ya que, junto al clásico principio de soberanía de los Estados nació un nuevo principio constitucional proveniente del orden internacional contemporáneo: **la dignidad intrínseca a todo ser humano** proclamado en el art. 10 CE⁹.

Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁶ STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 4)

⁷ STC 99/1985, de 30 de septiembre (FJ 2) y 115/1987 de 7 de julio (FJ 3 y 10)

⁸ El TC marcó los límites de las restricciones de los derechos y libertades de los extranjeros, afirmando que el art. 13.1, aunque autoriza al legislador a restringirlos, no le otorga una ilimitada libertad. Esta limitación proviene por un lado del art. 10.1 de la CE (“aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 constituye fundamento del orden político español”)

⁹ GOIG MARTÍNEZ, “Derechos de los inmigrantes en España”, cit., pp. 1 y ss.

Toda la historia del derecho se vincula a la historia de la dignidad. La teoría de los *Derechos Humanos* fue construida sobre este concepto mucho antes que existiera el positivismo jurídico. Por este principio, los derechos humanos dejan de formar parte de los asuntos internos de los Estados y estos pasan a entenderse como una expresión directa de la **dignidad humana**. Con este derecho se pretende evitar que la persona sea un mero objeto de poder del Estado e impone directamente desde la CE a los poderes públicos su deber de protección.

El respeto a esta dignidad se entiende como el fundamento de todo Derecho positivo Estatal o internacional y, por lo tanto, existe la necesidad de adaptar el ordenamiento jurídico a las exigencias de la dignidad de la persona con el establecimiento de las normas pertinentes. Por lo que el principio de dignidad determinaría para el Estado un doble efecto: **impeditivo** (evitar conductas que ataquen a la dignidad) y **positivo** (obligatoriedad de políticas orientadas a su promoción y garantía)¹⁰.

El Estado ha de entender que la dignidad de la persona es inalterable cualquiera que sea la situación de la persona, siendo esta un “mínimum” invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar¹¹. Esta dignidad humana es **irrenunciable**, **indisponible** y se conserva hasta el mismo momento de la muerte. Por esta razón, por mandato constitucional, deberán salvaguardarse todos aquellos derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano/a o, dicho de otro modo, aquellos que **son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana**”¹².

Estos se consideran derechos universales y todos los Estados tienen, con independencia de su sistema político, económico y cultural, la obligación de promover y proteger todos los derechos humanos para todas las personas sin discriminación. Los principios generales del Derecho Internacional Público proclaman que todos los seres humanos tienen los mismos derechos inalienables¹³.

¹⁰ La misma CE contempla de forma expresa ambos efectos, ya que se podríamos identificar el impeditivo con el principio de igualdad formal (art. 14 CE) y el positivo con el principio de igualdad material (art. 9.2 CE).

¹¹ STC 120/1990, de 27 de junio, (FJ 4) y 57/1994, de 28 de febrero (FJ 3)

¹² STC 242/ 1994, de 20 de junio (FJ 4) y 99/1985, de 30 de septiembre, (FJ 2)

¹³ La Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948) sigue sirviendo de base para leyes y normas nacionales e internacionales.

Esto significa que los derechos humanos son los mismos para todos los seres humanos con independencia de cuáles sean sus circunstancias.

Respeto al libre desarrollo de la personalidad

La dignidad de la persona se entiende también desde otra perspectiva como el derecho de cada cual a **determinar libremente su vida** de forma consciente y responsable y del mismo modo a obtener el correspondiente respeto de los demás¹⁴.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, se consideraría un derecho que forma parte de los derechos considerados como inherentes que hablábamos con anterioridad. Lo que significa que la persona tiene capacidad para decidir por sí misma sin interferencias ajenas en todas aquellas cuestiones que afectan directamente a lo que constituye su esfera de intereses.

Esta autonomía permite al ser humano la tenencia de una libertad de acción para el **libre desarrollo de su personalidad**. En ausencia de esa autonomía, la libertad estaría limitada y por lo tanto no existiría la posibilidad que desea toda persona a elegir libremente qué es lo que quiere hacer con su vida. Desde un punto de vista social, cada individuo debe conciliar el libre desarrollo de la personalidad para poder vivir armónicamente con los demás miembros de la comunidad social en la que se integra. De este modo se canaliza su aplicación por la necesidad de respetar las exigencias que impone el reconocimiento a los demás de la titularidad de ese mismo derecho al libre desarrollo de la personalidad¹⁵.

Migrar consiste en decidir desplazarse de un lugar a otro, resulta una acción fruto de la **capacidad de decisión y libertad de las personas**.

2. Ley de extranjería española

Una vez analizada la conexión que hacen los tribunales de las llamadas “libertades públicas” del art. 13.1CE con “los derechos inherentes y la dignidad de la persona” del art. 10.1CE, analizaremos de forma breve la clasificación que ha efectuado la

¹⁴ STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 3).

¹⁵ Santana Ramos, EM. (2014). Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad. *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 29, 99- 113.

jurisprudencia de los derechos contemplados en la ley de extranjería¹⁶. El objetivo de esto es ver qué posición ocupa **el derecho a migrar** dentro de esta ordenación y cuál es la configuración que el legislador ha efectuado para este derecho.

2.1- Clasificación de derechos

La jurisprudencia del TC¹⁷ estableció tres categorías de derechos: Derechos **inherentes a la dignidad humana**, cuya regulación ha de ser igual para personas nacionales y extranjeras¹⁸; derechos también reconocidos a las personas extranjeras, pero cuyas condiciones de ejercicio y el contenido son de **configuración legal**¹⁹ y finalmente otros que **no pertenecen en modo alguno a las personas extranjeras** (art. 23 CE), con algunas matizaciones.

La jurisprudencia constitucional ha ido elaborando un listado de derechos inherentes a la dignidad humana, advirtiendo el propio TC de que se trata de un catálogo abierto susceptible de ser modificado y reinterpretado en cualquier momento²⁰. Este catálogo de derechos inherentes a la dignidad humana se ha basado principalmente en la eliminación del requisito de **regularidad administrativa** para el pleno disfrute de los derechos fundamentales. No se trata de una lista *numerus clausus* por lo que se han ido añadido con el tiempo nuevos derechos, las modificaciones que han sufrido muchos de estos derechos con el paso del tiempo son significativas para entender cómo la consideración de los derechos humanos puede cambiar y no se trata de un concepto **estático e inamovible**.

Del mismo modo cabe remarcar que, aunque la jurisprudencia reconozca estos derechos inherentes, en la práctica, todos ellos se verán subordinados a que se reconozca a un individuo la posibilidad de entrar en un territorio de forma legal,

¹⁶ Texto consolidado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

¹⁷ STC 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 3)

¹⁸ Contenido abordado por la STC 115/1987, de 23 de noviembre, incluyendo de manera no exhaustiva los siguientes: los que se predicen de la persona en cuanto tal y no como ciudadanos o “de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana..., derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles”.

¹⁹ Según la citada STC 107/1984, de 23 de noviembre, son aquellos que “pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”.

²⁰ STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 4)

por lo cual difícilmente se le va a reconocer algunos de estos derechos si no se les reconoce antes el derecho a migrar.

2.2- Configuración del derecho a migrar

El derecho a la libertad de circulación y residencia, así como el derecho a la entrada en territorio español configuran el derecho a migrar de las personas extranjeras.

La normativa nacional de extranjería, más allá de la normativa internacional (la cual es de aplicación directa), en su régimen general ha aprobado varias órdenes y decretos²¹ que regulan el trato de las personas migrantes en España siendo el *Texto consolidado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (en adelante, LOEX) la principal regulación legal.

En el actual listado de elaboración jurisprudencial²² de derechos “inherentes a la dignidad” no se contempla el art. 19 CE²³ sobre **el derecho a la libertad de circulación y fijación de domicilio**. Este se contempla en la sección dedicada a los “derechos fundamentales y libertades públicas”²⁴ y del mismo modo, el precepto señala expresamente que los titulares de este derecho son “los españoles”.

Esto significa que este derecho se va a poder limitar a las personas extranjeras mediante configuración legal²⁵. Por tanto, en atención a la clasificación tripartita, la Sala Primera sitúa tales derechos dentro de los del segundo grupo, exigiendo como requisito de titularidad cumplir con los requisitos legales establecidos²⁶.

²¹ Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (en su redacción dada por el Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre).

²² STC 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 3)

²³ Art. 19 CE: *Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional. Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.*

²⁴ ARCE, “Los derechos políticos de los residentes extranjeros: la ciudadanía inclusiva”, cit., pp.115 y ss.

²⁵ El TC establece que al no ser tales derechos inherentes a la dignidad humana «es pues lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella».

²⁶ STC 242/1994, de 20 de julio (FJ 6) y 169/2001, de 16 de julio (FJ 4)

El TC afirma que no existe para las personas extranjeras en España un derecho fundamental de entrada en el territorio nacional²⁷, no obstante, estos podrán gozar de tales derechos si cumplen con los requisitos señalados en el texto legal, en este caso vienen a ser los establecidos por el artículo 25 LOEX²⁸, entre los que se encuentra, *hallarse provisto del pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, disponer de visado, acreditar medios de vida suficientes²⁹ y efectuar tal entrada por los puestos habilitados al efecto³⁰.*

3. Opiniones doctrinales y conclusión personal

Existe un conjunto de derechos que su titularidad no está sometida a ninguna autorización ni limitación por considerarse como derechos inherentes a la persona. De acuerdo con las leyes y la jurisprudencia española, el derecho a migrar no goza de carácter fundamental para las personas extranjeras por no considerarse un derecho inherente a la dignidad humana³¹. No se reconoce el derecho a migrar en sentido estricto a pesar de contar éste con todas las características y atributos propios de los derechos inherentes al ser humano y universales nombrados anteriormente.

La ley de extranjería por mandato de la CE³² tampoco reconoce los derechos de participación electoral de los extranjeros, sin embargo, no puede haber un derecho más en la idea de dignidad, ya que, con su limitación, se impide que los destinatarios de los derechos, en este caso las personas extranjeras, puedan tener voz en la configuración misma del contenido del derecho.

²⁷ Hay que aclarar que el TC deja al margen de este planteamiento supuestos concretos como son: *el régimen jurídico del derecho de asilo [...] o los supuestos de reagrupación familiar.*

²⁸ Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

²⁹ Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España. (BOE 113, de 11 de mayo de 2007).

³⁰ STC 72/2005, de 4 de abril (FJ 1)

³¹ Tal y como se declara en la sentencia del TC de 22 de marzo de 1993 “*los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente*”. Ahora bien, estos derechos no son imprescindible para la garantía de la dignidad humana, por lo que es lícito que se module su ejercicio en función de la nacionalidad de las personas.

³² Art. 13.2: *Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.*

Este es un ejemplo más de cómo en numerosas ocasiones, en la práctica, el legislador se aleja de este criterio de dignidad a la hora de establecer la protección de los derechos humanos.

Vemos como esta movilidad (ubicada en el derecho natural) choca con un marco legislativo (derecho positivo) que no acaba de incluirla como un derecho fundamental³³. El Iuspositivismo jurídico anclado en nuestra sociedad sostiene que los derechos humanos solo están reconocidos si están recogidos en un texto jurídico. Sin embargo, hemos visto como la ley no es estática y evoluciona cambiando de opinión constantemente a cerca de la consideración de los derechos humanos.

Tampoco es la única fuente del derecho y a la hora de establecer los derechos fundamentales de las personas migrantes deben de respetarse también los **principios generales del derecho internacional** y las **normas consuetudinarias** ya que estas forman parte también del derecho español³⁴. Tal y como se proclama en el art. 10.2 de la CE³⁵ los principios generales del derecho internacional se entienden como límite a las restricciones del legislador.

Como nos recuerda Carens (2002, 25), “impone importantes constricciones morales sobre cómo ha de ejercerse tal control”. En particular, los Estados deben respetar además sus obligaciones internacionales –*pacta sunt servanda*– y proteger los derechos humanos no sólo de sus ciudadanos/as, sino de todas las personas, sean migrantes, desplazadas, refugiadas o solicitantes de asilo.

La realidad es que la doctrina ha reconocido en numerosos casos el derecho a migrar como un derecho inherente al ser humano por ser esta la regla y no la excepción en la Historia de la Humanidad y por estar presente siempre en el escenario

³³ Hernández Efraín, N. (2015). ¿Derecho internacional a migrar? Entre el derecho natural y el derecho positivo: el dilema de los derechos humanos de los migrantes. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 120 y 121, 49-75.

³⁴ Art. 96: *Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional*

³⁵ Art 10.2: *Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*

internacional³⁶. Los seres humanos, por el hecho de ser personas, son iguales en dignidad y en ningún caso se podrá modificar la dignidad del individuo o grupos de personas considerándolos de inferior condición con respecto a los demás³⁷.

El legislador debería respetar la dignidad de todas los seres humanos de forma incondicional, sin ningún requisito ni limitación y sobre todo sin tener en cuenta la situación de regularidad o irregularidad de las personas migrantes. Deberían garantizarse todos aquellos derechos inherentes al ser humano y que están relacionados con su dignidad humana y el **derecho a migrar** es uno de ellos.

Los controles deberían ser la excepción y la regla, que las fronteras permanezcan habitualmente abiertas, salvo por razones de fuerza mayor. “Aunque los Estados puedan conservar sus límites territoriales, estos no deben constituir obstáculo para la movilidad; u el derecho a vivir y trabajar dentro de un Estado no debe depender del lado de la frontera en que se haya nacido.” (Kymlicka 2006).

La representación del orden jurídico invoca una idea de limitación que solo se justifica en la necesidad de salvaguardar hasta donde sea posible la libertad de los demás. Sin embargo, la política migratoria actual trae en sí un trasfondo egoísta, hipócrita y racista proveniente de la trasgiversación de los medios de comunicación y que se ve muy alejada de la óptica de protección de los derechos fundamentales.

“La libre circulación de las personas, así como la libertad de residencia, es un derecho humano básico y, sin embargo, la forma concreta en que está regulado adolece de un grado tal de asimetría que raya con el absurdo.”³⁸

³⁶ NIEVES HERNÁNDEZ, “¿Derecho internacional a migrar? Entre el derecho natural y el derecho positivo: el dilema de los derechos humanos de los migrantes”, *cit.*, pp. 49 y ss.

³⁷ Amnistía Internacional España. (1961). *La Declaración Universal de los derecho humanos*. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/derechos-humanos/declaracion-universal-derechos-humanos/> (Consultada en: 3/5/2020)

³⁸ Carlos Velasco, J. (2012). Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global. *Revista “Arbor”*, 755, 457-473.

A pesar de que los tribunales y las leyes españolas en materia de extranjería no reconocen el derecho a migrar como un derecho inherente al ser humano, creemos que el Estado español estaría obligado a proclamar tal derecho por mandato directo de la CE y los principios generales del derecho internacional [CAPÍTULO 1]. A continuación, procederemos a analizar el panorama regional de la Unión Europea (en adelante, UE) para, en primer lugar, averiguar cuáles son los principales valores en los que se fundamenta su creación. Seguidamente analizaremos si de acuerdo con estos valores y principios existiría el deber de reconocer un derecho universal a migrar que obligue a los Estados miembros a elaborar políticas migratorias de **igualdad, colaboración y respeto de los derechos humanos**, independientemente de que se reconozca o no de forma expresa el derecho a migrar en la normativa comunitaria [CAPÍTULO 1].

CAPÍTULO 2: PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRADAS EN EL MARCO NORMATIVO DEL DERECHO DE LA UE

La UE se creó con el nombre de Comunidad Económica Europea (en adelante, CEE) en el año 1950 con la finalidad de acabar con los frecuentes y dolorosos conflictos entre vecinos que habían culminado en la Segunda Guerra Mundial. En aquella época, su objetivo principal era crear una unión económica y política de países europeos para lograr la paz duradera.

El Tratado constitutivo de la Comunidad Europea preveía entre sus objetivos la libre circulación de personas. Sin embargo, ésta se concebía bajo un ángulo económico y hacía referencia exclusivamente a los trabajadores, en cuanto ciudadanos de los Estados miembros de la entonces CEE. No existía ninguna previsión relativa al cruce de fronteras, a la inmigración o a la política de visados³⁹. Vemos como en materia de integración política el principal objetivo de la CEE era priorizar la libre circulación de mercancías y capitales entre estados miembros. Fines económicos algo alejados de la voluntad social enfocada a la protección de los derechos humanos.

³⁹Goig Martínez, JM. (2017). La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los tratados de roma (o la historia de un fracaso), *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 32, 71-111.

Con el paso del tiempo la CEE necesitó ampliar sus competencias para abarcar políticas con un impacto directo en los derechos fundamentales y esta inseguridad por la posible colisión entre las normas comunitarias y los derechos humanos (por falta de una Declaración propia de derechos fundamentales) llevó a que se formulara una doctrina según la cual este derecho europeo se remitía al **Derecho Internacional** (convenio de Roma⁴⁰) y a los **principios constitucionales** comunes de cada Estado miembro⁴¹. Esto condujo a que se efectuaron en los tratados⁴² algunas modificaciones dirigidas a vincular firmemente a la UE con la protección de los derechos fundamentales.

Ciertamente, el Tratado de Roma fundacional de la CEE firmado en 1957, enunciaba en su articulado algunos derechos, entre los cuales se reconoció el derecho a la **no discriminación por razón de la nacionalidad**⁴³. Sin embargo, en materia de derechos fundamentales, se trataba tan solo, de referencias muy puntuales, dispersas y, sobre todo, vinculadas más a la consecución de un espacio económico unificado que a la misma dignidad humana⁴⁴.

Al instaurarse la UE, el Tratado de Maastricht supuso una nueva etapa en la creación de una Unión cada vez “más cercana entre los pueblos” y, por lo tanto, la idea de elaboración de una Declaración propia de derechos humanos se volvió una prioridad. Fue por eso por lo que, en 1999 se adoptó la decisión de elaborar una Carta al respecto dirigida a la protección de tales derechos.

⁴⁰ Convenio Europeo de Derecho Humano firmado en Roma en 1950

⁴¹ ROLDAN BARBERO, J. (2007). La Carta de derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional, *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 16, 943-911.

⁴² Actualmente esta fórmula ha pasado a ser ahora el 6.2 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) *La Unión respetará los **derechos fundamentales** tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.*

⁴³ Art. 2 del TFUE: *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. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.*

⁴⁴ ROLDAN BARBERO, “La Carta de derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional”, *cit.*, p. 944 y ss.

1. Sistema de protección de los Derechos Humanos

En la actualidad los derechos humanos están en el centro de las relaciones de la UE con otros países y regiones⁴⁵. La UE ha reconocido que su política y actuación en materia de derechos humanos, aparte de proteger los derechos humanos de sus ciudadanos y ciudadanas también se encarga de promover **los derechos humanos, la democracia y el Estado de Derecho en todo el mundo.**

Los *Principios básicos comunes para las políticas de integración de los inmigrantes en la Unión Europea* aprobados por el Consejo de la Unión Europea el 19 de noviembre de 2004, definen la integración como “un proceso bidireccional y dinámico de ajuste mutuo por parte de todos los inmigrantes y residentes de los Estados miembros, para posteriormente afirmar que la integración implica el **respeto de los valores básicos** de la Unión Europea”.

La redacción de la Carta de los Derechos Fundamentales [1.1] y su entrada en vigor junto con el Tratado de Lisboa [1.2] son las últimas novedades en este proceso de codificación destinado a garantizar la protección de los derechos fundamentales en la Unión.

1.1- La Carta de Derechos Fundamentales de la UE

La Carta es probablemente el principal instrumento para la defensa, promoción y realización de los valores de la Unión; hace hincapié en que es fundamental que la Unión defienda estos valores, tanto en su política exterior como a nivel interno, ampliando la cobertura que proporciona la Carta a sus ciudadanos y residentes, así como en la acogida de las personas refugiadas y la recepción de personas migrantes⁴⁶. Desde el preámbulo de la Carta se invoca el **carácter universal de los derechos humanos** reconociendo que *la Unión está fundada sobre los valores*

⁴⁵ Derechos Humanos y Democracia. (2019). *Promoción y protección de los derechos humanos*. Disponible en: https://europa.eu/european-union/topics/human-rights_es (Consultada en: 2/5/2020).

⁴⁶ Sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el marco institucional de la Unión (2019). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051_ES.html (Consultada en: 2/5/2020).

indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho.

La Carta está organizada en 7 capítulos, *Dignidad, Libertades, Igualdad, Solidaridad, Ciudadanía, Justicia* y el último capítulo que regula las *Disposiciones generales* de la Carta. A continuación, procederé a analizar de forma breve algunos de estos derechos traducidos en principios, cuya proclamación y reconocimiento supondrían la obligación de garantizar y reconocer a nivel regional el respeto al derecho a migrar.

- **Principio de inviolabilidad de la dignidad humana**

En el art. 1 del capítulo 1 se proclama la **inviolabilidad de la dignidad humana** *La dignidad humana es inviolable ha de ser respetada y protegida.* Al analizar el marco normativo español hemos estudiado ya la conexión existente entre este principio y el derecho a migrar, siendo fundamental el reconocimiento de este derecho para la garantía y protección de la dignidad de las personas migrantes.

Lo que pretende la UE con este primer artículo es que ninguno de los derechos inscritos en la Carta pueda utilizarse para atentar contra la dignidad de otras personas, ya que, la dignidad de la persona humana forma parte de la esencia y el fundamento del resto de los derechos contemplados en la Carta y nadie podrá atentar contra ella, incluso en el caso de limitación de un derecho⁴⁷.

- **Principio de igualdad y no discriminación**

En el tercer capítulo, bajo el rótulo genérico de “Igualdad”, se proclama en el art. 20 el derecho de *todas las personas a la igualdad ante la ley*, y su art. 21.1 prohíbe *toda discriminación* por una serie de motivos.

La discriminación por motivo de nacionalidad entre nacionales de los Estados miembros de la UE se prohíbe expresamente en el artículo 18 del Tratado de

47 European Union Agency for Fundamental Rights. (2007). *Carta de los derechos fundamentales de la UE*. Disponible en: <https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/1-dignidad-humana> (Consultada en: 3/5/2020).

Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE)⁴⁸ y el artículo del 14 Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH)⁴⁹ adopta también una dirección semejante.

La legislación en materia de no discriminación tiene por objeto que todas las personas tengan una perspectiva de acceso equitativo y justo a las oportunidades que ofrece la sociedad. Este principio pretende garantizar que todas las personas que estén en situaciones similares reciban el mismo trato y no sean tratadas de un modo menos favorable simplemente por una determinada característica que, en el caso de nuestro trabajo, sería la discriminación ligada a la nacionalidad, discriminación que siempre ha estado prohibida por los tratados de la Unión Europea⁵⁰.

- Principio de proporcionalidad

En el capítulo referido a las Disposiciones Generales, en el art. 52 se proclama que

*Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el **contenido esencial de dichos derechos y libertades**. Sólo se podrán introducir limitaciones, respetando el **principio de proporcionalidad**, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de internos general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.*

Este principio se recoge del mismo modo, en el art. 5 del TFUE, según el cual: *el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados*. La proporcionalidad regula el modo en que

⁴⁸ Art. 18 del TFUE firmado en Roma en 1957 proclama que, *En el ámbito de aplicación de los Tratados, y sin perjuicio de las disposiciones particulares previstas en los mismos, se prohibirá toda discriminación por razón de la nacionalidad.*

⁴⁹ La UE es parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma en 1950. En su Art. 14 se reconoce que *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*

⁵⁰ EUR- Lex. *Glosario de la Síntesis*. Disponible en:

https://eurlex.europa.eu/summary/glossary/nondiscrimination_principle.html?locale=es

(Consultada en: 1/5/2020).

la UE ejercita sus poderes. Este principio supone que, para alcanzar sus objetivos, la UE no se excederá en sus actuaciones y deberá emprender tan solo las acciones estrictamente necesarias.

- **Respeto a los principios generales del derecho internacional**

El art. 53 de la Carta dispone lo siguiente:

Ninguna de las disposiciones de la presente Carta podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión, la Comunidad o los Estados miembros, y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las constituciones de los Estados miembros.

Como vemos, no solo a nivel Estatal se han de respetar los principios generales del derecho internacional, sino que la Unión Europea como organización internacional también debe actuar de acuerdo con estas normas superiores de protección de los derechos humanos, por lo que en la aplicación del Derecho europeo se ha de respetar también el Derecho Internacional.

1.2- Tratado de Lisboa

La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados.

Mediante este artículo 6 del Tratado de la Unión Europea (TUE), la Carta modificó su naturaleza y adquirió **carácter jurídicamente vinculante** pasando a formar parte del acervo de la UE. Desde ese momento su aplicación, pasó a ser obligatoria para las instituciones de la UE y también para los Estados miembros⁵¹.

⁵¹ Blasi Casagran, C. (2010). *La protección de los derechos fundamentales en el tratado de Lisboa*. (ed.1.). Barcelona: Institut Universitari d'Estudis Europeus, p. 8.

Por lo que los derechos humanos se asientan también en los Tratados fundacionales de la UE:

El Art. 1bis proclama 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.

El tratado de Lisboa reconoce que el pluralismo y la tolerancia son ingredientes de una identidad europea marcada por el reconocimiento de los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad, y la solidaridad, y los principios de democracia y Estado de Derecho y que pretenden eliminar diferencias interpretativas y aplicativas entre los Estados miembro. Por lo que este carácter plural y abierto de este sistema de valores, debe de presentarse con una inequívoca vocación **universalista y multicultural** que tenga en cuenta los derechos de las personas migrantes.

Concretados los principios y valores en los que se asienta la UE, pasaremos a estudiar la regulación que efectúa el legislador europeo del derecho a la libre circulación de las personas migrantes [2]. El objetivo es, comprobar si la ley toma en consideración, a la hora de establecer las políticas migratorias, estos ideales y esta moral que acabamos de estudiar y que proclama el derecho comunitario. Terminaremos el Capítulo con una reflexión tomando en consideración el

posicionamiento que la doctrina ha adoptado a cerca de la garantía del derecho a migrar en el marco regional [3].

2. El reconocimiento del derecho a migrar en la UE

El capítulo cinco de la Carta habla de *ciudadanía* y en su art. 45 reconoce el derecho a la libre circulación.

1. Todo ciudadano de la Unión tiene derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

*2. De conformidad con lo dispuesto en el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, se podrán conceder libertad de circulación y de residencia a los nacionales de terceros países **que residan legalmente** en el territorio de un Estado miembro.*

De acuerdo con este artículo, el derecho a migrar no gozaría de carácter de universal, ya que este derecho se consagra como un derecho fundamental vinculado a la **ciudadanía europea**, solamente abriendo la posibilidad de extenderlo a las personas **extranjeras que residan legalmente en la Unión**. Esto supone que, de acuerdo con *La Carta de derechos humanos de la UE*, a nivel regional tampoco se reconoce el derecho a migrar de forma expresa.

Del mismo modo, el art. 45.1 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE) habla de la libre circulación y proclama que *Quedará asegurada la libre circulación de los **trabajadores dentro de la Unión***. Este artículo omite el concepto de “ciudadano” para pasar a hablar directamente de *trabajador*. Esto significa que la UE solo concibe la migración si la persona que migra va a constituirse como fuerza de trabajo para la sociedad.

Vemos como el derecho regional de la UE tampoco reconoce de forma expresa el derecho a migrar como un derecho universal. Esto puede sorprender un poco si tenemos en cuenta todos los principios y valores en los que se fundamenta la UE.

3. Opiniones doctrinales y conclusión personal

En esta etapa de la Historia de la Humanidad, la Comunidad Internacional, las Naciones Unidas y los diversos Estados, a través de los diferentes Tratados

Internacionales, están favoreciendo la **protección internacional de los derechos humanos** estableciendo a los Estados limitaciones y obligaciones con relación a los derechos de las personas que se encuentran en su territorio. Estos principios generales que se predicán a favor de los derechos humanos deben ser respetados del mismo modo por las instituciones comunitarias y funcionan, por lo tanto, como parámetros para enjuiciar la validez de sus actos ⁵².

DAUSES afirma que “Existen sólidos argumentos que indican que los principios elementales de derecho, que se basan en una idea más general del derecho y que forman parte de los pilares de cualquier sociedad, **deben primar incluso sobre los tratados comunitarios**; parecería en efecto, incompatible con su naturaleza de garantía fundamental , de carácter ético-jurídico, prepositiva y suprapositiva, que cualquier derecho positivo pudiera primar sobre ellos”.

Sin embargo, el núcleo duro de la política comunitaria migratoria actual se basa en el establecimiento de limitaciones al derecho humano a migrar, a través de la entrada con visado, permanencia mediante autorización de trabajo y permiso y, en definitiva, políticas utilizadas como elemento preventivo para el control de fronteras y la represión de la inmigración⁵³ en detrimento de la creación de un ámbito de derechos y libertades que reconozcan el derecho a migrar en armonía con el respeto a los derechos humanos y los valores que en la comunidad internacional y en la propia UE se predicán.

Otro argumento a favor del derecho a migrar, es el **principio de inviolabilidad de la dignidad humana**, tal y como se reconoce desde la UE los derechos humanos no forman hoy parte exclusiva de los asuntos internos de los Estados, sino que son la expresión directa de la dignidad de la persona, y la obligación de los Estados de asegurar su respeto, como derivación del reconocimiento de esta dignidad, es una obligación *erga omnes* que incumbe a todo Estado en su relación con la Comunidad

⁵² Sentencia del TJCE de 5 de julio de 1977, asunto 114/76, *Vela-Mülhe Jose Bergamnn KG contre Grows GmbH & Co. KG*, Rec. 1977, pp. 1211 y ss. *Hay que señalar que juntamente con esta función de constituir un parámetro de validez de los actos comunitarios, también puede considerarse que los principios generales funcionan como principios reguladores del comportamiento de los sujetos del derecho comunitario, en particular los Estados miembros.*

⁵³ GOIG MARTÍNEZ, “La política común de inmigración en la unión europea en el sesenta aniversario de los tratados de roma (o la historia de un fracaso)”, *Cit. pp.* 79 y ss.

Internacional en su conjunto, teniendo todo Estado un interés jurídico en su protección.⁵⁴ De acuerdo con esto, la UE como organización debería hacerse responsable de que todos los Estados miembros estuvieran actuando de acuerdo con este principio de garantía a la dignidad humana, y, por lo tanto, reconocieran que de acuerdo con este principio, debería existir un derecho universal a migrar.

Otro obstáculo con el que nos encontramos a la hora de proteger los derechos humanos de las personas migrantes es que, en el Derecho Migratorio Europeo existen muchos Títulos que manifiestan importantes deficiencias al respeto del **principio de igualdad y no discriminación por nacionalidad**. Un ejemplo de esto es el artículo 15.3 de la Carta: *Los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros tienen derecho a unas condiciones laborales equivalentes a las que disfrutaban los ciudadanos de la Unión.*

En primer lugar, este artículo resulta en mi opinión, una clara vulneración al principio de igualdad en el trabajo y a las condiciones laborales que exigen las normas de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ratificadas por los Estados miembros. La UE niega el derecho al trabajo de las personas migrantes y se ampara únicamente en su situación administrativa irregular. A mi parecer, resulta algo preocupante que en una Carta de reconocimiento de derechos fundamentales se hagan afirmaciones de este tipo, ya que, supone una gran contradicción al compromiso de respeto de la Unión al contenido esencial del derecho fundamental a la igualdad de las personas ante la Ley, en la Ley y en la aplicación de la Ley, en relación con los nacionales de terceros países.

No se puede permitir vulneración de las leyes o valores de la sociedad de acogida amparado en la condición administrativa de las personas migrantes ya que esto resultaría en una fuente de rechazo y consiguientes conflictos. Del mismo modo, es importante reflexionar que los motivos por los que la gente migra son más amplios y complejos que las estrictas necesidades laborales de un país y el hecho de vincular las autorizaciones de residencia y trabajo al mercado laboral es fuente de

⁵⁴ GOIG MARTÍNEZ, “La política común de inmigración en la unión europea en el sesenta aniversario de los tratados de roma (o la historia de un fracaso)”, *Cit. pp.* 79 y ss.

discriminación ya que esto lleva a que se creen categorías de personas migrantes⁵⁵. Se permite que existan personas migrantes con más derechos simplemente por la razón de que se ajustan más y son más “útiles” para la economía de un Estado, mientras que al resto de personas migrantes se les exigen requisitos muchas veces imposibles de acreditar⁵⁶.

Siguiendo en la misma línea, otro claro ejemplo de discriminación se encuentra en el Reglamento de la UE núm. 539/2001 del Consejo (15 de marzo de 2001). En este se establece la lista de terceros países cuyos nacionales necesitan visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación. Llama la atención que es muy superior el número de países a los que se les **exige visado** (103) respecto al de los que **están exentos** (59). Más sorprendente es investigar en el perfil de los Estados que se encuentran liberados de esta obligación: no hay ninguno calificado como de bajos ingresos en general, y ninguno africano en particular. Por lo contrario, en el listado de los países a los que sí se les requiere un visado encontramos una mayoría clara de países con bajos ingresos.

Este reglamento nos muestra que el principal polo de atracción de las migraciones a nivel mundial es priorizar el acceso a su territorio por vías legales y seguras a las personas nacionales de países de ingresos medios y altos, mientras que estas quedan muy limitadas para aquéllas que provienen de las zonas empobrecidas⁵⁷.

La UE debería establecer un plan específico para acabar con cualquier forma de discriminación y no ser ella misma la fuente de vulneraciones. No se pueden permitir diferencias en la titularidad del derecho a migrar y menos sustentadas en intereses políticos. Este derecho fundamental debería garantizarse con las mismas

⁵⁵ El ejemplo más claro lo tenemos con la llamada tarjeta azul para personas altamente cualificados (nuevo Art. 38 ter de la LOEX, permisos “vip”).

⁵⁶ Comisión General de Trabajadores. (2010). Reforma de la Ley de Extranjería. Conferenciado permanente, Comité Confederal. *Informativo Boletín*, 126, 43.

⁵⁷ ARCE, “*Los derechos políticos de los residentes extranjeros: la ciudadanía inclusiva*”, cit., pp. 119-120.

garantías por igual a todas las personas sin discriminaciones a favor de unos u otros por motivos de raza o intereses económicos⁵⁸.

Por otro lado, de acuerdo con el **principio de proporcionalidad** la UE no debería excederse en sus actuaciones y debería emprender tan solo las acciones estrictamente necesarias. Sin embargo, la forma que tiene la UE de afrontar los problemas subyacentes y derivados de las migraciones es a través de políticas cada vez más duras, basadas en la impermeabilización de las fronteras, en sofisticados sistemas de control policial, en el retroceso en las políticas de asilo, en los acuerdos para las expulsiones colectivas, en los centros de retención e internamiento, en la externalización de la gestión del asilo y las migraciones...⁵⁹ En vez de establecer políticas generosas y de mayor perspectiva que pongan por delante la Cooperación efectiva para el Desarrollo y la Solidaridad y que salvaguarden el derecho a migrar de las personas.

La actual deriva de la política europea en materia de migración se asienta en criterios y objetivos que están en abierta contradicción con los principios propios del derecho internacional e incluso de los propios principios y valores de la UE.

No podemos hacer de Europa una Fortaleza que se rija por el egoísmo económico ante la aceptación de las personas migrantes y que deje de lado principios tan fundamentales como son la dignidad y la no discriminación de personas. Esta política de exclusión desconoce la fuerte relación existente entre paz y ausencia de violencia con el universalismo de los derechos humanos⁶⁰ a favor de los cuales incluimos entre muchos otros el derecho a migrar.

⁵⁸ Como ha afirmado VILLAVERDE MENÉNDEZ (2004), *las políticas de integración y equiparación en derechos y deberes del estatus del extranjero con el del ciudadano europeo, así como la prohibición de cualquier forma de discriminación, la persecución del racismo y la xenofobia, y las políticas de derechos fundamentales, no sólo carecen de un plan específico, sino que ha quedado en pronunciamientos genéricos, al destino de los legisladores estatales, y se reservan, ya no sólo para los residentes legales, sino para los residentes legales de larga duración.*

⁵⁹ Declaración de Larache (2005), *Revista Mugak*, 32. Recuperado de: <http://www.mugak.eu/revista-mugak/no-32/declaracion-de-larache>

⁶⁰ Nieto García, LC. (2008). Derechos Humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno, *Papeles*, 104, 39-56.

Hemos visto cómo a pesar de ser el derecho a migrar un derecho humano no se contempla como tal de forma expresa ni a nivel nacional ni a nivel regional. El Estado se limita a crear diferentes categorías de personas y restringe el disfrute de este derecho solo a las que cumplan con los criterios específicos marcados en los diferentes sistemas normativos.

Por último, analizaremos el contenido de los principales textos internacionales de reconocimiento de derechos humanos con el objetivo de analizar el lugar que ocupa el **derecho a migrar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos como sistema internacional integrante del Derecho Internacional Público**. En primer lugar, observaremos qué supone para la soberanía de un Estado la creación y el reconocimiento universal de los derechos humanos y averiguaremos si en alguno de los textos principales sobre la materia se reconoce el derecho a migrar de forma expresa [1]. Todo esto con el propósito de concluir si en última instancia es la soberanía estatal o bien el superior de derechos humanos es quien en la práctica decide los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales [2].

CAPÍTULO 3: PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MIGRADAS EN EL MARCO NORMATIVO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

La doctrina iusnaturalista defiende que los derechos humanos pertenecen al ser humano por el simple hecho de su condición humana, son superiores y anteriores a la actuación y existencia misma del Estado y no dependen de nada ni de nadie para ser reconocidos⁶¹. Nuestro sistema actual ubica el fenómeno de la migración en un marco internacional formado a partir de un conjunto de instrumentos de derecho internacional. Los derechos naturales de la humanidad se encuentran protegidos y garantizados en el Derecho Internacional positivo actual.

La creación de nuevos instrumentos internacionales como la Carta de las Naciones Unidas y la importante Declaración Universal de los derechos humanos marcaron el inicio de esta protección positivista. El objetivo de tal reconocimiento fue proteger los **derechos de todas las personas del mundo** independientemente de su

⁶¹ NIEVES HERNÁNDEZ, “¿Derecho internacional a migrar? Entre el derecho natural y el derecho positivo: el dilema de los derechos humanos de los migrantes”, Cit. pp. 49 y ss.

soberanía nacional y sin importar que se encontraran fuera o dentro de su nación de origen. El derecho internacional de los derechos humanos es aplicable no sólo a los nacionales de un Estado, sino a toda persona dentro de la jurisdicción del Estado, incluidos los migrantes, independientemente de su estatus administrativo⁶².

1. Sistema de protección internacional de los derechos humanos

Este “sistema de protección internacional de derecho humanos” se crea a través de la elaboración, adopción y ratificación de instrumentos internacionales con carácter convencional y en vigor además de las normas internacionales de naturaleza consuetudinaria. Estos imponen mecanismos de control a través de una obligación formal de cumplimiento a los Estados que lo han adoptado. Se considera que todos los países del mundo están obligados por los principios articulados en el derecho internacional de los derechos humanos, que determina el conjunto de derechos humanos aplicables a toda la Humanidad. En el caso de España, el art. 10.2 de la CE, establece que

“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

Este artículo establece el único criterio de interpretación de los derechos humanos positivizado en nuestro ordenamiento jurídico, por el cual deberemos acudir a los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España a la hora de atribuirles significado⁶³. Así como España, son muchos los Estados del mundo que contemplan en sus constituciones disposiciones de este tipo, a través de las cuales, se obligan a respetar los derechos humanos de todas las personas del mundo sin importar su nacionalidad.

⁶² Unión Interparlamentaria. (2015). *Migración, derechos humanos y gobernanza: Manual para Parlamentarios* 24, 44.

⁶³Cuenca Gómez, P. (2012). La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la constitución española. *Revista de Estudios Jurídicos* 12, 1-24.

De este modo, los Estados están de acuerdo en afirmar que las personas migrantes tienen los mismos derechos humanos que cualquier otra persona y que, en consecuencia, el respeto de estos derechos no va a entender ni de soberanías ni de fronteras.

A continuación, analizaremos algunas de estas normas de protección de los derechos humanos con la finalidad de observar cuales son los principios y valores que se proclaman a escala superior. Posteriormente examinaremos en cada uno de los textos el trato que se le da al derecho a migrar.

1.1- Declaración Universal de los Derechos Humanos

El primer instrumento de derechos humanos que alcanzó la comunidad internacional reunida en la ONU (Organización de las Naciones Unidas) fue la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** (en adelante, DUDH): se pretendió adoptar un texto que atribuyera derechos para todas las personas en condición de igualdad.

La Declaración expresa principios comúnmente aceptados y derechos contemplados en los instrumentos internacionales de derechos humanos y del derecho laboral internacional, que son jurídicamente vinculantes.

En su art. 1 se proclama que

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.

Y el art. 2

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición [...].

Del mismo modo, el art. 7 reconoce que

*Todos son **iguales ante la ley** y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.*

El art. 13 de la DUDH hace referencia al derecho a migrar:

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el Territorio de un Estado.

En este primer párrafo se consagra el derecho a la libre circulación y a la elección de residencia, sin embargo, los limita al territorio de un Estado y por lo tanto se refiere únicamente a **migración interna**. En este caso no se reconoce de forma expresa el derecho a moverse de un país a otro.

2. Toda persona tiene derecho a salir de su país, incluso el propio, y a regresar a su país.

Se está reconociendo un “derecho a salir”, pero no se habla en ningún momento del derecho a “entrar” de manera libre a cualquier país. El derecho a “entrar libremente” es un requisito *sine qua non* para poder hablar de un derecho humano a migrar con todos sus elementos, por lo menos en el ámbito internacional⁶⁴. El derecho a salir libre y universal no se ve correspondido por un derecho a entrar con las mismas características por lo que este último queda supeditado a la soberanía de cada Estado de decidir los requisitos para entrar en territorio bajo su competencia.

1.2- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) junto con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, constituye el paso más importante para la incorporación de los derechos contenidos en la DUDH a un régimen de obligaciones positivas, vinculantes sobre los Estados.

⁶⁴García, L. (2016). Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina. *Revista Uniandes*, 88, 107-133.

El PIDCP es una herramienta básica para conocer los parámetros del Derecho Internacional para la protección de personas⁶⁵. En este se menciona explícitamente en varias ocasiones el “origen nacional” como motivo prohibido de discriminación en cuanto al disfrute de derechos civiles políticos sociales, económicos y culturales.

*Art. 2 1. Cada uno de los Estados Parte en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se **encuentren en su territorio** y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, **origen nacional o social**, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

*Art. 24. Todas las personas **son iguales ante la ley** y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, **origen nacional o social**, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.*

Los art. 12.2 y 12.3 reconocen que:

[...]

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 reconocidos en el presente Pacto.*

[...]

En una estricta interpretación jurídica, del art. 12.2 extraemos dos obligaciones: la del país de salida a no impedir la salida y la del país de entrada a no rechazar la

⁶⁵ Barrena, G. (2012). *El pacto Internacional de derechos Políticos y Civiles. (Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos 3)*. México. Grupo Editorial Zeury, p. 13.

entrada, en ambos casos con los únicos límites que impone el art. 12.3. Esto significa 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*⁶⁶, su alcance debe ser objeto de una aplicación y de una interpretación restrictivas. Esto nos lleva a concluir que, a partir del PIDCP los Estados no pueden considerar el régimen de entrada y permanencia algo sometido a su libre disposición⁶⁷.

De primeras, podríamos pensar que esta afirmación contradice el **Principio de igualdad soberana de los Estados**⁶⁸, ahora bien, la evolución del derecho y la sociedad internacional afecta a las libertades de los Estados debilitando y poniendo en duda el principio de igualdad soberana de los Estados y su utilidad como ficción jurídica⁶⁹. Este derecho fundamental de los Estados se encuentra sometido a una gran presión que proviene de la aceptación de obligaciones internacionales de respeto y protección de derechos humanos.

“El Derecho internacional no se reduce solamente a ser un producto resultante de la voluntad de los Estados, sobre la base del principio de la soberanía estatal, sino que **la autonomía de la voluntad de los Estados es limitada**, pues, los conceptos abstractos de libertad y de soberanía absoluta de los Estados son incompatibles con la existencia misma de una sociedad internacional”. JOSÉ B. Acosta Esteve (1995)

Existe una Observación General (OG, en adelante) que afirma esta interpretación restrictiva del citado art. 12 PIDCP. Hablamos de la OG núm. 27, aprobada por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1999. Esta pretende destacar la importancia del respeto, al ya estudiado, **principio de proporcionalidad** a la

⁶⁶ “En duda, a favor de la libertad”. En el caso de duda, esta ha de ser resuelta en beneficio del mayor grado de libertad.

⁶⁷ Aparicio Wilhelm, M. (2016). Presupuestos teóricos, dogmática jurídica e interpretación constitucional de los derechos de las personas extranjeras en España. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 37, 193-212.

⁶⁸ Principio fundamental del Derecho internacional, del que derivan otros tantos principios fundamentales del ordenamiento jurídico, como la prohibición de intervención en los asuntos internos de los Estados o la inmunidad de los Estados en los tribunales de otros Estados.

⁶⁹ Espósito, C. (2010). Soberanía e igualdad en el derecho Internacional. *Estudios Internacionales* 165, 171-196.

hora de establecer las limitaciones a la libertad de circulación. En sus párrafos 14 y 15 establece:

*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 define 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.*

Del mismo modo, el punto 2 de la OG quiere remarca la obligación de los Estado de respetar, a parte del principio de proporcionalidad, todos los derechos humanos consagrados en el Pacto.

*4. Las limitaciones permisibles que pueden imponerse a los derechos protegidos en virtud del artículo 12 no deben anular el principio de **la libertad de circulación**, y se rigen por las exigencias establecidas en el artículo 12, párrafo 3, de que sean necesarias y además compatibles con los otros derechos reconocidos en el Pacto.*

Por lo que no se deberá admitir política migratoria alguna que vaya en contra del Pacto por entender que vulnera derechos humanos.

1.3- Convención internacional sobre la Eliminación de Todas las formas de Discriminación racial

Ante la preocupación internacional cada vez mayor por la discriminación racial, la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió, en 1963, aprobar oficialmente

la Declaración sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Su preámbulo reconoce:

*En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados parte se comprometen a **prohibir y eliminar la discriminación racial** en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a **la igualdad ante la ley**, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos*

Los Estados Parte deben garantizar que el resultado de prácticas Estatales y privadas no tengan como finalidad ni como efecto crear o perpetuar la discriminación racial. El art. 5 de la convención elabora un listado de derechos que deben ser reconocidos para la efectiva eliminación y prohibición de la discriminación racial por parte de los Estados. Los dos primeros derechos del listado se refieren al **derecho de movilidad de las personas migrantes**.

- i) *El derecho a **circular libremente** y a elegir su residencia en el territorio de un Estado;*
- ii) *El derecho a **salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país;***

El artículo, a pesar de que no habla de personas que se encuentran legalmente o no en un Estado, limita el derecho a circular con libertad al territorio de un Estado y habla de un derecho interno de cada Estado sin llegar a hablar de salir o entrar a otro país.

2. Conclusión, opiniones doctrinales y consultivas

Podemos concluir que en el Derecho Internacional Público existe un derecho a migrar cuya existencia se fundamenta en el sistema internacional de los Derechos Humanos siendo su punto de partida, entre otros, el principio de **igualdad y no discriminación**. A pesar de esta garantía universal, el Derecho Internacional se limita a reconocer el derecho de todo el mundo a salir de cualquier país, incluido el propio, y a regresar al propio país, pero no reconoce de forma expresa el **derecho a entrar en otro país de forma libre**. Esto conlleva que, lamentablemente en la

práctica, la soberanía nacional siga siendo el principio esencial en el Derecho Internacional Público.

Llegados a este punto, es importante matizar la distinción entre **las normas dispositivas y las normas de ius cogens**. El ordenamiento internacional, al igual que todo ordenamiento jurídico, se encuentra integrado por ambos tipos de normas.

La esencia de las normas dispositivas reside en la facultad que concede el ordenamiento positivo a los Estados para que “puedan modificar, por obra de su voluntad, en el seno de sus relaciones mutuas el alcance de la regulación dispuesta por el Derecho”. Por el contrario, las normas imperativas no admiten acuerdo en contrario, ya que “protegen los **intereses fundamentales o esenciales** que la comunidad internacional precisa para su supervivencia y, en consecuencia, imposibilitan a los sujetos el sustraerse de las mismas”.⁷⁰

Del mismo modo, cabe otra distinción, en este caso, entre normas que producen **obligaciones de ius cogens** y normas que producen **obligaciones erga omnes**:

La Corte Internacional de Justicia, en el caso *Barcelona Traction*, estableció que las **obligaciones erga omnes** se contraen ante toda la Comunidad Internacional, y contienen valores que conciernen a todos los Estados por la importancia de los derechos que envuelven⁷¹. Las **obligaciones de ius cogens** al igual que las obligaciones erga omnes se reconocen por la Comunidad Internacional, sin embargo, la esencia del carácter del ius cogens y su diferencia básica con las obligaciones erga omnes reside en que dichas normas tienen un **carácter inderogable**⁷².

Los Estados mantienen la prerrogativa soberana de decidir los criterios de admisión y expulsión de los no nacionales, incluidos aquellos en situación irregular. Ahora bien, esta regulación debe hacerse teniendo en cuenta los límites⁷³ a favor de las

⁷⁰ Acosta Estévez. JB. (1995). Normas de Ius Cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos, *Anuario Español de derecho internacional* 11, 3-22.

⁷¹ Corte Internacional de Justicia. (1970) Caso Barcelona Traction, Reports, p. 32, 33-34.

⁷² Acosta-López, J.I, Duque-Vallejo, A.M. (2008). Declaración Universal de los Derechos Humanos ¿Ius Cogens? *The International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 12, 13-34.

⁷³ El art. 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, proclama que las normas imperativas de derecho internacional son “normas aceptadas y reconocidas por la comunidad

obligaciones absolutas (y no de carácter dispositivo) en materia de derechos humanos, así como la obligación de respetar cualquier acuerdo o convenio que haya suscrito un Estado para restringir su soberanía y que tenga **carácter inderogable**.

El PIDCP proclama que cualquier limitación que se quiera establecer referida a las personas extranjeras se ha de poder justificar en atención a una finalidad constitucionalmente admisible y del mismo modo ha de ser **necesaria, razonable y proporcional** por lo que los motivos deberán ser interpretados siempre de una manera restrictiva⁷⁴ a favor de los derechos humanos. De este modo, si los Estados tienen el derecho a regular las condiciones de acceso de los no nacionales a sus países, tienen también la obligación de proteger y respetar los derechos básicos de toda persona que se encuentre en su territorio, cualquiera que sea la situación administrativa en que se encuentre.

Las mayoría de personas migrantes en situación administrativa irregular son personas en situación de extrema vulnerabilidad. Los Estados deberían fortalecer sus esfuerzos para combatir toda forma de abuso y explotación, de xenofobia, exclusión y marginación hacia este sector de la población, así como a perseguir el tráfico ilegal y la trata de personas⁷⁵.

Según la costumbre y el derecho internacional, el acto de migrar no constituye un crimen, ni siquiera un delito, sino más bien un derecho⁷⁶. Los Estados deberían considerar esta libertad y abstenerse de desplegar cualquier tipo de política y legislación orientada a criminalizar la inmigración no expresamente autorizada estableciendo vías legales y seguras para un ejercicio de la libertad de circulación compatible con el respeto a la **dignidad humana**.

El 17 de diciembre de 2003, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió una opinión consultiva denominada “Condición Jurídica y Derechos de los

internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional que tenga el mismo carácter”.

⁷⁴ Aparicio Wilhelm, M. (2017). Unión Europea y crisis de refugiados la libre movilidad como derecho humano. *Oxímora revista internacional de ética y política*, 10, 67-84.

⁷⁵ Alonso J.A. (2011). Migración Internacional y Desarrollo: una revisión a la luz de la crisis. *CDP Background Paper 11*, p. 56.

⁷⁶ Velasco, J.C. (2012). Fronteras abiertas, Derechos Humanos y Justicia Global. *Revista Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura* 188 – 755, 457-473.

Migrantes Indocumentados” en la cual, los Estados Unidos Mexicanos plantearon, entre otras cuestiones, la siguiente pregunta:

“¿Qué carácter tienen hoy el principio de no discriminación y el derecho a la protección igualitaria y efectiva de la ley en la jerarquía normativa que establece el derecho internacional general, y en ese contexto, pueden considerarse como la **expresión de normas de *ius cogens***?”

La Corte opinó por unanimidad a favor del reconocimiento del principio de **igualdad y no discriminación** como una norma de *ius cogens*.

Reconociendo la obligación de todos los Estados de “respetar los derechos humanos” y, del mismo modo, “evitar tomar iniciativas que limiten o conculquen un derecho fundamental”. Declarando “que el principio fundamental de igualdad y no discriminación, revestido de carácter imperativo, acarrea **obligaciones erga omnes** de protección que vinculan a todos los Estados” y del mismo modo advirtiendo que “el incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera **responsabilidad internacional**”. Recordando que “la calidad migratoria de una persona no puede constituir una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos...” y que “los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio de la **igualdad ante la ley y la no discriminación** a la consecución de los objetivos de sus políticas públicas, cualesquiera que sean éstas, incluidas las de carácter migratorio”.

Las políticas migratorias deben respetar los derechos humanos tanto en sus objetivos como en su ejecución y la ausencia de dicho respeto puede acarrear responsabilidad internacional. No podemos tolerar que las fronteras territoriales impliquen fronteras a los derechos de los seres humanos. Hemos creado un sistema de protección que pone como “único” titular a **la persona humana** estableciendo un abanico de derechos a todos por igual, pues no podemos permitir que la soberanía de los Estados se entrometa en el disfrute de estos derechos y se anteponga al superior de derechos humanos.

CONCLUSIÓN

El objetivo de este trabajo consistía en responder a la pregunta de si existe un derecho humano a migrar. Tras haber estudiado la realidad jurídica actual, a diferentes escalas en los diferentes ordenamientos jurídicos, la respuesta a nuestra pregunta es afirmativa.

Jurídicamente todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, esta es una ficción jurídica fruto de la necesidad de crear un reconocimiento formal del derecho cuyo objetivo es garantizar formalmente la existencia de determinados derechos basados en la **dignidad de los seres humanos** y del mismo modo establecer la **obligación de los Estados** de promover y garantizar tales derechos. Por primera vez, se entendió que las personas, antes de meros ciudadanos de un Estado eran seres humanos iguales en condición, de este modo, se establecieron estas garantías mínimas para que todas las Naciones velaran por los derechos humanos de todas las personas y no solo los de sus nacionales.

De no ser así, estaríamos aceptando que cada Estado, de forma arbitraria, puede decidir reconocer o no derechos humanos en función de si la persona es nacional o no, habilitando un trato diferente a las personas extranjeras que si no fueran tales no estaría permitido ¿Es justo aceptar que la buena o la mala suerte de haber nacido en una nación u otra determine los derechos humanos de los cuales una persona es titular?

“Aunque los Estados puedan conservar sus límites territoriales, éstos no deben constituir obstáculos para la movilidad; y el derecho a vivir y trabajar dentro de un Estado no debe depender del lado de la frontera en que se haya nacido” (Kymilcka 2006).

Personalmente coincido con esta afirmación, sin embargo, poniendo en relieve lo estudiado en el **marco normativo español** [CAPÍTULO 1], esto no es lo que ocurre en la práctica: a las personas migrantes que llegan a España no se les reconoce ningún derecho fundamental si no cumplen con una larga lista de condicionantes y trámites excesivos (en muchas ocasiones inalcanzables) poniendo, el Estado, en duda el hecho de que la consideración de “persona” no sea suficiente para la efectiva

garantía de los derechos humanos. Asumir esto pone en peligro el principio *pro homine*, según el cual, ante la duda, debe preferirse la regulación que mejor proteja la persona humana, y no a la que mejor proteja la soberanía nacional.

El Estado en las migraciones tiene un rol fundamental y estructurante a través de sus leyes de extranjería e inmigración. Hemos visto como **el marco normativo de la UE [CAPÍTULO 2] y el marco normativo del Derecho Internacional Público [CAPÍTULO 3]** establecen los mínimos que se han de respetar en materia de derechos humanos y posteriormente, atribuyen la competencia de decidir sobre la entrada de personas migrantes a los Estados, exigiéndoles que los límites a la libertad de movimiento no sean la regla general, siempre atendiendo a una finalidad constitucionalmente admisible, necesaria, razonable y proporcional. Esto significa que los Estados han de elaborar sus políticas migratorias dirigidas a la garantía de los derechos humanos, por ende, deducimos de esta afirmación un claro **reconocimiento del derecho a migrar**.

“Con la expansiva lógica universalista de los derechos humanos se pone precisamente en cuestión que la soberanía implique no sólo el derecho de un Estado a controlar sus fronteras, sino incluso la potestad para definir los procedimientos de admisión de extranjeros en su interior” (Benhabib 2006).

Según la Declaración Universal de los Derechos Humanos los Estados han de reconocer todos los derechos humanos de las personas y en estos se incluyen el derecho a la educación, a la sanidad, el trabajo, la propiedad, así como el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal... Del mismo modo se reconoce de forma expresa que las personas migrantes han de tener acceso a los recursos de cada Estado, y a la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad de las personas migrantes.

En los últimos años varios Estados han decidido hacer frente a las exigencias de los principios generales del Derecho Internacional aprobando varias legislaciones migratorias que incorporan una perspectiva de derechos humanos a la política migratoria: estos son los casos de Argentina (2004), Ecuador (2007), Uruguay (2008) y Bolivia (2013), estas legislaciones **reconocen explícitamente el derecho**

humano a migrar, junto con la garantía de otros derechos para las personas migrantes. Otros países como Costa Rica (2009), Nicaragua (2011) y México (2011 y 2014), también se han unido a este tipo de políticas migratorias.

Sin embargo, esto no es lo habitual, ya que, de lo normal, este reconocimiento formal no se corresponde con una igualdad material y efectiva. La mayoría de los Estados hacen oídos sordos al reconocimiento de este derecho, pues el caso de España no es un caso aislado. La crisis de los refugiados en Europa es un claro ejemplo de cómo los Estados Miembros de la UE a pesar de proclamar valores y principios a favor de los derechos humanos están vulnerando el derecho a migrar de millones de personas. “No se están defendiendo a las personas, no se está respetando la vida ni mucho menos se está tratando las causas de las expulsiones humanas” (Borrás Pentinat, 2019).

Los intereses políticos de los Estados no deben prevalecer a los derechos humanos y estos no pueden ser utilizados como motivo de privación del Derecho a Migrar. La soberanía nacional de los estados no es absoluta, pues las políticas migratorias deberán armonizarse con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, avanzando en un reconocimiento de la realidad humana y, al mismo tiempo, protegiendo una actividad inherente al ser humano como es la migración cuyo sujeto pasivo no tiene por qué ser un trabajador, sino una persona.

“Uno de los derechos humanos esenciales a la dignidad del hombre lo es la libertad de circulación y desplazamiento tanto dentro del ámbito territorial nacional como en el orden internacional. En tal sentido son concomitantes y están íntimamente ligadas ideas y los conceptos de derechos humanos y migración.” (Ojeda, 2001)

El derecho humano a Migrar se basa en el respeto a los principios generales del Derecho Internacional los cuales anteponen la dignidad humana y el principio de igualdad y no discriminación a cualquier frontera o nación.

BIBLIOGRAFÍA

- Textos

Acosta-López, J.I y Duque-Vallejo, A.M. (2008). Declaración Universal de los Derechos Humanos ¿Ius Gogens?, *The International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 12, 13-34.

Acosta Estévez, JB. (1995). Normas de Ius Cogens, efecto erga omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos, *Anuario Español de derecho internacional*, 11, 3-22.

Alonso, J.A. (2011). Migración Internacional y Desarrollo: una revisión a la luz de la crisis. *CDP Background Paper*, 11, p. 56.

Aparicio Wilhelm, M. (2016). Presupuestos teóricos, dogmática jurídica e interpretación constitucional de los derechos de las personas extranjeras en España. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 37, 193-212.

Arce, C. (2012). *Los derechos políticos de los residentes extranjeros: la ciudadanía inclusiva* (1 ed.). Sevilla: El defensor del pueblo andaluz, p. 31.

Barrena, G. (2012). *El pacto Internacional de derechos Políticos y Civiles. (Colección del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos 3)*. México: Grupo Editorial Zeury, p. 13.

Blasi Casagran, C. (2010). *La protección de los derechos fundamentales en el tratado de Lisboa*. (ed.1.). Barcelona: Institut Universitari d'Estudis Europeus, p. 8.

Carlos Velasco, J. (2012). Fronteras abiertas, derechos humanos y justicia global. *Revista "Arbor"*, 755, 457-473.

Corte Internacional de Justicia. (1970). *Caso Barcelona Traction, Reports*, p. 32, 33-34.

Comisión General de Trabajadores. (2010). Reforma de la Ley de Extranjería. Conferenciado permanente, Comité Confederal. *Informativo Boletín*, 126, p. 43.

Cuenca Gómez, P. (2012). La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la constitución española. *Revista de Estudios Jurídicos*, 12, 1-24.

Del camino Vidal Fueyo, M. (2001). La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 62, 218-180.

Espósito, C. (2010). Soberanía e igualdad en el derecho Internacional. *Estudios Internacionales*, 165, 171-196.

García, L. (2016). Migraciones, Estado y una política del derecho humano a migrar: ¿hacia una nueva era en América Latina. *Revista Uniandes*, 88, 107-133.

Goig Martínez, JM. (2006). Derechos de los inmigrantes en España. Estatus constitucional y tratamiento legislativo. *Anuario de la escuela de práctica jurídica I*.

Goig Martínez, JM. (2017). La política común de inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los tratados de roma (o la historia de un fracaso). *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 32, 71-11.

Hernández Efraín, N. (2015). ¿Derecho internacional a migrar? Entre el derecho natural y el derecho positivo: el dilema de los derechos humanos de los migrantes. *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, 120 y 121, 49-75.

Nieto García, LC. (2008). Derechos Humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno. *Papeles*, 104, 39-56.

Rodríguez Guerra, J.J. (2016). Integración y política migratoria europea. *Anuario de la Facultad de Geografía e Historia*, 16, 477.

Roldan Barbero, J. (2007). La Carta de derechos fundamentales de la UE: su estatuto constitucional. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 16, 943-911.

Santana Ramos, EM. (2014). Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad. *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 29, 99-113.

Unión Interparlamentaria. (2015). *Migración, derechos humanos y gobernanza: Manual para Parlamentarios*, 24, p. 44.

Velasco, J.C. (2012). Fronteras abiertas, Derechos Humanos y Justicia Global. *Revista Arbor: Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 188 – 755, 457-473.

- **Webgrafía**

Amnistía Internacional España (1961): *La Declaración Internacional de los Derechos Humanos*. Disponible en: <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/temas/derechos-humanos/declaracion-universal-derechos-humanos/> (Consultada en: 3/5/2020).

Declaración de Larache (2005), *Revista Mugak*, 32 <http://www.mugak.eu/revista-mugak/no-32/declaracion-de-larache>

Derechos Humanos y Democracia. (2019). *Promoción y protección de los derechos humanos*. Disponible en: https://europa.eu/european-union/topics/human-rights_es (Consultada en: 2/5/2020).

European Union Agency for Fundamental Rights. (2007). *Carta de los derechos fundamentales de la UE*. Disponible en: <https://fra.europa.eu/es/eu-charter/article/1-dignidad-humana> (Consultada en: 3/5/2020).

EUR-Lex. *Glosario de la Síntesis*. Disponible en: https://eurlex.europa.eu/summary/glossary/nondiscrimination_principle.html?locale=es (Consultada en: 1/5/2020).

Sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el marco institucional de la Unión (2019). Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2019-0051_ES.html (Consultada en: 2/5/2020).

- **Jurisprudencia Citada**

Sentencia de la Corte Internacional de Justicia 5 de febrero de 1970, Caso Barcelona Traction

Sentencia del TJCE 114/76, de 5 de julio pp. 1211 y ss.

STC 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 3).

STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 4).

STC 99/1985, de 30 de septiembre (FJ 2).

STC 115/1987 de 7 de julio (FJ 3 y 10).

STC 120/1990, de 27 de junio (FJ 4).

STC 57/1994, de 28 de febrero (FJ 3).

STC 242/ 1994, de 20 de junio (FJ 4).

STC 99/1985, de 30 de septiembre, (FJ 2).

STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 3).

STC 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 3 y 4).

STC 107/1984, de 23 de noviembre (FJ 3).

STC 242/1994, de 20 de julio (FJ 6)

STC 169/2001, de 16 de julio (FJ 4)

STC 72/2005, de 4 de abril (FJ 1)

- **Textos Legales**

Constitución Española de 1978

Texto consolidado de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009 (en su redacción dada por el Real Decreto 844/2013, de 31 de octubre).

Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España.

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000

Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007

Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992

Declaración Universal de los derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966

Convenio Europeo de Derechos Humanos firmado en Roma en 1950