

## Igualdad, no discriminación y nacionalidad

## Equality, non-discrimination and nationality

M<sup>a</sup>. Carmen Barranco Avilés  
Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho  
Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba  
Universidad Carlos III de Madrid  
ORCID: 0000-0001-5027-3750

Fecha de recepción 09/03/2023 | De publicación: 22/06/2023

### RESUMEN

A partir de la preocupación de Javier de Lucas por las vulneraciones de derechos generadas por las políticas migratorias, el trabajo justifica que el mantenimiento de éstas implica que las personas migrantes no son reconocidas como titulares de derechos humanos en los sistemas jurídicos de protección. El único escenario de garantías de los derechos en el que expresamente se ha tenido en cuenta la protección de las personas migrantes es el de la lucha contra la discriminación racial y ello sólo se ha producido desde 2005, como consecuencia de la reinterpretación de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial a partir de la Declaración y el Programa de Acción de Durban.

### PALABRAS CLAVE

Derechos humanos; movimientos humanos; migración; universalidad; fronteras.

### ABSTRACT

Based on Javier de Lucas's concern about the violations of rights generated by migration policies, the work justifies that the maintenance of these implies that migrants are not recognized as holders of human rights in legal systems of protection. The only scenario of rights guarantees in which the protection of migrants has been expressly considered is the fight against racial discrimination, and this has only occurred since 2005, because of the reinterpretation of the Convention to the Elimination of all Forms of Racial Discrimination based on the Durban Declaration and Program of Action.

### KEY WORDS

Human rights; human movements; migration; universality; borders.

**Sumario:** 1. Introducción; 2. Criminalización de las migraciones y racismo frente a derechos humanos; 3. Límites del derecho antidiscriminatorio y ‘fronteras’. La discriminación por razón de nacionalidad; 4. Bibliografía.

## 1. Introducción

Es un honor para mí participar de este número en el que se reflexiona sobre la obra de Javier de Lucas con motivo de su jubilación. De todos los temas que abarca el trabajo del profesor De Lucas, el que en mayor medida ha suscitado mi interés continuado a lo largo del tiempo es el relacionado con los derechos humanos de las y los migrantes. Desde sus primeros libros a propósito de esta cuestión -*Europa: convivir con la diferencia* (De Lucas 1992) y *El desafío de las fronteras* (De Lucas 1994)<sup>1</sup>-, se expresa una reivindicación que sigue siendo de plena actualidad: “para que las fronteras no puedan más que los derechos, es preciso que nos los tomemos en serio” (De Lucas 1994, p. 242).

En aquellos trabajos, Javier de Lucas advertía sobre el riesgo, hoy hecho realidad, de que Europa se construyera como la fortaleza en la que europeas y europeos se defienden de quienes no lo son. En estas y sucesivas publicaciones, se pone de manifiesto que los movimientos de personas no son abordados desde un enfoque basado en derechos. Por un lado, las fronteras -como la escasez y la negación de la autonomía-, se erigen en un límite a la universalidad de los derechos y, por otro, a día de hoy, constituyen también un límite a la posibilidad de aplicar el Derecho antidiscriminatorio (Barranco 2010). En lo que sigue, trataré de mostrar cómo la defensa de las fronteras tal y como se está llevando a cabo genera graves vulneraciones de derechos hasta el punto de que deja en suspenso el Derecho internacional de los derechos humanos y ha condicionado la articulación de las garantías contra la discriminación.

## 2. Criminalización de las migraciones y racismo frente a derechos humanos

Es un reto hablar de los derechos humanos de las personas migrantes, dado que, en primer lugar, son precisamente los Estados quienes tienen competencia para tomar decisiones a propósito del alcance de la ciudadanía, por tanto, sobre las personas cuyos derechos se comprometen a proteger; además, conforme se ha señalado, los argumentos económicos y de seguridad están presentes con más frecuencia que los argumentos de derechos humanos cuando se abordan cuestiones de movimientos humanos (De Lucas 2022).

---

<sup>1</sup> En estas fechas yo iniciaba mi formación doctoral y tuve la fortuna de que me encomendaran la recensión del trabajo que se publicó en el número 4 de *Derechos y Libertades* (Barranco 1994)

La conceptualización y el lenguaje en relación con el fenómeno migratorio han sido construidos desde esta prioridad. En este sentido, contrasta la conceptualización de las distintas categorías por parte de la Organización Internacional para las Migraciones con la que está presente en los discursos políticos y en la prensa. Así, la OIM (2019) considera que ‘migrante’ es un término genérico, no definido en el Derecho internacional, que refleja en el entendimiento común la idea de una persona que se muda fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o cruzando una frontera internacional, temporalmente o permanentemente, y por una variedad de razones. El vocablo incluye una serie de categorías de personas bien definidas por el Derecho como las y los trabajadores migrantes o las personas cuyos tipos particulares de movimientos están calificados -es el caso de personas migrantes que son objeto de trata o tráfico-; y también incluye otras categorías de personas cuyo estatus o medios de circulación no están definidos específicamente en el Derecho internacional, como es el caso de los y las estudiantes internacionales. Como señala la OIM, a nivel internacional no existe una definición universalmente aceptada de “migrante”.

En contraposición con esta definición, sin embargo, en el lenguaje natural se distinguen las personas extranjeras y las (in)migrantes. También es clave entre las personas migrantes la diferencia entre quienes están y no en situación regular (Freeman 2017, pp. 158-161). Otra dicotomía, como las anteriores, carente de sentido desde un enfoque de derechos, es la que separa a solicitantes de asilo y ‘migrantes por razones económicas’-si bien, en términos de herramientas legales, el estatus es diferente para las personas migrantes que para las refugiadas y solicitantes de asilo-.

Sin duda, el racismo, la xenofobia y el nacionalismo presentes en nuestros contextos pretendidamente igualitarios justifican el olvido de los derechos y refuerzan los sistemas de opresión desde los que la respuesta sociopolítica a los movimientos humanos se basa en la seguridad. El ejemplo por excelencia se encuentra en la operación Sophia (De Lucas 2015) o en la falta de una respuesta contundente a las irregularidades de Frontex. Precisamente, los retrasos en la implementación de las medidas previstas para la adecuación de la Agencia a unos estándares mínimos de derechos se muestran en el Informe del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes publicado en 2022 (ONU 2022). En este mismo documento se reflejan tres tendencias en las que se manifiesta que la preocupación por los derechos de los migrantes no está presente en la agenda política: la legalización de las devoluciones en caliente, la aplicación automática del concepto de “tercer país seguro”, y los acuerdos de readmisión en las fronteras.

La regulación disuasoria del asilo y el refugio -como la imposibilidad en la Unión Europea de presentar la solicitud en consulados o embajadas o el rechazo sin estudio adecuado de las solicitudes de personas que proceden de países considerados seguros- o el establecimiento de mecanismos de responsabilidad de las personas que transportan migrantes, son igualmente estrategias que redundan en la criminalización de los movimientos de personas.

Conviene no olvidar que la presencia cada vez más frecuente de discursos xenófobos y racistas en los espacios públicos contribuye a legitimar estas prácticas y resulta funcional a los intereses de quienes sacan partido de la orientación actual de las políticas migratorias (Tassin 2018; Claire 2012). En relación con este fenómeno, resultan dignos de mencionarse esfuerzos como el volumen *Il diritto al viaggio. Abbecedario delle migrazioni* (Barbari y Vanna 2018), en el que se contiene una revisión y resignificación del discurso en italiano sobre la migración desde disciplinas y puntos de partida diversos. Iniciativas de este tipo pueden permitir avanzar en el camino de desmontar algunos de los mitos contruidos en torno a los movimientos de personas y que sirven en buena medida como argumentos en el contexto de los discursos xenófobos y racistas.

Algunos de tales mitos son enumerados por el Secretario General de ONU Antonio Guterres en la intervención que llevó a cabo el 10 de diciembre de 2018 en el marco de la Conferencia Intergubernamental para adoptar el Pacto Mundial para las Migraciones (recogido Movimiento contra la Intolerancia 2018). A día de hoy podemos comprobar cómo estas mismas ideas, que se asumen y se reproducen de modo acrítico, han contribuido a minar las posibilidades de eficacia del ya de por sí poco ambicioso compromiso requerido por el Pacto. En aquel discurso, Antonio Guterres desmontaba los mitos conforme a los cuales el Pacto, despreciando la soberanía de los Estados firmantes, permitiría a las Naciones Unidas imponer políticas migratorias a los Estados miembros y establecería un nuevo derecho a migrar permitiendo a todos elegir dónde ir y cuándo ir. Como señala el Secretario General al hilo de esta objeción, el objetivo del compromiso en aquel momento no era otro que proteger los derechos humanos elementales en torno a los cuales además ya existían (existen) deberes jurídicos universales en el Derecho Internacional Público. Pero Antonio Guterres también se refirió a otros mitos que forman parte del imaginario consolidado en torno a la migración, como la creencia de que ésta es más frecuente en la dirección sur global-norte global que en la dirección sur global-sur global o que los países desarrollados no necesitan migración.

Algunos mitos adicionales son desarticulados por Javier de Lucas en sus trabajos (por ejemplo, De Lucas 2015, pp. 49 ss). Es el caso de todos aquéllos que justifican las vulneraciones de derechos en la seguridad de las propias personas que viajan. Entre ellos se encuentra la idea de que las personas migrantes que siguen rutas no seguras no son conscientes de los riesgos o que son víctimas del tráfico; en ambos casos se muestra de forma simplista una realidad en la que unas personas son únicamente víctimas pasivas y otras criminales y desde la que se justifica el también mito de que la lucha contra las redes es la única medida eficaz para reducir la migración irregular. En este paquete es posible del mismo modo situar el mito del efecto disuasorio de políticas migratorias duras, frente al efecto llamada de políticas respetuosas con el Derecho internacional de los derechos humanos.

El riesgo para la seguridad europea es el argumento respaldado por el mito de la invasión de occidente que resulta del elevado número de solicitudes de asilo. Forma parte de este mito la presentación del escenario de los movimientos humanos como una amenaza, y, a partir de ello, la legitimación de que las políticas públicas a propósito del fenómeno se basen en la seguridad y la representación de las personas que viajan a través de las fronteras como delincuentes.

Legitimándose en todos estos mitos, el discurso de la migración se ha erigido sobre voces como seguridad, costes, trabajo, mafias, muros, pobreza, Estado y extranjero, cuya resignificación a partir del lenguaje de los derechos, frente a lo que son las verdaderas amenazas (la trata, la esclavitud, el racismo y la discriminación), resulta urgente (Barbari y Vanna 2018). Mientras tanto, no es posible afirmar que las personas migrantes sean titulares de derechos humanos en el sistema universal de protección de los derechos humanos y ello se proyecta adicionalmente sobre el alcance limitado de las garantías contra la discriminación que pueden ampararlas.

### 3. Límites del derecho antidiscriminatorio y ‘fronteras’. La discriminación por razón de nacionalidad

Una vez las fronteras se traspasan, la protección de los derechos de las personas migradas es limitada. En este sentido, como solicitantes de protección internacional, las personas solicitantes de asilo y refugiadas tienen un estatus diferente al de “personas migrantes” y están protegidas por la Convención de Refugiados (1951) y el Protocolo (1967). Al respecto, vale la pena mencionar las deficiencias de un instrumento tan antiguo para abordar los movimientos humanos masivos contemporáneo -deficiencias

que se ponen de manifiesto, por ejemplo, en relación con las personas que se han denominado “refugiadas climáticas”-.

Adicionalmente, en tanto sean personas trabajadoras migrantes en situación regular, que a grandes rasgos son aquellas cuya presencia resulta rentable para la economía en un escenario de necropolítica (De Lucas 2022, p. 34), tienen un cierto grado de protección. Una herramienta internacional importante es la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), sin embargo, recordemos que el Convenio no ha sido ratificado por los Estados receptores tradicionales de migrantes. Existen también varios Convenios de la OIT que protegen a los trabajadores migrantes en situación regular<sup>2</sup>.

Ya se ha mostrado en el apartado anterior que el enfoque de derechos humanos está ausente en la gestión de las fronteras y ha sido reemplazado por el de la rentabilidad económica -desde luego, articulado de modo que no tiene en cuenta los costes y beneficios de quienes viajan-, y el de la seguridad -entendida de forma tal que conduce a la criminalización de los movimientos humanos-. Además, en relación con las personas no nacionales, se suele invertir la regla general de igualdad, de modo que la nacionalidad funciona, tanto en el escenario internacional como en los Derechos nacionales, como un criterio que permite justificar diferencias sin que se aplique el test de la proporcionalidad.

Puede citarse como ejemplo el artículo 14 de la Constitución española; recordemos que en él se establece que “los españoles son iguales ante la ley”<sup>3</sup>. El precepto refleja la idea comúnmente aceptada de la ‘otredad’ de las personas extranjeras a partir de la cual las desventajas de quienes no son nacionales se consideran como justificadas o inevitables. Podemos recordar, también como ejemplos, la reafirmación del *ius sanguinis* frente al *ius soli* y el modo en que esta prioridad afecta a los derechos de las personas que pasan a considerarse ‘migrantes de segunda generación’.

La única protección contra la discriminación de la que pueden beneficiarse las personas no nacionales en

---

<sup>2</sup> (nº 97) Convenio sobre Migración por Empleo (Revisado) (1949), (nº111) Convenio sobre la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958), (nº100) Convenio sobre Igualdad de Remuneración (1951), (nº 143) Convenio sobre los trabajadores migrantes (disposiciones complementarias) (1975).

<sup>3</sup> En este sentido, en el primer informe de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI 1999) sobre España se aconsejaba al Estado “estudiar la posibilidad de adoptar una enmienda a su Constitución, la cual garantizaría explícitamente la igualdad de todos los individuos sujetos a su jurisdicción y no sólo de los españoles”, y se añadía que “si las circunstancias exigen que se realicen tales distinciones, estas únicamente serán admisibles si son justificables en una sociedad democrática”.

tanto que tales en la actualidad es la relativa a la prohibición de discriminación racial. Tradicionalmente, no obstante, el artículo 1.3 de la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial ha sido un obstáculo a la hora de justificar las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos de las personas migrantes (“nada de lo dispuesto en esta Convención podrá interpretarse en el sentido de afectar en forma alguna las disposiciones legales de los Estados Partes en materia de nacionalidad, ciudadanía o naturalización, siempre que dichas disposiciones no discriminen contra ninguna nacionalidad en particular”. Sin embargo, la Recomendación General 30 del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2005) introduce una interpretación del Convenio de acuerdo con la Declaración de Durban (Conferencia Mundial contra el Racismo, Discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia). De este modo, la preocupación por “la xenofobia contra los no nacionales, en particular los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo, constituye una de las principales fuentes del racismo contemporáneo” y por el hecho de que “las violaciones de los derechos humanos contra los miembros de tales grupos ocurren ampliamente en el contexto de prácticas discriminatorias, xenófobas y racistas” llevó al Comité a incorporar dentro de la prohibición de discriminación racial, que se entiende como un estándar internacional de *ius cogens*, “la diferencia de trato basada en la ciudadanía o en la condición de inmigrante” siempre que “los criterios para establecer esa diferencia, juzgados a la luz de los objetivos y propósitos de la Convención, no se aplican para alcanzar un objetivo legítimo y no son proporcionales al logro de ese objetivo” (párrafo 4). A partir de esta reinterpretación, el Comité recomienda tomar medidas contra la discriminación en el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales, en cuanto a la expulsión de no ciudadanos, en la administración (por ejemplo, contra el perfilado), en el acceso a la ciudadanía y para la protección contra la incitación verbal al odio y la violencia racial (incluso a través del derecho penal -delitos de odio y delitos de discurso de odio-).

En los sistemas regionales de protección de los derechos humanos y en la Unión Europea también se han propuesto algunas garantías de protección contra la discriminación racial que se hacen extensivas a las personas migrantes. Se trata de medidas importantes, aunque de alcance limitado. En este sentido, diversos instrumentos instan a la adopción de un enfoque interseccional; a la intervención penal para la criminalización de la discriminación y del discurso de odio y la inclusión de la discriminación entre las circunstancias agravantes; a la introducción de garantías en el acceso a la justicia -como reglas sobre el reparto de la carga de la prueba, tipificación de infracciones y sanciones administrativas o creación de órganos para la igualdad y no discriminación-; a la lucha contra estereotipos y prejuicios mediante

herramientas mediáticas y educativas y a la implementación de medidas de coordinación.

El enfoque de la seguridad que justifica las políticas de fronteras ha conseguido representar a las personas migrantes como una amenaza de la que hay que protegerse. El resultado ha sido que la pérdida de vidas y las privaciones de derechos de quienes viajan se legitiman como el precio a pagar para evitar que vengan, pero el argumento es difícilmente aceptable si antes no se mantiene una imagen deshumanizada de los y las migrantes que es incompatible con su representación como titulares de los derechos humanos.

#### 4. Bibliografía

- Barbari, Lucca y De Vanna, Francesco (1918), *Il "diritto al viaggio". Abbecedario delle migrazioni*, Giappichelli, Torino.
- Barranco Avilés, M<sup>a</sup>. Carmen (1995), "Reseña a *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*", *Derechos y Libertades*, n<sup>o</sup> 4, 1995, pp. 635-642.
- Barranco Avilés, M. Carmen (2010), *Diversidad de situaciones y universalidad de los derechos*, Dykinson, Madrid.
- ECRI (1999), Informe sobre España, disponible en <https://rm.coe.int/first-report-on-spain-spanish-translation-/16808b56bf> (última consulta 26-2-2023).
- Freeman, Michael (2017), *Human Rights*, 3th Ed., Polity Press, Cambridge.
- De Lucas, Javier (1992), *Europa: convivir con la diferencia*, Tecnos, Madrid.
- De Lucas, Javier (1994), *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid.
- De Lucas, Javier (2015), *Mediterráneo: El naufragio de Europa*, Tirant Humanidades, Valencia.
- De Lucas, Javier (2022), "La movilidad humana, entre la anomia y el prejuicio", *Revista DIECISIETE*, n<sup>o</sup>6, pp. 29-36.
- Movimiento contra la Intolerancia (2018), *Informe Raxen. Racismo, Xenofobia, Antisemitismo, Islamofobia, Neofascismo y otras manifestaciones de Intolerancia a través de los hechos. Especial 2018. La Mundialización de la Intolerancia normaliza el Odio Identitario*, disponible en <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/informeraxenespecial2018.pdf> (último acceso 26.2.2023).
- OHCHR (2006), *The Rights of Non-citizens*, UN, New York and Geneva.
- OIM (2019), Glosario sobre migración, Serie IML No. 34.
- ONU (2022), Consejo de Derechos Humanos 2022, *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. Violaciones de los derechos humanos en las fronteras internacionales: tendencias, prevención y rendición de cuentas*, 24 de abril de 2017, A/HRC/50/31, disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G22/328/60/PDF/G2232860.pdf?OpenElement> (último acceso 26-2-2022).
- Rodier, Claire (2012), *Xénophobie business : A quoi servent les contrôles migratoires*, La Découverte, Paris.
- Tassin, Étienne (2018), « Déplacés et dñeclassés : de nouveaux sujets politiques », *Rélations797*, mars-avril, pp. 28-31