

## **Solanes, Á. y La Spina, E., *Políticas migratorias, asilo y derechos humanos. Un cruce de perspectivas entre la Unión Europea y España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.**

Federico Arcos Ramírez  
Universidad de Almería

Fecha de recepción 01/09/2015 | De publicación: 29/12/2015

*Políticas migratorias, asilo y derechos humanos* se presenta como una obra que, como su propio subtítulo indica, recoge un cruce de perspectivas sobre la situación actual de las políticas migratorias y de asilo seguidas por la Unión Europea y sus Estados miembros, en particular por España. Se trata de un conjunto de trabajos que, combinando el rigor descriptivo de las principales normas, decisiones y técnicas empleadas en el marco de tales políticas, con una perspectiva crítica capaz de poner en evidencia las patologías que presenta la gestión política y jurídica de la inmigración, trata de ofrecer respuestas a interrogantes como los siguientes: ¿Deben los países ricos afrontar el problema de la inmigración ilegal luchando únicamente contra las mafias del tráfico o erigiendo muros infranqueables en los límites de sus fronteras

cerradas o existen razones de justicia más poderosas en favor de la apertura de éstas a quienes huyen de la violencia o la pobreza extrema? ¿Es respetuosa con los derechos humanos una política de inmigración que limita las prestaciones sanitarias importantes a los inmigrantes irregulares? ¿Resultan compatibles con el Derecho europeo y con las exigencias formales y materiales del Estado de Derecho las legislaciones de algunos países en materia de expulsión de inmigrantes? ¿Cómo debe concebirse una política de ayuda al desarrollo en el marco de una gestión legítima de la inmigración? ¿Es legítimo reconocer algún papel a la adquisición de competencia lingüística de cara al reconocimiento de ciertos derechos fundamentales? ¿Resulta aceptable seguir gestionando las demandas de asilo a través del sistema de Dublín o deben los países europeos

optar por un sistema de cuotas con independencia de cuál sea el país a través del cual el demandante entre al territorio comunitario? ¿Debe limitarse la libertad de expresión para evitar la incitación al odio étnico y racial que tanto dificulta la integración de los inmigrantes?

Los temas abordados en este libro pueden ser englobados en cuatro grandes bloques: el control de las fronteras, la integración de los inmigrantes, la gestión del asilo y la expulsión de inmigrantes en situación irregular.

## Control de la entrada de inmigrantes

Son tres las cuestiones relacionadas con el control de la entrada de inmigrantes abordados en esta obra: la ayuda al desarrollo, el régimen de admisión de los estudiantes e investigadores extracomunitarios y la concesión de permiso de residencia a quienes ayudan a luchar contra las redes de trata de seres humanos.

Los países que cierran sus fronteras adquieren, al mismo tiempo, un deber de ayudar a quienes se encuentran fuera de ellas a superar su situación de necesidad extrema. Si los países ricos se negaran a compartir su riqueza, perderían la potestad de vedar la entrada en sus territorios (Kymlicka). En el plano fáctico y no ya ideal y normativo, esta

exigencia de justicia responde también al interés de los Estados en evitar la llegada de inmigrantes a sus territorios. La ayuda al desarrollo puede ser vista, de esta forma, como un medio para eliminar los factores de empuje que obligan a emigrar. De ahí la máxima “más desarrollo, menos migración” que, no obstante, han dejado de asumir la mayor parte de los Estados miembros de la Unión Europea y, en particular España, que en los últimos años han recortado escandalosamente sus partidas destinadas a este fin<sup>1</sup>. Ahora bien, una cosa es que la ayuda al desarrollo pueda tener como efecto indirecto la reducción de los flujos migratorios y otra bastante diferente es que esto último se convierta en parte del contenido de la ayuda al desarrollo. Y esto es, precisamente, como destaca García Andrade, lo que parece haber ocurrido en el ámbito europeo, con la concesión a terceros países de asistencia técnica y financiera para el refuerzo de las capacidades institucionales de gestión de la migración, a través de los Programas AENEAS (2004) o el vigente Programa Temático de Migración y Asilo. Estos emplean como base jurídica tanto el antiguo 179 TCE como el actual 209 TFUE, nutriéndose, por

<sup>1</sup>En 1970 la ONU acordó que los países más desarrollados darían el 0,7% de su renta bruta nacional a ayudar a quienes más lo necesitan. Sin embargo solo Suecia (1,09%), Luxemburgo (1,07%), Noruega (0,98%), Dinamarca (0,85%) y Reino Unido (0,70%) ha cumplido hasta ahora su compromiso. Desde 2009, año en el que mayor porcentaje de la RNB supuso con un 0,46%, España ha ido recortando progresivamente su presupuesto lejos del 0,7% que se marcaba como objetivo antes de que la crisis económica estallara. De este modo, la AOD española vuelve a índices de 1990, cuando estaba a la cola de los donantes de la Europa de los 15.

tanto, de fondos que deberán haberse dedicado al desarrollo de países terceros.

Por otra parte, como es sabido, se ha justificado el mantenimiento del actual sistema de control de entrada de inmigrantes forma indirecta a partir de los efectos que tendría para las sociedades emisoras de inmigrantes. Algunos han llegado a defender que, en lugar de la entrada de inmigrantes y su derecho a inmigrar, lo que habría de restringir es su derecho a emigrar. Esto es lo que sucedería para cierta clase de trabajadores (los altamente cualificados o *brain drains*) ¿Ocurre otro tanto con los estudiantes y, sobre todo, con los investigadores? Esteve García analiza el caso particular de las condiciones de entrada y residencia de estos últimos en la UE. Además de poner de manifiesto la fragmentación no deseable del marco normativo que regula esta entrada, señala cómo las instituciones europeas ha recomendado a los Estados que se esfuercen por establecer un equilibrio entre la recepción de investigadores extranjeros y la evaluación de las necesidades de investigación de sus países de origen.

La creciente llegada de inmigrantes irregulares a la llamada fortaleza europea se está revelando como el escenario tristemente más propicio para que miles de seres humanos que huyen de la

persecución, la guerra, el hambre y la pobreza extrema acaben siendo atrapados por las redes criminales que, con demasiada frecuencia, las conducen trágicamente a la muerte o al trabajo o la prostitución forzada. De ahí del interés de abordar, como hace García Vázquez en su contribución, el estudio de la Directivas 2004/81/CE, 2011/36 y 2011/99 dirigidas a definir las concesiones para conceder permisos de residencia a nacionales de terceros países que cooperen en la lucha contra la trata de seres humanos o contra la inmigración ilegal.

### Integración de los inmigrantes

La toma de conciencia de que los flujos migratorios no son algo pasajero sino un rasgo estructural del orden mundial característico de la globalización exige que la integración sea considerada una dimensión básica de las políticas de inmigración. Son varios los aspectos relacionados con la integración objeto de análisis en este volumen: el papel que puede y debe desempeñar la Unión Europea a la hora de diseñar y gestionar las políticas de integración de los inmigrantes, la relación entre integración y no discriminación, la importancia de la lucha contra el racismo en las estrategias de integración, el modo en que ha incidido la crisis económica en la igualdad de derechos y, por último, la regulación

de la reagrupación familiar y del derecho a la libertad de expresión de los partidos políticos.

A juicio de Mariona Illamola, desde el Tratado de Ámsterdam, pasando por los principios básicos comunes y el Tratado de Lisboa, han ido surgiendo diferentes mecanismos (comunicaciones, informes anuales, documentos internos de trabajo, manuales, la agenda europea para la integración, etc.) para tratar de coordinar las políticas de los Estados y permitir el intercambio de información y la evaluación de las medidas. Esta suerte de *soft-law* que conforman los PBC parece haberse convertido en la verdadera hoja de ruta de la integración pero, genera, sin embargo, muchas más incertidumbres que certezas: ¿debe exigirse como condición de la integración el conocimiento de la lengua del país de acogida? En los países con más de una lengua oficial, ¿cuál de ellas se exigirá?

Tanto la dúctil gestión europea de la integración como las políticas de los Estados deberían otorgar un papel mucho más destacado a la prohibición de la discriminación. Como señala María José Añón, los poderes públicos tratan la integración y la no discriminación como cuestiones independientes cuando, en realidad, la mejor integración es aquella que garantiza la no discriminación. Esta perspectiva resulta decisiva

de cara a superar el racismo diferencialista, que sigue reclamando un trato discriminatorio so pretexto de las identidades culturales diferentes, que da lugar a una imagen del extranjero como inintegrable o como incompatible. Lo cierto, sin embargo, es que en los instrumentos normativos que han cobrado vida en el marco de la gestión europea de la inmigración, como las directivas de igualdad o las Políticas de Integración de Inmigrantes (MIPEX), anidan contradicciones que permiten concluir que éstas institucionalizan un *racismo diferencialista*, que sigue reclamando un trato discriminatorio, so pretexto de las identidades culturales diferentes, por lo que no es exagerado hablar de una institucionalización del racismo y la xenofobia en las políticas de extranjería, inmigración y asilo. Estudios recientes realizados por España a instancia del Consejo para la promoción de la igualdad de trato y la no discriminación de las personas por el origen racial étnico sigue estando presente en nuestras sociedades. En el caso de España, los grupos de población que experimentan más actos discriminatorios son la población gitana y, entre los inmigrantes, la magrebí, siendo los supuestos de discriminación colectiva prioritarios en el empleo, los medios de comunicación y el acceso a bienes y servicios.

La lucha contra el racismo ha ido imponiéndose como un componente clave de la

estrategia de integración de los inmigrantes. De ahí la necesidad de someter a una descripción y evaluación crítica el modelo actual de lucha contra el racismo seguido por España. Así lo hace Dupont desde una perspectiva finalista y amplia, que categoriza las políticas españolas de lucha contra el racismo en tres grandes enfoques: la disuasión, la educación y el reconocimiento. Entre las principales conclusiones que ofrece un análisis de este tipo, destaca el hecho de que las iniciativas antidiscriminatorias de los últimos años han buscado casi exclusivamente atajar las manifestaciones más evidentes y violentas, pero apenas se han empezado a desarrollar normas y políticas eficaces contra las discriminaciones cotidianas o encubiertas que contribuyen a vulnerar de forma decisiva los derechos y limitar las oportunidades de los inmigrantes y sus descendientes.

Otro de los aspectos decisivos de una aproximación crítica de las políticas migratorias seguida por los países europeos en los últimos años es el relativo a la incidencia que ha tenido sobre las mismas la crisis económica iniciada en 2008. A juicio de Javier de Lucas, el balance no puede ser más desolador. En lugar de como gigantes que cargados de buenas voluntad y considerables dosis de paternalismo nos dirigimos a los inmigrantes liliputienses, hemos terminado

decreciendo a las condiciones de enanos (en sentido político). Las políticas seguidas desde entonces están muy lejos de haber asumido la advertencia de la comisaria europea Cecilia Malmström de que los inmigrantes tengan los mismos derechos y obligaciones que los ciudadanos de la UE. Muy al contrario, nuestras políticas de inmigración, además de empeñarse en subrayar el modelo de imposición monocultural, aparecen marcadas por dos rasgos que permitan hablar de xenofobia institucionalizada, de un retroceso preocupante del Estado de Derecho y de la calidad de la democracia en España. Por un lado, los recortes padecidos por derechos fundamentales como el derecho a la salud a través, fundamentalmente, del Real Decreto ley 16/2012 que deja sin asistencia sanitaria (salvo urgencias y asistencia a embarazos), entre otros, a los inmigrantes irregulares, a los que no les bastará estar empadronados para disponer de tarjeta sanitaria. Por otro lado, la demolición de las políticas de cooperación y de los fondos de acogida para la integración de los inmigrantes.

Además de mediante el reconocimiento y protección del derecho a la vida familiar de los inmigrantes que hace posible la reagrupación familiar (Marín Consarnau), la integración de los inmigrantes exige, igualmente, poner ciertos límites a la libertad de expresión. Esta no puede cobijar, tal y como ha sucedido con diversos partidos de extrema derecha europeos, la

incitación al odio, la discriminación y la violencia en contra de una raza o etnia. Gascón Cuenca analiza algunos casos destacados de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Féret c. Belgique y Jean Marie Le Pen c. France), en los que la Corte de Estrasburgo concluyó que, si bien es cierto que la libertad de expresión de los dirigentes políticos gozan de una especial protección, en ciertas ocasiones, puede ser limitada cuando es usada con el propósito racista o xenófobo con la intención de enfrentar a una parte de la sociedad en contra de otra.

## Asilo

Europa recibió 714.000 demandas de asilo en 2014. La gestión de estas demandas que, lejos de disminuir, no cesan de crecer alimentadas por las contiendas guerras civiles y religiosas del mundo árabe (en verano de 2015 la situación se ha desbordado con la llegada masiva de miles de eritreos, afganos, iraquíes y, sobre todo, sirios, lo que ha provocado la mayor llegada de refugiados a Europa desde la segunda guerra mundial) se ha convertido en uno de los aspectos clave de la estrategia integral de inmigración de la UE. De ahí el interés de examinar la situación del derecho de asilo en España (Ángeles Solanes), la responsabilidad de examinar las demandas presentadas en la Unión Europea (Silvia

Morgades) y el efecto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Luxemburgo en esta materia (Gabor Gyulai). Silvia Morgades profundiza en las claves del principal instrumento normativo utilizado por los estados de la Unión, el conocido como sistema de Dublín, para coordinar la gestión los aspectos relativos al asilo. Esta coordinación resulta fundamental de cara a evitar dos fenómenos indeseables: el *forum shopping* respecto a los sistemas de asilo de los países europeos, y los demandantes de asilo *en órbita* a quienes ningún Estado admitía entra por considerar que existía un tercer estado. Lo cierto es que el sistema de Dublín, basado en el *principio de autorización*, aunque establece unos criterios objetivos y jerarquizados acerca del Estado miembro que debe hacerse cargo de la solicitud de asilo, en la práctica se traduce en que el Estado que debe gestionar la solicitud de asilo es el primero por el que el demandante entra al territorio comunitario. El sistema no comporta un reparto de cargas entre los Estados miembros de la UE sino que provoca que sean los países donde se concentran las rutas de inmigración irregular (en especial Grecia, por donde se produjeron en 2010 el 86% de los cruces ilegales de fronteras) deban hacer frente a un número muy mayor. En la práctica, además de las tensiones que ello produce entre los Estados miembros, la aplicación del sistema de Dublín ha dado lugar a traslados de demandantes de asilo de un Estado a otro que el

TEDH ha considerada contraria al derecho a no ser sometido a un trato inhumano o degradante (M.S.S. c Bélgica y Grecia, 21 de Enero de 2011). La valoración crítica que, a juicio de estos autores, merece el sistema de Dublín se ha visto conformada con la oleada masiva a través de la frontera griega de demandantes de asilo procedentes de Siria, que ha obligado finalmente a la Comisión europea a acordar el reparto equitativo de los refugiados mediante un sistema de cuotas entre los 28 países miembros de la Unión. La propuesta incluye asimismo un **sistema de reparto permanente basado en cuatro criterios** (el tamaño de la población, el PIB, la media de solicitudes de asilo y el desempleo), una lista común de países seguros y reforzar el papel de Frontex.

Por lo que se refiere a España, la consolidación del asilo como un derecho dentro del SECA, no es óbice para prestar atención a los problemas específicos surgidos en la frontera de Ceuta y Melilla. Como señala en su estudio Ángeles Solanes, tanto el Relator especial de Naciones Unidas sobre el racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, como el Defensor del Pueblo, han llamado la atención sobre fuerte marginación de la que son objeto los demandantes de asilo en comparación con los que lo hacen en el resto de

España. Además, pone demanifiesto cómo los solicitantes de asilo en las ciudades señaladas son conducidos a los Centros de Estancia temporal de Inmigrantes (CETI), donde coinciden tanto inmigrantes como solicitantes de protección internacional, con el consiguiente agravio comparativo con los CAR que se encuentran en la península.

## Expulsión

Uno de los aspectos más delicados de toda política de fronteras cerradas es el relativo al retorno o expulsión coactiva a sus países de origen de las personas que traspasan ilegalmente las fronteras. La Spina y Bouza dedican sus trabajos a examinar críticamente el tratamiento jurídico dado por España, Italia y Francia a esta cuestión.

La primera aborda las dimensiones desde una perspectiva no sólo dogmática sino también iusteórica los mecanismos de expulsión y repatriación diseñados tanto para los ciudadanos extracomunitarios como para los ciudadanos comunitarios de etnia gitana que se encontraban en Francia e Italia. Particularmente interesante resulta su análisis de las irregularidades no sólo materiales sino también formales apreciables en la transcripción de la Directiva 2004/38 Ce por parte de Francia e Italia. Dicho análisis pone de

manifiesto cómo la aplicación interna de la Directiva 2004/38/CE se ha traducido en amplias derogaciones del principio fundamental de la Unión representado por la libertad de circulación y de residencia. La aplicación extensiva de un espectro de conceptos jurídicos indeterminados referentes a la seguridad y el orden público ha permitido, entre otras cosas, que la autoridad pueda requerir el abandono del territorio francés a un nacional de un Estado miembro de la UE, de otro Estado parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o la Confederación Suiza, a un familiar de éste, entre otras situaciones, cuando durante el periodo de tres meses a partir de la entrada en Francia, su comportamiento constituya “una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad francesa”. Por otra parte, se han violado los artículos 2, 3 y 8 de la CEDH, en particular el artículo 8 que prohíbe la expulsión colectiva y el artículo 19 de la Carta de Derechos Fundamentales. La expulsión no puede ser automática, sino que debe ser valorada caso por caso. Otro tanto ha sucedido con la transposición italiana concretada en los decretos legislativos 30/2007 y, sobre todo, 32/2008 que, unidos a otras normas, instauran en el ordenamiento jurídico italiano un complejo marco normativo en el que a través de la creación de una base motivacional indeterminada ha terminado

concediendo a las autoridades administrativas una amplísima discrecionalidad para la expulsión de ciudadanos comunitarios. En ambos casos parece confirmarse la tesis que defendiera hace décadas Lon Fuller en su polémica con Hart de que existe una imbricación profunda la pérdida de calidad formal del derecho (indeterminación normativa, violación del principio de igualdad formal mediante el abuso de la leyes especiales, la no sujeción de la autoridad a las normas, etc.) y la injusticia material que, en el caso que nos ocupa, se concreta en haber convertido la pertenencia de un individuo a una determinada etnia y no sus acciones en el factor determinante de la decisión de su expulsión y, en definitiva, la violación de los derechos humanos básicos reconocidos en textos internacionales y, en particular, en la Convención Europea de Derechos Humanos. Otro ejemplo de cómo el deseo de facilitar el objetivo de la expulsión de extranjeros comunitarios precisa forzar algunos conceptos jurídicos tradicionales lo ofrece, tal y como expone en su contribución Boza Martínez, la redacción y aplicación posterior del art.57.2. de la LO 4/2000, por el que una condena penal se convierte en el presupuesto para decretar administrativamente la expulsión de residentes de larga duración, sin analizar sus circunstancias personales, tal y como exigiría el artículo 57.5 b de la ley Orgánica de Extranjería.

En general, la actuación de los Estados europeos y, en particular la de España, en materia de asilo y refugio y expulsión de inmigrantes en situación irregular, dominadas por la obsesión securitaria, no superan el test de justicia representado por los derechos humanos y, en muchos casos, por cualquier noción de humanidad. Tampoco la Unión Europea sale bien parada en este escrutinio. Como subraya Pascoau, las cuestiones de derechos humanos no son ya únicamente competencia del Consejo de Europa. Son responsabilidad, más que nunca, de la UE y sus Estados miembros. Y lo cierto es que, a la hora de usar los procedimientos de infracción contemplados en los Tratados, la Comisión Europea ha introducido varias acciones basadas en el incumplimiento del plazo de trasposición, pero se ha mostrado muy reacia a adoptar medidas contra los Estados miembros por motivos de incompatibilidad de las normas nacionales con las de la UE. Así lo constata también La Spina en su análisis de la incorrecta y discriminatoria trasposición francesa de la directiva 2004/38 CE. La actuación de las instituciones europeas ha sido, en casos como el italiano y francés comentados, excesivamente cautelosa con la soberanía estatal,

aun estando en juego derechos fundamentales de ciudadanos europeos.

En un momento en el que se calcula que las peticiones de asilo en Europa superaran el millón, no es exagerado concluir que el éxito o el fracaso a la hora de gestionar los flujos migratorios van a marcar, con toda seguridad, el futuro de gran parte la humanidad a corto y medio plazo. De ahí que, en ante un escenario en el que la crisis económica, el miedo a la diversidad, el *chauvisnimo* del bienestar y en muchos casos simplemente el racismo, juntos o por separado, pueden terminar decantando las políticas europeas del lado de la insolidaridad y el egoísmo, resulte especialmente necesaria una visión de la inmigración y el asilo como la que, tras diversidad de problemas tratados y de propuestas ofrecidas en esta obra, comparten sus diferentes autores: la que insiste en que las políticas migratorias y de asilo asuman hasta sus últimas consecuencias el valor absoluto, irrenunciable y universal de los derechos humanos.