



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

TÍTULO: Análisis de los Derechos de los Migrantes

Especial foco en Europa

Autor: Jaime Pinedo Tejada

5º E3-C

Filosofía del Derecho

Tutora: María Ángeles Bengoechea Gil

Madrid

Abril 2020

# ÍNDICE

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>5</b>
<b>1.1. Objeto</b> .....	<b>5</b>
<b>1.2. Justificación</b> .....	<b>5</b>
<b>1.3. Metodología</b> .....	<b>6</b>
<b>2. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES</b> .....	<b>7</b>
<b>2.1. Definición de Derechos según las corrientes iusnaturalistas y iuspositivistas</b> .....	<b>8</b>
<b>2.2. Origen de los derechos de los migrantes según el iusnaturalismo</b> .....	<b>8</b>
<b>2.3. Origen de los derechos de los migrantes según el positivismo</b> .....	<b>9</b>
<b>3. LOS DERECHO DE LOS MIGRANTES DESDE UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO</b> .....	<b>11</b>
<b>4. MIGRANTES ECONÓMICOS</b> .....	<b>14</b>
<b>4.1. Regulación Internacional</b> .....	<b>15</b>
<b>4.2. Regulación de la UE</b> .....	<b>22</b>
<b>4.3. Regulación en España</b> .....	<b>29</b>
<b>5. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS REFUGIADOS</b> .....	<b>33</b>
<b>5.1. Regulación Internacional</b> .....	<b>33</b>
<b>5.2. Regulación sobre Refugiados de la UE</b> .....	<b>39</b>
<b>5.3. Regulación Española sobre los refugiados</b> .....	<b>53</b>
<b>6. CONCLUSIONES</b> .....	<b>55</b>
<b>7. BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>58</b>

# **ANÁLISIS DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES**

## **Especial foco en Europa**

### **Resumen**

Este trabajo aborda los derechos humanos de los migrantes, los cuales divide entre derechos de los migrantes económicos y derechos de los refugiados. Para dicho estudio se hace un análisis crítico del marco jurídico a existente a nivel internacional, a nivel de la Unión Europea y, finalmente del marco jurídico español. Además, se analiza el origen de los derechos fundamentales de los migrantes bajo la lupa de la filosofía del derecho y, concretamente, desde el punto de vista del Derecho Natural y del Derecho Positivo. Para aportar contexto al trabajo, también se realiza un breve análisis histórico del fenómeno migratorio, en el que se enuncian los principales momentos históricos en los que ha habido un aumento significativo del flujo migratorio y, entrando más en el ámbito histórico-jurídico, se muestra el origen de los derechos de los migrantes, así como se han ido cristalizando en los distintos instrumentos de derecho internacional y cómo han ido filtrándose en los ordenamientos jurídicos nacionales a lo largo del tiempo. Del análisis de este trabajo podemos destacar la evolución progresiva que ha habido en los derechos de los migrantes, la desigualdad existente entre los derechos de los migrantes económicos y los derechos de los refugiados, que se justifica por el estado persecución y extrema necesidad al que se ven sometidos estos últimos.

### **Abstract**

This paper addresses human rights of migrants, which are divided between the rights of economic migrants and the rights of refugees. For this study, a critical analysis of the existing regulatory framework is done at an international level, at the level of the European Union and, finally, at the level of the Spanish legal system. In addition, the origin of the fundamental rights of migrants is analysed under the scrutiny of philosophy of law and, specifically, from the point of view of Natural Law and Positive Law. In order to provide context to the analysis, a brief historical analysis of the migratory phenomenon is also carried out, which sets out the main historical moments in which there has been a significant increase in the phenomenon of migration, and entering more into the historical-legal sphere, it shows the origin of the rights of migrants, as well as how they

have crystallised in the different instruments of international law and how they have filtered into the national legal systems over time. From the analysis of this work we can highlight the progressive evolution that has taken place in the rights of migrants, the existing inequality between the rights of economic migrants and the rights of refugees, that is justified by the state of persecution and extreme need to which the latter are subjected.

**Palabras Clave:** Migración, Refugiados, Derechos Humanos, Unión Europea.

**Key Words:** Migration, Refugees, Human Rights, European Union.

## **1. INTRODUCCIÓN**

### **1.1. Objeto**

Este trabajo aborda la regulación actual de los derechos de los migrantes, subdividiéndolos entre migrantes de carácter económico y refugiados. El trabajo aborda la regulación existente acerca de cada uno de estos dos tipos de migrantes de forma sistemática, partiendo de la regulación internacional, siguiendo por la regulación europea y terminando con la regulación española. Adicionalmente, también se analizará el origen de los derechos de los migrantes desde un punto de vista de la filosofía del derecho. En este sentido, se analizan los derechos de los migrantes bajo la lupa del iusnaturalismo y el iuspositivismo jurídico. Con el objetivo de dotar un mayor contexto al trabajo se procede a examinar los derechos de los migrantes desde un punto de vista histórico. A estos efectos, también se consideran por separado los migrantes económicos y los refugiados y, además, se señalan las causas más frecuentes de la migración de las personas.

El trabajo analiza la cuestión tratada con mayor detalle desde el punto de vista europeo que desde el punto de vista nacional o internacional por dos razones. En primer lugar, la migración ha tenido una especial importancia en el entorno europeo en los últimos años. Durante la última década, la Unión ha procedido a desarrollar una política de migración y de refugiados común, dando uso a las amplias competencias de las que dispone para establecer una regulación que deberán aplicar los distintos Estados miembros. En este sentido, las regulaciones nacionales de los distintos Estados miembros se basan en la regulación de la Unión, y como consecuencia han perdido importancia frente a la misma. En segundo lugar, la Unión Europea ha sido objeto de una especial presión migratoria en la última década, por lo que se ha puesto a prueba la efectividad de las políticas migratorias implementadas.

### **1.2. Justificación**

Este trabajo es más necesario que nunca puesto que durante la última década y, especialmente durante los últimos cinco años, el mundo ha experimentado una explosión

en el número de migrantes. Muchos de estos migrantes son consecuencia de la globalización y de la creciente movilidad internacional de las personas. Sin embargo, resulta preocupante que una gran parte de ellos decida abandonar su país de origen obligados por las circunstancias existentes en los mismos. La situación económica existente en los países de la región del Sahel, la guerra en Siria o, incluso, la situación económica en Venezuela y algunos países de Centro América ha supuesto un movimiento masivo de personas debido a la necesidad de encontrar un territorio donde puedan lograr la seguridad personal y económica. Además, ha surgido la figura del refugiado climático, que es aquella persona obligada a abandonar el territorio donde residía como consecuencia de los efectos devastadores del Cambio Climático.

Además de un aumento de las causas que provocan el fenómeno migratorio, también está variando la respuesta de los países receptores, dificultando en muchos casos la entrada y la permanencia de los migrantes en sus países. Ejemplos de ello son el muro que está intentando construir el presidente de los EEUU, Donald Trump, en la frontera con México o el acuerdo de la UE con Turquía dirigido a frenar la entrada irregular de migrantes y refugiados en la Unión Europea. Ambos casos han suscitado cierta polémica ya que existen dudas acerca de la legalidad de dichas acciones e incluso, en algunos casos, del trato y las condiciones otorgadas a los migrantes.

### **1.3. Metodología**

En primer lugar, se abordarán desde un contexto histórico los derechos de los migrantes y sus distintas etapas. Comenzando por las primeras normas de carácter local o regional, pasando por la internacionalización de los derechos y finalizando con los derechos de los migrantes en la actualidad. Cada país contiene en su ordenamiento jurídico normas diferenciadas respecto al tema en cuestión, por ello, al margen de las normas internacionales, que son comunes a la mayoría de los países, se analizarán aquellas normas consideradas más relevantes a efectos del contexto geopolítico de este trabajo. Es decir, se procederá a realizar un análisis de las normas en materia de migración de la Unión Europea y de España.

## 2. FUNDAMENTACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES

Antes de comenzar a analizar el origen de los derechos de los migrantes, debemos definir qué es un migrante. No existe ninguna norma jurídica internacional que defina lo que es un migrante y no podemos acudir a ninguna norma nacional, puesto que la naturaleza de los migrantes hace necesario acudir a una definición que sirva de referencia a nivel internacional. De acuerdo la Organización Internacional para las Migraciones (OIM)<sup>1</sup>, un migrante es

*“toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones.”<sup>2</sup>*

Esta definición incluye a los trabajadores migrantes, refugiados, estudiantes internacionales e, incluso, a las personas objeto de tráfico. Cabe destacar la amplitud de la definición aquí recogida, que no hace distinción entre si una persona se desplaza dentro de una frontera interior o exterior, el motivo de dicho desplazamiento, si el desplazamiento es temporal o permanente, el tiempo que dura dicho desplazamiento ni ningún factor relacionado con las características personales de la persona. Para que una persona sea considerada un migrante únicamente debe trasladarse de su lugar de residencia habitual a otro lugar.

Una vez definido lo que es un migrante debemos analizar qué es un derecho, el origen de los derechos de los migrantes y las razones por las que tienen dichos derechos. Para ello, se realizará un análisis desde la filosofía del Derechos, partiendo desde el Derecho Natural y el Derecho Positivo.

---

<sup>1</sup> La OIM es una es una organización de las Naciones Unidas a la que pertenecen 173 Estados y cuya función es promover la migración ordenada para el beneficio común.

<sup>2</sup> OIM, ¿Qué es un migrante?, Página web Organización Internacional para las Migraciones (disponible en: <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>; última consulta 18/04/2020)

## **2.1. Definición de Derechos según las corrientes iusnaturalistas y iuspositivistas**

Las corrientes iusnaturalistas y positivistas son las principales teorías filosóficas utilizadas a lo largo de la historia para determinar el fundamento de los derechos. Las corrientes iusnaturalistas tienen en común la afirmación de que los seres humanos, simplemente por el hecho de serlo, ostentan una serie de derechos que son inalienables y previos a cualquier norma positiva porque proceden de la misma naturaleza humana, que es superior y anterior a cualquier norma positiva. Las dos corrientes principales del iusnaturalismo son el iusnaturalismo teleológico y el racionalista. De acuerdo con el primero, Dios dota al ser humano de una serie de derechos humanos y, por ello, ningún hombre puede arrebatarlos. La segunda corriente se basa en la razón humana para determinar los derechos fundamentales de los seres humanos.

La base fundamental de las corrientes iuspositivistas es la separación del derecho y la moral, negando cualquier vínculo entre ambas. La teoría positivista argumenta que solo es derecho el conjunto de normas aprobadas de acuerdo al procedimiento legislativo de cada Estado y aquellas normas aplicables en virtud de la costumbre. Es decir, al contrario que la teoría iusnaturalista, los autores positivistas argumentan que el ser humano no tiene una serie de derechos por el mero hecho de serlo, sino que solo tiene aquellos derechos que le otorguen las normas aplicables del territorio donde se encuentre. En este sentido, se separa el derecho de la naturaleza humana y se argumenta que los derechos son una creación del ser humano y, como tal, pueden ser ampliados, modificados y suprimidos de acuerdo con las propias leyes.

## **2.2. Origen de los derechos de los migrantes según el iusnaturalismo**

De acuerdo con el autor alemán Heinrich Ahrens, el iusnaturalismo es

*“la ciencia que expone los principios cardinales del derecho, concebidos por la razón y fundados en la naturaleza del hombre, considerada en sí misma y en sus relaciones con el Orden universal de las cosas.”<sup>3</sup>*

---

<sup>3</sup> Ahrens, H. (1873). *Curso de Derecho Natural*. Trad. P. Rodríguez Hortelano y M. R. de Asensi. París.



De acuerdo con este pensamiento, los seres humanos ostentan una serie de derechos inalienables por el mero hecho de serlo, independientemente de que estén o no dentro del derecho positivo de un determinado sistema jurídico.

Estos derechos que ostenta el ser humano por el mero hecho de serlo constituyen el conjunto de los derechos humanos que, por su naturaleza, son universales y anteriores al derecho positivo. De esta forma, cuando un derecho humano es incluido en alguna norma de derecho positivo, dicha norma tendrá carácter declarativo, puesto que dicho derecho existía con carácter previo a la norma. Las normas de derecho positivo tampoco pueden derogar los derechos inherentes a la naturaleza del ser humano puesto que, en cuanto están vinculadas a la naturaleza humana de las personas, y siendo este un hecho biológico inalienable, los derechos humanos tampoco son susceptibles de ser sustraídos a nadie ni por nadie. De acuerdo con la corriente iusnaturalista, el derecho que niegue algún derecho fundamental, no es verdadero derecho.

Como se ha establecido en el apartado 2, un migrante es aquella **persona** que se desplaza de su lugar de residencia habitual a otro. Por ello, sin entrar a valorar lo que constituye una persona, cabe afirmar que, de acuerdo con el iusnaturalismo, todo migrante tiene los mismos derechos fundamentales que cualquier otra persona, sin que ningún motivo relacionado con su estatus migratorio pueda suponer la negación de cualquiera de estos derechos.

Siguiendo con esta argumentación, los derechos humanos de los migrantes son una serie de derechos independientes de los establecidos en los ordenamientos jurídicos de los Estados. Dichos derechos tienen un carácter fijo e invariable, sin que sea posible afirmar que difieren entre distintos países, por motivo de la nacionalidad del migrante, por su estatus migratorio ni por cualquier otro motivo.

### **2.3. Origen de los derechos de los migrantes según el positivismo**

Tal y como se ha establecido en el apartado 2.1, el positivismo niega la existencia de cualquier derecho que no esté recogido en las normas positivas del territorio donde se quiera aplicar. De acuerdo con esta teoría, para hallar el fundamento de los derechos humanos de los migrantes debemos dirigirnos a las normas de derecho positivo. Dichas

normas no solo incluyen las normas escritas, sino que también incluyen las normas consuetudinarias aplicables de acuerdo con el derecho nacional e internacional.

Consecuencia de ello, y en claro contraste con los derechos fundamentales vistos a través del iusnaturalismo, los derechos fundamentales pueden variar entre distintos países y momentos del tiempo. No está tan claro que puedan variar dentro de un mismo territorio puesto que, por la propia naturaleza del significado de la palabra fundamental, los derechos fundamentales son aquellos derechos comunes a todas las personas, sin hacer distinción. En consecuencia, aquellos derechos que varíen de una persona a otra dentro de un mismo Estado, no serán derechos fundamentales.

La fuente de derecho positivo más utilizada para determinar los derechos humanos son los instrumentos internacionales de derecho. A nivel global destaca la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de las Naciones Unidas, de 1948 (DUDH)<sup>4</sup>. Aunque la DUDH es un instrumento no vinculante, las disposiciones que contiene se han ido incorporando paulatinamente en los ordenamientos jurídicos internos de los distintos países. Adicionalmente, las normas contenidas en dicho instrumento son aceptadas y aplicadas con carácter general por los sujetos de derecho internacional. Por estos motivos, puede argumentarse que las normas contenidas en dicha declaración forman parte de la costumbre internacional, siendo obligatorias, con carácter general, para todos. Siendo el principal instrumento sobre Derechos Humanos a nivel internacional y, una vez determinado que forma parte de la costumbre internacional, es posible argumentar que la DUDH es la fuente de derecho positivo más importante a nivel internacional.

---

<sup>4</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, (1948). Ginebra.

### 3. LOS DERECHO DE LOS MIGRANTES DESDE UN PUNTO DE VISTA HISTÓRICO

Las migraciones han sido una constante a lo largo de la historia y los motivos no han cambiado desde entonces. La primera migración fue la expedición que llevó a los primeros seres humanos desde África hacia Asia y revela el motivo principal que lleva a los seres humanos a migrar: mejorar las perspectivas de supervivencia. Desde entonces, el ser humano ha conquistado el mundo, llegando a todos y cada uno de los continentes, siendo casi en todos los casos la mejora de las perspectivas de supervivencia el motivo de las migraciones.

La mejora de las perspectivas de supervivencia se desdobra a su vez en dos componentes. En primer lugar, la migración por motivos económicos y, en segundo lugar, la migración provocada por conflictos militares, persecución por motivos políticos o de otra índole. Ambos tipos de migraciones han tenido reflejo en la historia, siendo ejemplo de ello la migración que se produjo desde Europa hacia América desde principios del siglo XIX hasta mediados del XX y la migración que recientemente ha tenido lugar debido a la guerra en Siria.

Estos dos tipos diferenciados de migraciones ha tenido reflejo tanto en los ordenamientos jurídicos nacionales, como en los tratados internacionales, otorgando a cada tipo de migrante distintos derechos. Así, generalmente, los obligados a migrar huyendo de conflictos bélicos o persecución, llamados generalmente refugiados, suelen tener más derechos a la hora de ser acogidos en terceros países que aquellas personas que migran por motivos económicos.

El derecho positivo de los refugiados empezó a desarrollarse durante la Segunda Guerra Mundial, con motivo del desplazamiento de millones y la imposibilidad de regresar a sus países de origen. Por este motivo se creó la Administración de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación (UNRRA)<sup>5</sup> que, entre otras cosas, consiguió la repatriación de más de siete millones de personas entre los años 1943 y 1947. Ya después de la Segunda Guerra Mundial, en sustitución de la UNRRA, se creó la Organización

---

<sup>5</sup> Fue fundada en 1943, en 1945 pasó a formar parte de las Naciones Unidas y dejó de existir en 1947. Estuvo compuesta por 43 miembros y su principal objetivo fue el auxilio de las víctimas de la Segunda Guerra Mundial.

Internacional para los Refugiados (OIR)<sup>6</sup>, que fue un organismo de la ONU con un mandato temporal de año y medio, tras el cual, fue sustituido en 1950 por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). ACNUR tiene el mandato de dirigir y coordinar la acción internacional para la protección de los refugiados a nivel mundial.

ACNUR es la institución dirigida a la protección de los migrantes más longeva y de mayor éxito desde que el concepto de refugiado se desarrolló, siendo prueba de ello el premio Nobel de la Paz que obtuvo en 1954<sup>7</sup>. Desde su creación, ha logrado ayudar a más de 50 millones de refugiados, logrando ofrecer nuevas oportunidades a los más necesitados. Igual de importante que el trabajo de campo que realiza, es la labor legislativa que ha venido realizando desde su creación, plasmada en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Por otro lado, los migrantes económicos son aquellas personas que migran en busca de mejores oportunidades económicas. A diferencia de los refugiados, los migrantes económicos no huyen de conflictos bélicos, violencia o persecución, de forma que su vida no corre peligro inmediato. Dentro de los migrantes económicos existe una gran variedad, ya que están aquellos que huyen de la más absoluta pobreza, siendo su única opción la migración hacia otros territorios más prósperos y aquellos que, disfrutando de una buena calidad de vida en su país de origen, eligen migrar para impulsar sus carreras profesionales o, simplemente, porque buscan una vida mejor. Ejemplo de estos últimos son aquellas personas que emigraron desde España a otros países europeos durante la crisis económica de 2008.

Al contrario que en el ámbito de los refugiados, no existe ninguna norma de carácter internacional ampliamente reconocida que recoja los derechos de los migrantes económicos. A falta de dicha norma, los derechos de los migrantes económicos quedan recogidos en las normas internacionales sobre Derechos Humanos y, en la medida que los migrantes económicos suelen migrar en busca de trabajo, también les serán aplicables

---

<sup>6</sup> La OIR fue una agencia de las Naciones Unidas entre 1946 y 1952 y su labor consistió en organizar la operativa relacionada con los Refugiados de la Segunda Guerra Mundial.

<sup>7</sup> ACNUR, Historia de ACNUR, Página web Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados, (disponible en <https://www.acnur.org/historia-del-acnur.html>; última consulta 29/04/2020)

las normas internacionales referentes a los derechos de los trabajadores. A estos efectos, las normas con mayor importancia son la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (DUDH) y la Declaración de la OIT<sup>8</sup> relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998. Estas dos declaraciones, si bien no son vinculantes, han sido reconocidas en numerosos tratados internacionales, en muchos casos forman parte del derecho consuetudinario e, incluso, han sido introducidas en los ordenamientos jurídicos internos de muchos países convirtiéndolas, de facto, en documentos vinculantes.

---

<sup>8</sup> La Organización Internacional de los Trabajadores (OIT) es una agenciad perteneciente a las Naciones Unidas cuya función principal es establecer normas laborales mínimas a nivel internacional.

#### 4. MIGRANTES ECONÓMICOS

Este trabajo diferencia entre aquellas personas que migran porque son perseguidos en su país de origen y aquellos que migran por motivos económicos. Los primeros son los solicitantes de protección internacional y para serlo es necesario cumplir una serie de requisitos establecidos en el Convenio de Ginebra de 1951<sup>9</sup>, por lo que todos aquellos migrantes que no cumplen con los requisitos establecidos en dicha convención se denominan en este trabajo migrantes económicos.

De acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), un migrante es

*“toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones”*.<sup>10</sup>

De acuerdo con la definición de la OIM, son migrantes tanto aquellas personas que se desplazan dentro de las fronteras de un país, como aquellos que se desplazan a terceros países. También son migrantes, tanto aquellos cuyo desplazamiento es prolongado en el tiempo, como aquellos que se desplazan por periodos cortos de tiempo, como por ejemplo para realizar trabajos de carácter estacional. La definición de la OIM es amplísima y hace necesario acotar las personas a considerar migrantes en este estudio por motivos de relevancia y prácticos.

A pesar de que la definición de la OIM tiene un carácter muy amplio, otras definiciones suelen acotar la definición a aquellas personas que viven fuera de su lugar de nacimiento o ciudadanía durante más de un año.<sup>11</sup> Así lo hacen las Naciones Unidas y la Unión Europea, entre otros, para elaborar los datos sobre los migrantes. Por ello, escoger una definición distinta a la escogida por las principales organizaciones que recogen información sobre el tema tratado llevaría a resultados imprecisos e, incluso, podrían inducir a conclusiones erróneas. Por este motivo, este trabajo solo considera migrantes económicos a aquellas personas que se hayan desplazado fuera de su lugar de residencia

---

<sup>9</sup> Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Aprobada por las Naciones Unidas. (1951). Ginebra

<sup>10</sup> Organización Internacional para las Migraciones. (2020). *¿Qué es un migrante?* Página web de la OIM, consultado a fecha de 18/04/2020 en: <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>

<sup>11</sup> Unión Interparlamentaria. (2015). *Migración, Derechos Humanos y Gobernanza*. Ginebra: Unión Interparlamentaria.

habitual por más de un año y por motivos económicos, es decir, aquellos que no puedan considerarse refugiados de acuerdo con la Convención de Ginebra de 1951.

#### **4.1.Regulación Internacional**

Mientras la Convención de Ginebra de 1951 establece el marco normativo internacional aplicable a los Estados en cuanto a los refugiados, no hay una regulación de carácter verdaderamente internacional que rijan las relaciones entre los distintos Estados en cuanto a la migración internacional de carácter económico. En este caso, rige la soberanía de los Estados, que son libres para determinar las normas que deben aplicarse a este tipo de migrantes. Sin embargo, sí es frecuente que los Estados firmen tratados bilaterales o multilaterales acerca de este tema.

Por otro lado, sí existen algunos instrumentos internacionales relativos a los Derechos Humanos que incluyen disposiciones referentes a migrantes que sí han sido ratificados por un amplio número de países. Estos instrumentos contienen normas de carácter muy general, que carecen de coercibilidad, por ello, dejan un amplio margen a los distintos países para establecer el marco normativo aplicable a los migrantes de acuerdo a sus propios intereses nacionales. En este sentido cabe destacar los siguientes instrumentos internacionales:

- Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)
- Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ICRMW)<sup>12</sup>
- Convenio de la OIT sobre los trabajadores migrantes (1949)<sup>13</sup>
- Convenio de la OIT sobre los trabajadores migrantes (1975)<sup>14</sup>

Los instrumentos mencionados son aquellos que han logrado tener un mayor alcance en cuanto a la regulación internacional de los migrantes económicos. Sin embargo, ninguno de ellos goza de una amplitud suficiente en cuanto al número de países firmantes o por el

---

<sup>12</sup> Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. (1990).

<sup>13</sup> Convenio de la OIT sobre los trabajadores migrantes. (1949). Ginebra

<sup>14</sup> Convenio de la OIT sobre los trabajadores migrantes (1975). Ginebra

contenido de los mismos para ser considerado un marco normativo general. Mientras que el Convenio de Ginebra de 1951 ha sido firmado por la gran mayoría de países del mundo, contiene normas concretas y directamente aplicables, y regulan el trato a los refugiados de una forma holística, los instrumentos aquí mencionados tienen importantes carencias.

#### ***4.1.1. Declaración Universal Derechos de los Humanos (DUDH)***

La Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1948 y establece una serie de derechos humanos básicos. El documento se limita a establecer un ideal al que las diferentes naciones deberían aspirar, pero debido a la falta de acuerdo entre una mayoría suficiente de países en la fecha de su elaboración, no llegó a formalizarse en un tratado internacional. Por ello, este documento no reviste carácter vinculante. Sin embargo, su articulado ha sido reproducido o transformado en obligatorio en numerosos sistemas jurídicos internos (e.j. Constitución Española) que sí tienen carácter vinculante. Por ello, esta declaración forma hoy en día parte del derecho internacional consuetudinario convirtiendo su contenido en vinculante por la vía de la costumbre.

Si bien la DUDH no se centra en los derechos de los migrantes, de acuerdo su artículo 2, contiene derechos que son aplicables a todos los seres humanos sin distinción alguna. Por ello, el estatus migratorio de una persona no determina la aplicabilidad de los derechos contenidos en la misma. Partiendo de esta base, podemos identificar una serie de derechos y principios que tienen especial incidencia en la actividad migratoria y que, por tanto, deben ser analizados.

**Principio de no discriminación.** La declaración reconoce la personalidad jurídica de todos los seres humanos y declara que todos ellos son iguales ante la Ley y deben ser protegidos contra toda discriminación. Esto no significa que los migrantes deban tener exactamente los mismos derechos que los nacionales o que no se pueda distinguir entre los propios migrantes. Este principio establece que no es permisible que dos personas tengan derechos distintos sin que exista una razón que justifique dichas diferencias. Por ejemplo, es posible que un migrante que haya obtenido el permiso de residencia tenga una serie de derechos que no tenga un migrante que esté en un país de forma irregular.



Sin embargo, no sería admisible otorgar más derechos a un migrante frente a otro en base a motivos no justificables, tales como la raza, el sexo o la religión.

**Principio de libre circulación.** El artículo 13 de la DUDH establece que todo ser humano tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia dentro del territorio de un Estado. Este principio puede estar supeditado a la concesión por parte del Estado de un permiso de residencia. Por tanto, podrá ser necesario que los migrantes estén residiendo legalmente dentro de un Estado para poder aplicarlo.

La segunda parte del artículo 13 establece que toda persona tiene derecho a salir de cualquier país y de volver a su país, sin embargo, no determina que tenga derecho a entrar un tercer país. La entrada en los Estados forma parte de la esfera de la soberanía nacional y, por tanto, corresponde a cada estado determinar quién puede entrar en su territorio y quién no. Dicho esto, su determinación deberá atender al principio de igualdad y de no discriminación establecido en la DUDH.

La DUDH supuso un gran avance para establecer una base de derechos comunes para todas las personas y, si bien el texto no es vinculante, su contenido ya forma parte del derecho consuetudinario y ha sido incluido en numerosos instrumentos que sí son vinculantes. Dada la universalidad del texto, sus disposiciones son aplicables a todo migrante a pesar de que no contenga provisiones específicas para los mismos. Como consecuencia de esto, el texto no resuelve los problemas prácticos a los que se enfrentan los migrantes durante el proceso migratorio y una vez dentro del país de destino. Además, incluso tras haber pasado más de 70 años desde la publicación de la DUDH, no se ha logrado erradicar por completo algunas de las prácticas en ella prohibidas, que afectan especialmente a los migrantes con menos recursos. Para resolver los problemas que la DUDH deja candentes es necesario acudir a instrumentos que contengan normas más específicas.

#### ***4.1.2. Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ICRMW)***

La ICRMW fue aprobada en 1990 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y es el instrumento internacional más completo sobre los derechos de los trabajadores

migrantes y sus familiares. Además de contener derechos y obligaciones concretos de los trabajadores migrantes, la ICRMW se considera una convención sobre derechos humanos. Esta convención contiene algunos de los derechos mencionados en DUDH, como el derecho a la no discriminación, pero además contiene una serie de derechos específicos de los trabajadores migrantes. Es decir, al contrario que la DUDH, se trata de una convención elaborada específicamente para establecer un marco normativo internacional de derechos mínimos que deben tener los trabajadores migrantes y sus familiares en los distintos países.

La convención contiene en su Parte III una serie de derechos que son aplicables a todos los migrantes, ya sean migrantes regulares o irregulares. La parte IV contiene una serie de derechos que solo son aplicables a los trabajadores migrantes que se hallan en un país de forma regular.

La Parte III de la Convención contiene una primera serie de artículos (del 8 al 20) que recogen derechos similares a los contenidos en la DUDH, pero enfocados hacia los trabajadores migrantes. Ejemplos de estos derechos son el derecho de los trabajadores migrantes a salir de cualquier Estado; el derecho a la vida; la prohibición de la tortura y la esclavitud o el derecho a la libertad de pensamiento, expresión y religión. Estos derechos, aunque dirigidos específicamente a los trabajadores migrantes y enunciados de forma más detallada que en la DUDH, no aportan nada nuevo respecto a esta última.

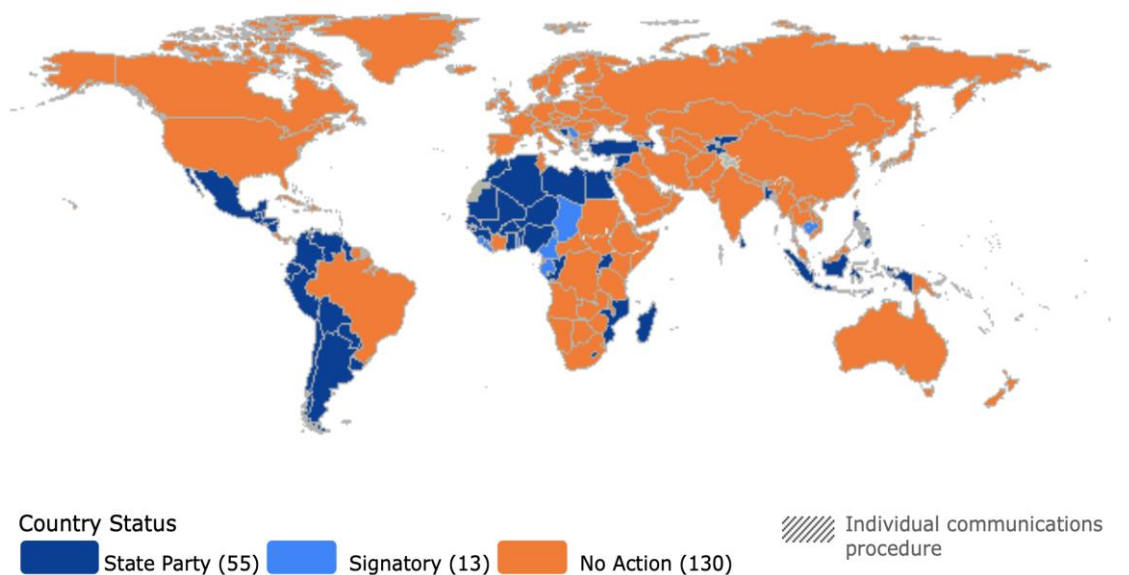
Dentro de la Parte III, los restantes artículos sí que aportan algunas novedades respecto a la DUDH. Esta serie de artículos otorga una serie de derechos a los trabajadores, pero también les impone algunas obligaciones. Algunos de los derechos otorgados a todos los trabajadores, sin importar su estatus migratorio, son la prohibición de las expulsiones colectivas; igualdad respecto a los nacionales en cuanto a condiciones laborales; derecho a afiliarse y a participar en actividades sindicales o el derecho a la educación de los hijos y familiares de los migrantes. Algunas de las obligaciones que impone la Convención a todos los migrantes son la obligación de respetar las normas de los países de tránsito y de destino, así como sus identidades culturales o el derecho de los Estados a no regularizar la situación de los trabajadores migrantes y sus familiares.

Tal y como se ha dicho, la Parte IV de la Convención contiene una serie de disposiciones aplicables solamente a los trabajadores en situación regular. Es decir, contiene una serie de derechos que solamente pueden disfrutar aquellos trabajadores que han entrado en el país donde trabajan de forma legal. Estos derechos son de diversa índole e incluyen derechos dirigidos a facilitar el mantenimiento de su situación regular; una mayor participación en asuntos sindicales; una mayor participación política; el derecho a establecer libremente su residencia dentro del territorio nacional; el derecho a enviar remesas a sus países de origen o el derecho a la disfrutar de educación en igualdad de condiciones que los ciudadanos del país.

Como se puede observar, esta convención supone un gran avance en los Derechos de los migrantes en la esfera internacional, ya que contiene una serie de derechos que previamente no disfrutaban. Recoge una variedad de derechos, tanto disposiciones relativas a los derechos humanos de los migrantes que, por su naturaleza, son aplicables a todos los trabajadores migrantes, independientemente del estatus migratorio de las personas, así como derechos dirigidos solamente a aquellos migrantes regularizados. Se trata del tratado más completo sobre los derechos de los migrantes y sus familiares hasta la fecha.

Por otro lado, cabe destacar que un número considerable de países han ratificado la Convención, de forma que otorga los derechos en contenidos en la misma a un gran número de migrantes. Hasta la fecha han ratificado este instrumento un total de 55 países. Esto supone un gran avance en la materia, puesto que hasta la entrada en vigor de esta Convención los derechos de los migrantes estaban recogidos en tratados bilaterales o multilaterales que no gozaban de un alcance tan amplio. Por ello, esta Convención garantiza una serie de derechos mínimos que los países que la han ratificado tienen que otorgar a los migrantes trabajadores.

A pesar de esto, no se puede considerar que la Convención constituya un verdadero marco internacional para los derechos de los migrantes puesto que la gran mayoría de países desarrollados no han ratificado el acuerdo por ahora.



*Estado de ratificaciones de la ICRMW*

Fuente: <https://indicators.ohchr.org/>

#### ***4.1.3. Convenios de la OIT sobre los trabajadores migrantes 1949 y de 1975***

El Convenio de la OIT aprobado en 1949 contiene una serie de derechos en favor de los trabajadores migrantes y una serie de obligaciones para los Estados parte del Convenio que supusieron un avance significativo en la materia, especialmente teniendo considerando la fecha de aprobación del Convenio. Muchos de los derechos incluidos en este Convenio fueron introducidos también en convenios posteriores, por lo que puede considerarse que este Convenio marcó la tendencia en la materia durante las siguientes décadas.

En la elaboración de este Convenio, la OIT trató de crear un instrumento que fuese adoptado por el mayor número de países posible, por lo que no se introdujeron derechos demasiado demandantes para los países. Por ello, el propósito de esta Convención es establecer las normas mínimas que deberán cumplir los distintos países, sin introducir obligaciones exorbitantes ni demasiado costosas. El tratado busca también limitar los costes del proceso migratorio que los países pueden transferir a los migrantes. En este sentido, obliga a los países a proporcionar información gratuita; les prohíbe cobrar a los migrantes por los servicios realizados por las agencias públicas de empleo. Adicionalmente el Convenio establece las bases para la cooperación entre países y con la

propia OIT en materia de migraciones. En este sentido, obliga a los países a compartir información con la OIT y también entre países cuando haya un flujo migratorio considerable entre los mismos, así como promover la cooperación y los acuerdos entre estos países.

El Convenio sobre los trabajadores migrantes de 1975 se confeccionó como un convenio complementario al de 1949, de forma que no deroga lo establecido en el mismo, sino que añade nuevo contenido. El Convenio de 1975 trata de adaptar las normas internacionales al creciente flujo migratorio y también trata de mitigar la inmigración irregular y los efectos adversos asociados a la misma.<sup>15</sup> La primera parte del convenio versa sobre las migraciones en condiciones abusivas y la segunda parte establece normas sobre la igualdad de oportunidades y de trato.

Uno de los objetivos principales de ambos tratados ha sido lograr una amplia aceptación en la comunidad internacional. Para ello, tratan de no imponer obligaciones excesivamente gravosas hacia los países y además permiten que los países solo apliquen algunas partes de los tratados. Sin embargo, no han logrado su objetivo, ya que el Convenio de 1949 solo lo ha sido ratificado por un total de 50 países, mientras que el de 1975 ha llegado tan solo a la cifra de 25 ratificaciones. Además, en el primer caso, la gran mayoría de países que han ratificado el Convenio han excluido partes importantes del mismo, reduciendo en gran medida su efectividad. Dentro de los países que no han ratificado alguno de los dos Convenios encontramos algunos de los mayores receptores de migrantes como son EEUU, Alemania, Reino Unido o Francia.

Tras el análisis realizado de los instrumentos internacionales relacionados con los derechos de los migrantes llegamos a la conclusión de que no han logrado el objetivo de establecer un verdadero marco internacional que regule los derechos de los migrantes por dos motivos.

En primer lugar, cuando se compara los instrumentos relativos a los derechos de los migrantes con los existentes sobre los derechos de los refugiados, podemos observar que los primeros carecen de normas de suficiente calado. Al tratar de lograr un consenso entre

---

<sup>15</sup> Cano, M. A. (2010). Protección Internacional de los Derechos Humanos de los Trabajadores Migratorios. *Persona y Derecho*, PP. 137 – 162.

los distintos países, no se introducen normas que supongan grandes avances en la materia, puesto que los derechos incluidos ya forman parte, en gran medida, de otros instrumentos sobre derechos humanos más generales. Las normas que sí son específicas de estos instrumentos son normas muy generales, que no suelen otorgar derechos concretos a los migrantes y, cuando lo hacen, no son derechos que faciliten la integración efectiva de los migrantes en los países de acogida. La igualdad sí está garantizada en cierta medida, lo que supone que aquellos migrantes que tengan las habilidades para competir en el mercado laboral con los ciudadanos del país de destino puedan lograr integrarse en dicho país, obteniendo éxito laboral y social. Sin embargo, no será suficiente para aquellos migrantes que, por algún motivo, no puedan competir en el mercado laboral. Estas personas se verán obligadas a recurrir a trabajos en condiciones precarias y, frecuentemente, a la economía informal. Si los países lograrán acordar establecer ayudas al empleo y a la formación de estas personas, la integración de los migrantes sería mucho más efectiva.

A pesar de no establecer normas excesivamente gravosas, los tratados internacionales acerca de los migrantes trabajadores han fracasado a la hora de lograr un consenso. La cantidad de países que han ratificado los Convenios sobre esta materia es muy limitada, especialmente si tenemos en cuenta que algunos de los países que más migrantes reciben son precisamente los que no los han ratificado. Esto supone en la práctica, que estos tratados carecen de una utilidad efectiva y que no existe un marco internacional en materia de migración económica.

#### **4.2.Regulación de la UE**

La regulación en materia de migración de la Unión Europea está basada esencialmente en lo establecido en los artículos 78 y 79 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)<sup>16</sup> y, en menor medida en el artículo 80 del mismo tratado. Siguiendo lo establecido en los tratados internacionales sobre la materia, el artículo 80 del TFUE determina que los migrantes que se encuentren dentro del territorio de la Unión de forma legal recibirán un trato equitativo respecto a los ciudadanos de la Unión.

---

<sup>16</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. (2010)

El artículo 78 trata sobre materia de asilo y protección subsidiaria y establece las competencias de la Unión respecto los mismos. Por otro lado, el artículo 79 establece las competencias de la Unión en materia migratoria. A estos efectos establece que la Unión regulará:

- a) *“las condiciones de entrada y residencia y las normas relativas a la expedición por los Estados miembros de visados y permisos de residencia de larga duración, incluidos los destinados a la reagrupación familiar;*
- b) *la definición de los derechos de los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro, con inclusión de las condiciones que rigen la libertad de circulación y de residencia en los demás Estados miembros;*
- c) *la inmigración y residencia ilegales, incluidas la expulsión y la repatriación de residentes en situación ilegal;*
- d) *la lucha contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres y niños.”*

Mediante este artículo, la Unión se reserva competencias que tradicionalmente pertenecían a la esfera de la soberanía nacional de los Estados. La absorción de la Unión de competencias como las de entrada de migrantes, la expedición de visados y la expulsión de inmigrantes ilegales se justifica por la inclusión de la gran mayoría de países en el espacio Schengen. Los países dentro del espacio Schengen han eliminado las fronteras interiores entre ellos, por lo que una vez dentro de un país se puede acceder a los demás sin ningún tipo de restricción. Esto hace necesario una política exterior común, ya que de lo contrario no habría control sobre quien entra en la Unión.

A pesar de las amplias competencias entregadas a la Unión, los países se han reservado la posibilidad de establecer los volúmenes de admisión de nacionales de terceros países en sus territorios. La reserva de esta competencia, sin embargo, tiene difícil aplicación práctica, puesto que la falta de restricciones entre las fronteras de los países del espacio Schengen limita enormemente la capacidad de los Estados de evitar movimientos interiores de personas.

Las competencias que asume la Unión en el TFUE han sido desarrolladas en diversos reglamentos y directivas que detallan los derechos y obligaciones de los migrantes dentro del territorio de la Unión. En el transcurso de la última década ha habido numerosos cambios normativos introducidos a través de una gran cantidad de Directivas que podemos clasificar en tres áreas distintas. Directivas dirigidas a regular la inmigración legal; directivas introducidas con el objetivo de lograr una mayor y mejor integración de los migrantes en la Unión y directivas dirigidas a regular, reducir y eliminar la inmigración irregular. Debido al gran número de directivas existentes en estas tres áreas, se analizará únicamente las más relevante de cada una de las tres áreas en las que hemos clasificado las directivas.

#### ***4.2.1. Regulación en materia de inmigración legal***

La Unión no ha sido capaz de integrar en un solo documento normativo las distintas vertientes de la inmigración legal en la Unión y, más específicamente, en cuanto a la inmigración laboral legal. Por ello, ha dividido los distintos tipos de migrantes trabajadores atendiendo a su naturaleza y, estableciendo un procedimiento a modo de cajón de sastre para aquellos que no encajen en las categorías definidas en normas más específicas.

##### 4.2.1.1. Directiva 2011/98/UE relativa al permiso común de residencia y trabajo

Esta directiva tiene como objetivo armonizar las legislaciones nacionales de los Estados Miembros en cuanto a las condiciones de admisión y residencia de nacionales de terceros países. La directiva establece un procedimiento único de solicitud que, a su vez, debe conducir a la concesión del permiso de residencia y trabajo mediante un solo acto administrativo. Adicionalmente establece un conjunto de derechos para los trabajadores que residan legalmente en un Estado Miembro basados en la igualdad de trato respecto a los nacionales de los Estados Miembros. Con esto, la Directiva establece una serie de derechos mínimos comunes a todos los Estados Miembros siendo uno de los objetivos reducir los incentivos para los movimientos internos entre los distintos Estados de la Unión.

La directiva establece que los Estados Miembros podrán decidir si es el nacional del tercer país, el empleador o cualquiera de los dos el que deba presentar la solicitud ante la



Autoridad Competente, que deberá decidir sobre la concesión del permiso único que, en su caso, deberá hacerse mediante un modelo estándar. Desde el momento en el que se le haya concedido el permiso de residencia el natural del tercer país disfrutará del derecho a entrar y residir en el Estado miembro que le haya concedido dicho permiso y a circular libremente por el mismo. Gozará del derecho a ejercer la actividad laboral específica autorizada y de ser informado de sus derechos.

Finalmente, la Directiva establece el derecho a la igualdad de trato entre nacionales de terceros países que residan legalmente y los ciudadanos de la Unión y detalla en qué consiste dicha igualdad. Entre otras cosas, la directiva establece que deberá haber igualdad en cuanto a condiciones laborales, actividad sindical, educación y formación.

#### 4.2.1.2. Directiva 2009/50/CE sobre trabajadores altamente cualificados

Esta directiva regula la llamada “tarjeta azul” consistente en un permiso de residencia dirigido a trabajadores altamente cualificados. La directiva establece un procedimiento más breve y simple que el procedimiento general y, además, ofrece condiciones más atractivas. Ante la dificultad que ha supuesto para la Unión atraer trabajadores de este tipo, se ha ido facilitando progresivamente la obtención de la “tarjeta azul” y también se han ampliado las ventajas respecto al procedimiento común.

Se considerará que un empleo es de alta cualificación cuando el trabajador reciba un salario medio de al menos 1,5 veces la media nacional. Adicionalmente, los trabajadores de terceros países deben presentar una cualificación profesional superior o, alternativamente en caso de que el Estado miembro concreto lo permita, 5 años de experiencia en una profesión de nivel comparable a la educación superior. Por cualificación profesional superior se entiende títulos de educación superior de al menos 3 años de duración.

Los derechos adicionales respecto al procedimiento común se centran en facilitar la obtención del permiso de residencia de larga duración. La norma permite considerar todos los años que la persona ha estado en distintos países de la Unión, en lugar de tener que haber residido durante 5 años en un solo país.

#### 4.2.1.3. Otras Directivas<sup>17</sup>

Adicionalmente, otras directivas regulan la entrada de migrantes de terceros países respecto a actividades laborales o educativas de menor importancia en cuanto a volumen o duración de la estancia en la Unión. Las directivas regulan la entrada y estancia de trabajadores temporeros, el desplazamiento de personal de una empresa a un país miembro, investigadores, estudiantes, voluntarios, la entrada y estancia en el marco de intercambio de alumnos e, incluso, los *au pair*.

#### **4.2.2. Regulación en materia de integración**

De acuerdo con Eurostat, la Unión Europea alberga más de 22 millones de personas que no son ciudadanos de la Unión, suponiendo un 4,4% de todas las personas que viven en el territorio. La diversidad de la Unión está aumentando y deben aprovecharse las oportunidades que la acompañan, mientras que deben mitigarse los posibles riesgos que también pueden conllevar. La Unión es plenamente consciente de que debe crear un entorno y un marco jurídico que permita lograr un beneficio conjunto para la Unión y para los inmigrantes que residan en ella, sin embargo, no dispone de competencias en materia de integración tal amplias como en otras áreas. Por ello, ha utilizado con carácter principal, pero no exclusivamente, documentos extra-normativos tales como Agendas Europeas, Comunicaciones o Planes de Acción para lograr que los Estados miembros aprueben legislación adecuada.

##### 4.2.2.1. Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar

Partiendo de la importancia que otorga la cultura europea a la unidad familiar y, considerando que constituye un pilar fundamental para la estabilidad socio cultural y promueve la cohesión económica y facilita la adecuada integración de los ciudadanos de terceros países, la Unión adoptó esta directiva con el objetivo de lograr una mayor armonización de las legislaciones nacionales en esta materia. Esta norma está

---

<sup>17</sup> Directiva 2014/36/UE sobre las condiciones de entrada y estancia de nacionales de terceros países para fines de empleo como trabajadores temporeros;

Directiva 2014/66/UE relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países en el marco de traslados intraempresariales

Directiva (UE) 2016/801 relativa a los requisitos de entrada y residencia de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*

Directiva 2003/109/UE relativo al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en la Unión Europea

estrechamente relacionada con las normas que determinan las condiciones de entrada de nacionales de terceros países porque, de cierta manera, constituye la otra vertiente indisoluble de la migración.

Así, su objetivo es establecer las condiciones por las cuales pueden ejercer el derecho a la reagrupación familiar aquellos migrantes que residan en la Unión de forma legal. La directiva no otorga derechos adicionales al resto de migrantes, sino que tan solo se limita a determinar qué familiares y bajo qué circunstancias tendrán derecho a reagruparse con miembros de su familia que hayan entrado legalmente en la Unión. Una vez admitida su entrada, dispondrán de los mismos derechos que cualquier otro migrante que haya entrado en el territorio de la Unión.

En 2014 la Comisión emitió una comunicación detallando cómo debe aplicarse la directiva. Dicha comunicación no aporta derechos adicionales, ni tiene carácter vinculante, ni constituye ninguna norma jurídica, sino que se emitió debido a que los distintos Estados de la Unión no estaban aplicando la directiva de forma correcta.

#### 2.4.2.2. Agenda Europea para la Integración (2011)<sup>18</sup>

La Agenda Europea para la Integración es un documento emitido por la Comisión en 2014 con el objetivo de promover el debate constructivo sobre cómo mejorar la integración de los migrantes. La Agenda reconoce las escasas competencias de las que dispone la Unión en esta materia y hace un llamamiento, tanto a políticos de los Estados de la Unión, como a otros actores relevantes para que adquieran una visión a largo plazo del problema y tomen las medidas adecuadas para solucionar el problema. Argumenta que para solucionar el problema es necesario que se tomen medidas tanto en los países de destino como los países de origen. El documento aboga por mejorar la integración de los migrantes por medio de una mayor educación, acceso al mercado laboral, garantizar unas condiciones de vida mínimas y el acceso a financiación de la UE.

La educación de los migrantes es un tema prioritario. En primer lugar, debe facilitarse el acceso de los migrantes al aprendizaje del idioma del país donde residan. A estos efectos es importante que tengan acceso no solo a cursos adecuados, sino que el acceso a los

---

<sup>18</sup> Agenda Europea para la Integración sobre la consolidación de los avances logrados en la materia. (2011).

cursos no sea excesivamente gravoso desde un punto de vista financiero. Los sistemas educativos de los países de la Unión deben adaptarse a la creciente presencia de personas de terceros países. A estos efectos, es importante que se implanten programas dirigidos a reducir la tasa de abandono escolar de los migrantes, puesto que es mucho mayor que la de los nacionales de los países.

Adicionalmente, también debe incentivarse la formación y el acceso al mercado laboral de los adultos. En este caso es necesario facilitar programas de formación profesional a aquellos migrantes que carezcan de suficiente formación como para encontrar un empleo y crear un sistema que ponga en contacto a aquellos empleadores que requieran trabajadores y a aquellas personas que estén en busca de empleo. Por otro lado, es frecuente que muchos migrantes estén sobre cualificados para el puesto de trabajo que ocupan debido a las dificultades que se encuentran a la hora de convalidar los títulos académicos y la experiencia que obtuvieron en sus países de origen. También es necesario agilizar este proceso.

Los países de origen conforman un elemento de especial importancia a la hora de facilitar la integración de sus nacionales en terceros países. Es importante que, los países otorguen a los migrantes la información adecuada acerca de los requisitos que establecen otros países para el acogimiento de sus ciudadanos. También es importante que les doten de la formación necesaria en cuanto a idiomas y habilidades, para que puedan acceder al mercado laboral una vez logren acceder al país de destino. Sin embargo, lo más importante que pueden realizar los países de origen es diseñar el ecosistema adecuado para aprovechar las habilidades adquiridas por sus nacionales en los países de acogida, así como facilitar el aprovechamiento de las remesas que estos envían.

#### ***4.2.3. Regulación en materia de inmigración irregular***

Son migrantes irregulares aquellos que han accedido a un país del que no son ciudadanos sin seguir los procedimientos establecidos por la Ley. La Unión Europea ha tratado de reducir la inmigración irregular poniendo un especial énfasis en la lucha contra las mafias que trafican con personas. Estas mafias aprovechan la situación de especial vulnerabilidad de algunos migrantes, el desconocimiento de las normas de los países de la Unión y del idioma para hacerles promesas falsas con el objetivo de obtener beneficios

económicos a costa de los migrantes. En muchas ocasiones, los migrantes ahorran durante años e, incluso, venden las pocas propiedades que ostentan en sus países de origen para poder pagar a estos traficantes, acentuando la vulnerabilidad de los migrantes una vez fracasa, como suele ser habitual, su intento de acceder a la Unión.

#### 4.2.3.1. Directiva 2002/90/CE sobre el delito de ayuda a la entrada, circulación y estancia de irregulares

Dentro del marco de políticas de lucha contra el tráfico ilegal de personas y la explotación de la mismas, esta directiva tiene como objetivo la armonización de las normas penales de los distintos países de la Unión y establecer normas mínimas para las sanciones de estos delitos.

A estos efectos, la directiva obliga a los países miembros a sancionar adecuadamente a aquellas personas que ayuden a nacionales de terceros países a entrar en el territorio de un Estado miembro o a transitar por él, vulnerando las leyes de dicho Estado miembro. También sanciona a aquel que ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro a permanecer en dicho estado miembro vulnerando sus leyes cuando exista ánimo de lucro. También deben ser sancionadas aquellas personas que sean consideradas cómplices, incitadores, o aquellos que intenten cometer alguno de estos actos.

### **4.3.Regulación en España**

La regulación de los derechos de los migrantes en España parte, como no podría ser de otra manera, en la Constitución española (CE). Este texto recoge los derechos fundamentales que los migrante tienen en España y deriva la regulación de los demás derechos a la Ley, siendo esta Ley Orgánica 4/2000<sup>19</sup>. Esta ley, ha sufrido diversas modificaciones desde su aprobación por primera vez, que han ampliado y reducido los derechos de los migrantes o extranjeros en España hasta llegar a su estado actual.

#### ***4.3.1. Derechos de los migrantes en la Constitución Española***

---

<sup>19</sup> Ley Orgánica 4/2000 sobre los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

La única referencia que encontramos en la Constitución Española en relación con los derechos de los migrantes o extranjeros en España es la contenida en el artículo 13.1. De acuerdo con este artículo, “*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*”. El artículo 13.1 queda enmarcado en el Título I de la CE, de los derechos y deberes fundamentales. A pesar de ese nombre, no puede decirse que los derechos contenidos en ese título son verdaderamente derechos fundamentales porque la misma Constitución excluye o limita la aplicabilidad de algunos de los derechos del Título I a los extranjeros en España. En este sentido, la Constitución establece una configuración tripartita de los derechos de los extranjeros en España.<sup>20</sup>

La primera categoría de derechos comprende aquellos derechos que la CE otorga a los migrantes, sin que su estatus migratorio tenga relevancia alguna, en igualdad de condiciones que a los españoles. Son aquellos derechos inherentes a la dignidad de la persona, es decir, aquellos sin los cuales se negaría a una persona su propia condición de persona en cuanto ser racional y libre. Adicionalmente, les serán de aplicación los derechos fundamentales recogidos en tratados internacionales y, especialmente, en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Algunos de los derechos inherentes a la persona en cuanto a su condición de persona humana que recoge el propio texto constitucional son el derecho a la vida y la integridad física y moral (art. 15); la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16); derecho a la libertad y seguridad (art. 17); el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18) y el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24).

La segunda categoría de derechos la constituye aquellos derechos que les son excluidos en su totalidad o prácticamente en su totalidad a los migrantes o extranjeros. De acuerdo con el artículo 13.2 CE son los derechos recogidos en el artículo 23 de la propia constitución, salvo que “*atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales*”. El artículo 23 establece lo siguiente:

---

<sup>20</sup> Massó Garrote, M. F. (2011). *Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en el nuevo marco legal e interpretativo de la Constitución Española*. Facultad de Derecho de la Universidad de Albacete. Albacete.

*“1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.*

*2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.”*

En este sentido, los migrantes o extranjeros tienen vetado tanto el derecho al sufragio activo como al sufragio pasivo, con la excepción de las elecciones municipales, siempre y cuando un tratado internacional o ley así lo establezca.

Finalmente, la tercera categoría de derechos relacionados con los migrantes o extranjeros la constituye aquellos derechos configurados conforme al artículo 13.1 CE. Este artículo deriva a la Ley y a los tratados internacionales la configuración de las libertades públicas reguladas en el Título I de la Constitución. Este precepto parece estar en contradicción con la primera categoría de derechos, ya que los derechos atribuidos a esa categoría también están encuadrados en el Título I de la CE. Por ello, el artículo 13.1 CE deberá interpretarse de manera que esta categoría recogerá los aquellos derechos del Título I CE que no estén recogido por la categoría primera o segunda. Así lo establece el Tribunal Constitucional en su sentencia nº 236/2007<sup>21</sup> al afirmar:

*“el art. 13 CE autoriza al legislador a establecer «restricciones y limitaciones» a tales derechos, pero esta posibilidad no es incondicionada por cuanto no podrá afectar a aquellos derechos que «son imprescindibles para la garantía de la dignidad de la humana que, conforme al art. 10.1 CE, constituye fundamento del orden político español»”*

...

*“Por otra parte, existen en ese título derechos cuya titularidad se reserva en exclusiva a los españoles (los reconocidos en el art. 23 CE, con la salvedad que contiene), prohibiendo la misma Constitución (art. 13.2 CE) que el legislador los extienda a los extranjeros.”*

---

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional nº 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre.

#### ***4.3.2. Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.***

De acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, el legislador podrá establecer diferencias entre los derechos de los españoles y los extranjeros mediante la Ley. Estas diferencias se materializan en la Ley Orgánica 4/2000, que viene a regular los derechos y las libertades de los extranjeros en España y establece una serie de medidas de cara a lograr una integración social exitosa de los mismos. Además de los derechos y libertades en sentido estricto, la Ley regula elementos adicionales relacionados con los migrantes, como son la entrada y salida del territorio español; la autorización de estancia y residencia en él; la autorización para la realización de actividades lucrativas en España; tasas por autorizaciones administrativas y visados; infracciones y régimen sancionador en relación en materia de extranjería y la coordinación de los poderes públicos en la materia.

Los derechos de los migrantes o extranjeros en sentido estricto vienen recogidos en los tres primeros capítulos del Título I de la norma. El Capítulo I recoge una serie de derechos heterogéneos concedidos en algunos casos a todos los extranjeros, en otros a los que residan legalmente en España y, en otros casos, su regulación se remite otras leyes o normas de inferior rango.

En este sentido, todos los extranjeros, sin importar si estatus migratorio, tendrán derecho a reunirse, manifestarse, asociarse, sindicarse o hacer huelga en las mismas condiciones que los españoles. También tendrán derecho a percibir una educación básica y obligatoria hasta la edad de dieciséis años y el derecho a la educación hasta los 18 y, incluso el acceso a la educación superior y a las becas asociadas en las mismas condiciones que los españoles. Además, los extranjeros que residan legalmente en España gozarán de una serie de derechos, tales como la libre circulación o residencia, en igualdad de condiciones que los españoles. En cuanto a la participación en las elecciones municipales, ya sea mediante sufragio activo o pasivo, la Ley se remite a la normativa de cada municipio.



## **5. REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS REFUGIADOS**

Los refugiados son un tipo determinado de migrante que se caracterizan, de acuerdo con la Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados, por ser perseguidos por motivos relacionados con su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o por sus opiniones políticas. A su vez, dicha persona debe encontrarse fuera del país de su nacionalidad y no pueda o no quiera, por temor fundado a sufrir de persecución por lo motivos mencionados, acogerse a protección en el mismo.

Es decir, los refugiados son un tipo muy concreto de migrante que se ve obligado a huir de su país de origen, en muchos casos para salvar su vida o las de sus familias. Debido a la desesperada situación a la que se enfrentan esta clase de migrantes, los refugiados disfrutan de un régimen jurídico que les otorga una serie de derechos adicionales a las demás clases de migrantes. Los derechos otorgados a los refugiados tienen el objetivo de proporcionarles amparo de los peligros que les acechan, concediéndoles acceso a países seguros, a los que de otra forma no tendrían acceso. El ordenamiento jurídico también les asegura que, en la medida de lo posible, disfrutarán de los mismos derechos y libertades que los nacionales del país que los recibe.

Esta regulación diferenciada, junto con el contexto geopolítico actual, merece que se proceda a realizar un análisis diferenciado de los derechos de los refugiados, respecto de los derechos del resto de migrantes.

### **5.1. Regulación Internacional**

La primera regulación verdaderamente importante respecto a los derechos de los refugiados a nivel internacional fue la Convención de Ginebra de 1951, creada después de la Segunda Guerra Mundial para paliar las consecuencias de ésta. Este texto sirvió para aglutinar diversos textos de naturaleza más regional que internacional, sobre los refugiados. Entre ellos cabe destacar los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928<sup>22</sup>; las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938

---

<sup>22</sup> División de Protección de ACNUR. (1979). *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra.

y el Protocolo del 14 de septiembre de 1939<sup>23</sup>. Estos instrumentos poseen un carácter regional, que no aborda el problema de los refugiados a nivel global, en gran parte debido a que hasta la Segunda Guerra Mundial no existía dicho problema a escala global. La escala y la amplitud geográfica de la Segunda Guerra mundial tuvo como consecuencia la diseminación de los combatientes y de los civiles de distintos países a lo largo y ancho del planeta. Ante los millones de personas que se encontraban en esta situación de persecución, la comunidad internacional se vio obligada a ofrecer una solución, que se plasmó en la Convención de Ginebra de 1951.

La convención se basó en el artículo 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que determina que en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país.<sup>24</sup> La declaración, si bien no tenía carácter vinculante en el momento de su aprobación, ya forma parte del derecho consuetudinario internacional, lo que sí le otorga dicho carácter a día de hoy. La convención, que entró en vigor en 1954, determina quién es un refugiado y obliga a los países miembros a prestar protección a los mismos. En un primer momento, la Convención limitaba su ámbito de aplicación en un doble sentido: geográfico y temporal. En un principio, solo era de aplicación a países europeos y a las personas dentro de Europa que buscaban refugio de los eventos ocurridos con anterioridad a 1951.

Desde su concepción, la Convención solo ha sido modificada en una ocasión, mediante el protocolo de 1967, que eliminó las limitaciones geográficas y temporales de la redacción original.<sup>25</sup> Por tanto, tras el mencionado protocolo, cualquier país que quiera puede adherirse a la Convención. A día de hoy, la Convención o el protocolo de 1967 han sido ratificados por 147 países.

En su artículo 1, la Convención define lo que es un refugiado de la siguiente forma:

---

<sup>23</sup> Convenciones referidas en el Art. 1 de la Convención de Ginebra de 1951.

<sup>24</sup> Asamblea General de Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

<sup>25</sup> UNHCR. (2010). *Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees*. Ginebra: Communications and Information Service.

*“A los efectos de la presente Convención, el término "refugiado" se aplicará a toda persona:*

- 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.*

*Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades, no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.*

- 2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.*

*En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea.*

La convención define qué se considera un refugiado en su artículo 1A. Define como tal a aquella persona perseguida por razones raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social o por tener determinadas opiniones políticas. Además de estos requisitos, que son el elemento fundamental de la norma, dicho artículo también establece que aquel que busque refugio deberá estar fuera del país del que es nacional y que no pueda acogerse a su protección a causa tener temores fundados de que será perseguido en dicho territorio por los motivos anteriormente mencionados.

El artículo incluye en la definición de refugiado las definiciones de dicho concepto contenidas en una serie de instrumentos de carácter regional, de modo que la convención unifica en un solo texto los distintos conceptos de refugiado existentes hasta la fecha.

En el punto B, se establecen dos limitaciones a la aplicación de la convención, una de carácter temporal y otra de carácter geográfico, si bien es cierto que la convención permite a los distintos países no aplicar limitación de carácter geográfico en caso de que así lo deseen. Estas dos limitaciones carecen de validez en la actualidad puesto que el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967 retira ambas limitaciones, haciendo de la convención de 1951 un instrumento de aplicación prácticamente universal debido a la gran cantidad de países parte de la convención y a la universalidad de las disposiciones que contiene la misma.

Además de recoger los requisitos que debe cumplir una persona para tener la condición de refugiado, la convención también recoge en su primer artículo los casos en los que una persona cesará de tener tal condición y las excepciones que impedirán a una persona disfrutar de dicha condición a pesar de cumplir con los requisitos mencionados anteriormente.

Una persona dejará de disfrutar de la condición de refugiado cuando deje de cumplir con los requisitos mencionados anteriormente. Es decir, cuando ya no sufra de persecución por alguno de los motivos mencionados en el Punto A del artículo. Esto puede deberse a que dejar de sufrir persecución en su país o porque otro le ha ofrecido protección mediante la concesión de la nacionalidad.

Adicionalmente, existen tres motivos que impiden que una persona ostente la condición de refugiado pese a cumplir con los requisitos mencionados anteriormente. No podrán disfrutar de la condición de refugiados aquellas personas que, siendo residentes en un país, dispongan de los mismos derechos que los nacionales de dicho país. Es decir, que, aunque una persona residente en un país sufra de algún tipo de persecución de las descritas por la Convención, no será aplicable la misma si los nacionales del mismo país son tratados de la misma manera.

En segundo lugar, tampoco disfrutarán de la condición de refugiados aquellos individuos que actualmente reciban protección o asistencia de un órgano de las Naciones Unidas, distinto a ACNUR. La protección por vía de otro organismo de la ONU comúnmente ocurre con motivo de la especial necesidad de protección por parte de un colectivo de personas. Un ejemplo de dicha situación es la creación de la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina y Oriente Próximo (UNRWA).<sup>26</sup> Esta agencia fue creada en diciembre de 1949 con motivo del conflicto que tuvo lugar entre Israel y Palestina en el año 1948. Dicha agencia tiene como propósito esencial ayudar a los desplazados por el conflicto entre ambos países. Actualmente ofrece protección a aproximadamente 5,5 millones de refugiados palestinos.

Finalmente, quedará vetada la condición de refugiados a aquellas personas que, a pesar de sufrir de persecución por alguno de los motivos descritos anteriormente, hayan cometido una serie de delitos de carácter grave, o hayan cometido actos contrarios a las finalidades o principios de las Naciones Unidas. Es evidente el carácter sancionador de este precepto puesto que sanciona a personas que están siendo perseguidas con motivo de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas. Los Estados firmantes de la Convención han determinado que las personas que comenten este tipo de actos no merecen dicha protección.

El artículo 1 de la Convención es, sin duda, el más importante, puesto que define los elementos esenciales que debe reunir una persona para ser considerado un refugiado. Sin embargo, la convención contiene otros preceptos que también merecen mención, que son los siguientes: el artículo 2 determina los deberes de los refugiados en el país de acogida; el Capítulo II recoge la condición jurídica de los refugiados; el Capítulo III, los derechos económicos; el Capítulo IV algunos derechos sociales; el Capítulo V aspectos administrativos de respecto al acceso y a la estancia de los refugiados en el país de acogida. Conviene mencionar que el Capítulo VI recoge la prohibición de las llamadas devoluciones en caliente, que consisten la devolución de refugiados a los países por donde han cruzado la frontera sin cumplir con los trámites administrativos, y las garantías asociadas a los mismos, regulados en la Ley. Finalmente, el capítulo VII contiene las

---

<sup>26</sup> La UNRWA es una Agencia de Naciones Unidas que tiene como misión principal y casi exclusiva el auxilio de los refugiados derivados del conflicto entre Israel y Palestina que comenzó en 1948.

disposiciones finales del Convenio, que regulan, entre otros asuntos, la entrada en vigor de la Convención, la resolución de controversias, y las reservas a la Convención.

La convención de Ginebra de 1951 supuso la verdadera internacionalización de los Derechos de los refugiados ya que, por primera vez, hubo un tratado internacional de gran aceptación que obligaba a los distintos Países en esta materia. Si bien es cierto que, en un primer momento, se creó para afrontar el desastre de la Segunda Guerra Mundial y solo aplicaba a países europeos, tras los protocolos firmados en Nueva York en 1967<sup>27</sup> pasó a ser una convención verdaderamente internacional.

La Convención mantiene intacta su relevancia hoy en día, pues sigue estando vigente hoy en día, sin ninguna modificación desde su aprobación en 1951, salvo por los protocolos de 1967. Hoy en día, sigue siendo el texto de mayor difusión a escala mundial sobre esta materia y en él se basan las legislaciones nacionales de mayoría de países.

Sorprende que siga vigente sin modificaciones tras casi 70 años y más, teniendo en cuenta la evolución de los flujos migratorios desde entonces, el rápido avance que la sociedad ha experimentado desde entonces y los constantes cambios normativos que suceden hoy en día. Los motivos que han permitido esto son, en primer lugar, que el texto no ha sido elaborado de una forma excesivamente detallada, de forma que deja abierta la interpretación según mejor convenga a cada país y según vaya evolucionando el contexto histórico. En segundo lugar, se trata de un texto avanzado a su tiempo, pues incluye una serie de derechos que, en su tiempo fueron novedoso y que siguen vigentes hoy en día.

Sin embargo, hay ciertos países que sí se están planteando la utilidad de la convención a día de hoy, no por los derechos materiales que se les conceden a los refugiados una vez se les ha concedido dicho estatus. El principal problema al que se enfrentan los países hoy en día consiste en la entrada irregular de solicitantes de asilo por diferentes vías incluyendo el uso de traficantes de personas. El problema radica que la convención, con el principio de *non-refoulement* impide que los Estados devolver a los solicitantes de asilo a países donde sufren de persecución. Hoy en día una gran cantidad de solicitantes de asilo entran de forma ilegal en los países y, una vez dentro, formulan la solicitud de

---

<sup>27</sup> El protocolo de la Convención de Ginebra de 1951 no modifica su contenido, sino que se limitan a eliminar los límites temporales y geográficos establecidos en su redacción original

protección internacional, en vez de realizar el proceso de acuerdo con los procedimientos normales. Esto es evidente en la UE, donde una gran parte de los refugiados entra bien por vía marítima o por barco desde África o Turquía.



*Principales rutas de entrada de inmigración irregular en la UE*

*Fuente: Elaboración Propia*

## **5.2. Regulación sobre Refugiados de la UE**

La regulación de la Unión Europea sobre materia de refugiados está compuesta por cinco normativas que, en su conjunto, reciben el nombre de *Sistema Europeo Común de Asilo* o CEAS, por sus siglas de inglés. El desarrollo de dicha normativa se ha realizado en dos fases diferenciadas.

La primera de dichas fases comenzó en 1999 tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam y siguiendo las recomendaciones del Consejo Europeo de Tampere respecto a la plena aplicación del Convenio de Ginebra de 1951 y el protocolo de 1967 en el Derecho de la Unión. Esta fase tuvo como principal objetivo la creación de una base jurídica común para los Estados Miembros en materia de Refugiados que consistió en la armonización de las normativas nacionales sobre dicha materia además de la aprobación de regulación a nivel europeo.<sup>28 29</sup> El fortalecimiento de componente financiero y de la solidaridad entre países miembros también fue un elemento esencial de esta fase, que

<sup>28</sup> Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a la protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y;

Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar  
<sup>29</sup> (Comisión de las Comunidades Europeas, 2008)

cristalizó en el Fondo Europeo para los Refugiados. El Fondo Europeo para los Refugiados, vigente entre los años 2007 y 2013, nació con el objetivo de dotar de financiación a los países miembros en atención a la carga de refugiados que soportaba cada uno. A su vez, estos países debían invertir los fondos en mejorar el acogimiento y la integración de los solicitantes de asilo.

La segunda fase del CEAS comenzó en 2007 tras un periodo de reflexión, en el cual los Estados Miembros analizaron la efectividad de la primera fase y consensuaron la dirección que debía seguir la Unión en materia de Refugiados. La Comisión Europea de las Comunidades tomó la iniciativa de dicha fase mediante la elaboración del Libro Verde, que fue publicado por la Comisión Europea en 2007.<sup>30</sup> Dicho documento contiene la información de una consulta pública realizada a gran escala en la Unión y el análisis de la normativa ya implementada. El documento fue la base para el desarrollo un plan sobre políticas de asilo presentado en 2008.

El Plan detalla los tres pilares en los que se basa la CEAS: normas de protección internacional más armonizadas y de mejor calidad; cooperación práctica y efectiva entre Estados Miembros y el fomento de la solidaridad y la responsabilidad. A pesar del carácter orientativo de dicho Plan, no constituye una norma jurídica vinculante, ni contiene detalle suficiente para que los estados miembros puedan plasmarlo en normas jurídicas sin que se produzcan diferencias insalvables en la regulación de los diferentes Estados, por ello, la Unión ha plasmados las directrices y las políticas de dicho plan en distintas normas que componen lo hoy es el Sistema Europeo Común de Asilo.

Dicha normativa es la siguiente:

- Directiva 2011/95/UE, por la que se establecen normas respecto al reconocimiento de los beneficiarios de protección internacional y un estatuto uniforme para los refugiados, entre otros y, el contenido de la protección concedida.
- Reglamento (UE) N° 603/2013, relativo al Eurodac o base de datos europea para recoger las huellas dactilares de los solicitantes de asilo

---

<sup>30</sup> Comisión Europea. (2001). *Libro Verde*. Bruselas.



- Reglamento (UE) N° 604/2013 o Dublín III, Relativo a la determinación del país responsable procesar la solicitud de asilo los refugiados
- Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos de concesión o retirada de la protección internacional
- Directiva 2013/33/UE, sobre las normas para la acogida de solicitantes de asilo.

### **5.2.1. Directiva 2011/95/UE – Estatuto del Refugiado**

La Directiva 2011/95/UE modifica la Directiva 2004/83/CE, mediante la cual se establecen normas mínimas a nivel comunitario en relación con el reconocimiento y el estatuto para los refugiados. El objetivo de esta directiva es homogeneizar las distintas normas nacionales, estableciendo ciertas normas básicas de obligado cumplimiento, para el reconocimiento de los refugiados. Busca que los Estados de la Unión apliquen criterios comunes a la hora de identificar a aquellas personas merecedoras del estatus de refugiado. Como segundo objetivo, busca establecer un nivel de ayudas mínimo común a los distintos estados, para así evitar o limitar lo máximo posible los desplazamientos internos de refugiados en la Unión. Para ello, se basa en gran parte en la Convención de Ginebra de 1951, llegando a copiar algunos artículos casi en su totalidad.

Además, la directiva especifica algunos términos de la Convención de Ginebra de 1951 y otros instrumentos internacionales que sufren de cierta indeterminación. Entre otros términos, define qué es la “persecución”; “protección interna”; “motivos de persecución” o el concepto de qué es la “pertenencia a un determinado grupo social”. Adicionalmente, desarrolla una serie de conceptos que, si bien ya se mencionan en la Convención, no estaban suficientemente desarrollados. La directiva también incluye diversas resoluciones de Naciones Unidas que también aclaran el sentido de algunos conceptos indeterminados en la Convención de Ginebra de 1951.

En relación con la Convención, la Directiva prácticamente calca la definición de refugiado realizada en el artículo 1 de dicha Convención. También son iguales en ambas normas los artículos relativos a la cesación y la exclusión de la condición de refugiado. Se han equiparado los motivos que dan lugar, tanto la concesión, como la retirada de la condición de refugiado. Esto significa que lo esencial ambas regulaciones es igual y que las diferencias existentes en las mismas se limitan a elementos secundarios. Esto no

sorprende puesto que la normativa de la UE no debe contravenir los tratados y convenios internacionales firmados por la Unión. Sin embargo, la UE tiene la posibilidad de establecer normas más favorables que las establecidas en la Convención y ha decidido no hacerlo. Esto denota el carácter conservador del legislador europeo en cuando al acceso de personas de terceros países al espacio de libertad, seguridad y justicia puesto que la definición de refugiado no ha variado desde 1951, hace ya casi 70 años.

Además de la definición de refugiado y los motivos por los que una persona deja de serlo, hay dos áreas adicionales en las que existen grandes similitudes entre las dos normas: el principio de non-refoulement o no devolución y los derechos y libertades de los refugiados en el país de acogida.

En cuanto al principio de no devolución, la directiva establece en su artículo 21.1 lo siguiente: “Los Estados miembros respetarán el principio de no devolución con arreglo a sus obligaciones internacionales.” Este artículo, que carece de cualquier tipo de contenido, hace clara referencia a la Convención de Ginebra de 1951, ya que todos los países de la UE han ratificado dicha convención y esta sí que determina el sentido de la prohibición de la devolución. Lo hace de la siguiente en el artículo 33 de la siguiente forma:

*“1. Ningún Estado Contratante podrá, por expulsión o devolución, poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social, o de sus opiniones políticas.”*

Cuando ninguna norma internacional prohíba en un determinado caso concreto la devolución del refugiado, la directiva obliga a que dicha devolución se deba a motivos de seguridad del Estado o porque tenga en su contra una sentencia condenatoria firme, que establezca que ha cometido algún delito de especial gravedad, que implique que esa persona constituye un peligro para la comunidad del estado donde pretenda invocar su condición de refugiado.

Los derechos de los refugiados dentro del país de acogida también están regulados de forma muy similar en ambos textos. Tanto la Directiva como la Convención recogen de forma explícita el derecho al empleo, a la educación, asistencia sanitaria, libertad de

circulación, a la vivienda y documentos de viaje, entre otros. Desde 1951 han cobrado importancia una serie de casuísticas que han, si bien no estaban recogidas en la Convención, sí han tenido reflejo en la Directiva de la UE. El carácter más moderno de la regulación de la UE ha proporcionado una serie de derechos que son, entre otros, los siguientes: el derecho al mantenimiento de la unidad familiar, la protección social o los derechos tendentes a asegurar la protección y el bienestar de los menores no acompañados.

Las similitudes entre ambos textos legales son numerosas, aunque también hay ciertas diferencias importantes entre los textos legales que se deben, esencialmente, a que entraron en vigor en contextos históricos distintos y debido a la naturaleza de los textos legales en cuestión. Ejemplo de ello son las numerosas referencias a la Segunda Guerra Mundial que contiene la Convención de 1951, ninguna de las cuales ha sido mantenida en la Directiva. El convenio también contiene cláusulas relativas a su ratificación y entrada en vigor o reciprocidad, entre otras, que son propias de los tratados o convenios internacionales y que no tienen lugar en una directiva de la UE.

La directiva contiene una serie de elementos que no tiene la Convención. El primero es una serie de definiciones detalladas en referencia a conceptos que son mencionados en la Convención, pero que son detallados en la misma. La Directiva detalla los conceptos de “protección internacional”, “estatuto de refugiado”, “miembro de la familia” o “menor no acompañado”, entre otros.

El segundo elemento importante que diferencia a la Directiva de la Convención es el desarrollo, en su capítulo II, de los elementos que determinan la evaluación de las solicitudes de protección internacional de los refugiados. Dentro de este capítulo, se detallan los derechos y deberes que tienen, tanto el candidato a refugiado como del Estado al que solicita protección. En concreto, se establece el deber del candidato a refugiado de probar que cumple con los requisitos establecidos legalmente para acceder a dicha condición y en qué situaciones excepcionales no es necesario cumplir totalmente con dichos deberes probatorios.

En este capítulo también se define quienes son los agentes de persecución o causantes de daños graves y quienes son los agentes de protección.

Finalmente, la novedad más importante de la Directiva respecto a la Convención es la introducción del estatuto o régimen de protección subsidiaria. De acuerdo con la propia norma, la protección subsidiaria es:

*“un nacional de un tercer país o un apátrida que no reúne los requisitos para ser refugiado, pero respecto del cual se den motivos fundados para creer que, si regresase a su país de origen o, en el caso de un apátrida, al país de su anterior residencia habitual, se enfrentaría a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves definidos en el artículo 15...”*

Por tanto, tienen derecho a la protección subsidiaria todas aquellas personas que no cumplan los requisitos para ser concedidos el estatuto de refugiados pero que, al igual que los refugiados, estén en riesgo de sufrir graves daños si no se les otorga protección internacional. Los daños graves establecidos en el artículo 15 son la pena de muerte, la tortura, tratos inhumanos o degradantes y las amenazas graves e individuales contra la vida o la integridad física.

Los motivos que dan lugar a la cesación y la exclusión del derecho a la protección subsidiaria son, en esencia, los mismos que para la cesación y la exclusión del derecho a ser un refugiado. Existen algunas distinciones menores, en el sentido de los actos cometidos para ser excluidos del derecho a ser un refugiado deben conllevar una mayor gravedad. Sin embargo, las diferencias carecen de importancia material y están abiertas a la interpretación en un sentido y en el contrario.

Por este motivo considero que lo que ha pretendido el legislador europeo al hacer distinción entre la protección al refugiado y la protección subsidiaria es mantener el contenido respecto al primero igual que tal y como se establece en la Convención de Ginebra de 1951. Es decir, el legislador ha querido ampliar la protección internacional a personas que, si bien no están en una situación tan extrema como los refugiados, también están en una situación muy difícil. Sin embargo, han querido dejar la regulación del refugiado tal y como la establece la convención. Esto se puede deber a que, dado que la Convención es un instrumento que ha gozado de una gran difusión y que han ratificado la mayoría de los países, no querían dificultar la interpretación de la legislación de la UE sobre dicho tema.

Al no modificar lo contenido en el Convenio de 1951, el legislador ha querido dar seguridad jurídica, puesto que, de esta manera, todas las sentencias a nivel nacional e internacional mantienen su vigencia. Es decir, si no se modifica la norma en gran medida, no cambia lo que esté asociado a ella. De esta manera, el legislador consigue el doble objetivo de dotar al sistema de seguridad jurídica a la vez que otorga una mayor protección a aquellas personas que lo necesitan.

### **5.2.2. Reglamento (UE) N° 603/2013<sup>31</sup> – Eurodac**

Este es un reglamento de carácter instrumental para la determinación del país responsable de procesar la solicitud protección internacional. El reglamento dicta que debe crearse un sistema informático centralizado a nivel de la Unión que recoja datos de los solicitantes que permita su identificación. Quizás, la marca más importante sea la huella dactiloscópica, ya que permite identificar a una persona de forma inequívoca, pero también recoge, entre otros, datos tales como el sexo del solicitante, la fecha de la solicitud o hechos relevantes sobre su solicitud.

Además de la identificación de solicitantes de protección internacional, el sistema Eurodac también puede ser utilizado para la identificación de los autores de delitos especialmente graves, tales como delitos de terrorismo.

Dada la sensibilidad de la información contenida en el sistema Eurodac, el reglamento prevé la comparación de información dactiloscópicas con la información contenida en el Eurodac solo en los casos estrictamente necesarios y, adicionalmente, establece un procedimiento de control del acceso al sistema. El procedimiento de control determina que cada Estado miembro debe designar las Autoridades Nacionales con poder para acceder al sistema. Cuando deseen acceder al sistema, la Autoridad Nacional deberá presentar una solicitud a una Autoridad Verificadora Nacional, que gozará de independencia en la toma de decisiones. En caso de considerar justificada la solicitud, la Autoridad Verificadora deberá enviarla al Sistema Central, que dará acceso a la Autoridad Nacional.

---

<sup>31</sup> Reglamento (UE) No 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 De Junio de 2013 relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares.

No es posible concebir este reglamento sin el Reglamento (UE) N° 604/2013 sobre los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección presentada por el nacional de un tercer país, puesto que sistema se creó, precisamente, para facilitar la aplicación de este reglamento.

### **5.2.3. Reglamento (UE) N° 604/2013<sup>32</sup> – Convención de Dublín II**

Toda solicitud de protección internacional, ya sea presentada en el territorio de un Estado miembro, en la frontera o, en una zona de tránsito, debe ser examinada por un solo Estado miembro. Este reglamento establece los criterios para determinar el Estado miembro responsable del examen de la solicitud de protección internacional. El reglamento establece un sistema de criterios jerárquico para determinar el Estado miembro responsable. La jerarquía es la siguiente:

1. Menores no acompañados. Será responsable aquel Estado miembro en el que resida legalmente un familiar del menor o un hermano, siempre que ello redunde en el interés superior del menor. A falta de un familiar, será responsable el Estado miembro en el que el menor hubiera presentado la solicitud.
2. Familiares de beneficiarios de protección internacional. Cuando un Estado miembro haya concedido protección internacional a una persona, también será responsable de examinar la solicitud de protección internacional de sus familiares.
3. Familiares de solicitantes de protección internacional. Si un solicitante tuviera familiares que hubieran solicitado protección internacional en otro Estado miembro y la solicitud esté pendiente de decisión, será responsable de examinar la solicitud el mismo Estado que estuviera examinando la solicitud de los familiares, siempre que el solicitando así lo desee.
4. Solicitud de una familia. Si se da el caso de que varios miembros de una familia presentan una solicitud de protección internacional a la vez o en fechas suficientemente cercanas y la aplicación de Reglamento (UE) N° 604/2013 hubiera determinado que serían responsables Estados miembros distintos, aplicará lo siguiente. Será responsable de examinar las solicitudes de todos los familiares

---

<sup>32</sup> Reglamento (UE) No 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida

el Estado miembro responsable de examinar la solicitud del familiar que se quede a cargo de la mayoría de los miembros de la familia. En su defecto, será examinada las solicitudes de todos los familiares el Estado miembro responsable de examinar la del mayor de ellos.

5. Documentos de residencia y visados. Con carácter general, el Estado que haya expedido un documento de residencia o un visado será responsable de examinar la solicitud de protección internacional de la persona titular de dicho documento.
6. Entrada irregular en un Estado miembro. Cuando se determine que un solicitante de protección internacional haya entrado en un Estado miembro de forma irregular, será responsable el Estado miembro a cuyo territorio hubiera entrado de forma irregular durante los siguientes 12 meses a dicha entrada. Si después de el periodo de 12 meses, el solicitante hubiera vivido en uno o varios Estados miembros por un periodo igual o superior a 5 meses, será responsable el último Estado miembro donde haya residido el solicitante durante esa cantidad de tiempo.
7. Dispensa de la obligación de visado de entrada. En dicho caso, será responsable el Estado miembro que haya dispensado de dicha necesidad al solicitante.
8. Zona de tránsito internacional de un aeropuerto. Re caerá en el Estado miembro al que pertenezca la zona de tránsito.

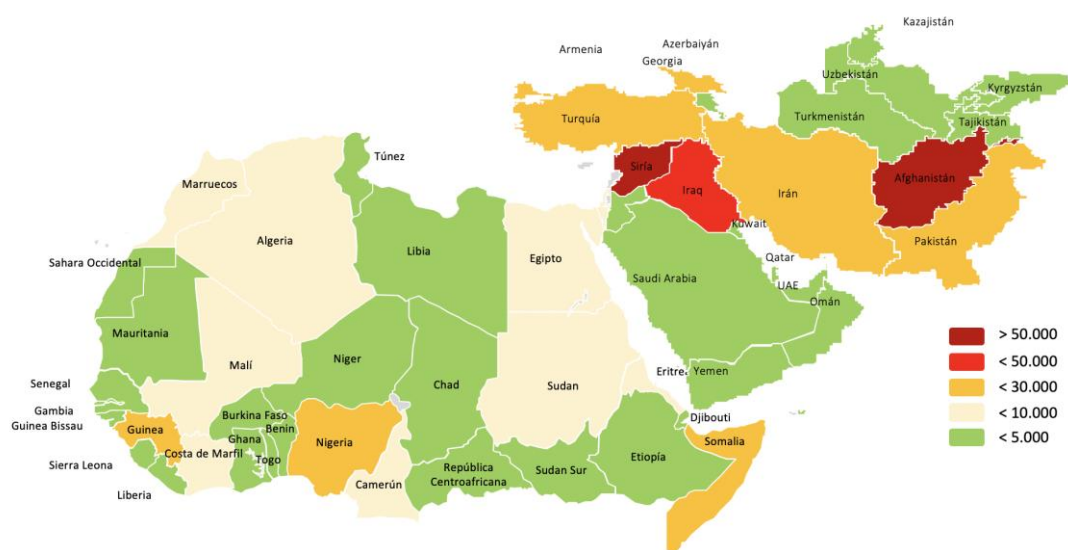
Analizando el mecanismo de determinación del Estado miembro responsable de analizar las solicitudes de protección internacional, podemos advertir un gran problema de este Reglamento y otro de, quizás, menor importancia.

El gran problema de este reglamento tiene raíz en que gran parte de las solicitudes de asilo se realizan en la frontera de los Estados miembros con terceros países. Esto supone que los países de la UE que comparten frontera con dichos países, especialmente con los del continente africano y asiático, asumen la gran mayoría de la carga de procesamiento de las solicitudes. Durante el año 2019, según datos de Eurostat<sup>33</sup>, la UE recibió un total de 612.700 primeras solicitudes de asilo, de las cuales casi 200.000 vinieron de Siria, Iraq, Afganistán o Nigeria. Aunque estos países no comparten frontera con la UE, sus

---

<sup>33</sup> Eurostat. (2020). Obtenido el 11/04/2020 de [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum\\_statistics#Number\\_of\\_asylum\\_applicants:\\_increase\\_in\\_2019](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Asylum_statistics#Number_of_asylum_applicants:_increase_in_2019)

ciudadanos logran llegar a países que sí comparten frontera y, desde ahí, tratan de cruzarla y presentar sus solicitudes de asilo.



*Número de Nuevas Solicitudes de Asilo en la UE por país*

*Fuente: Elaboración Propia*

En épocas de especial estrés migratorio, como en 2015, cuando más de 1.200.000 personas solicitaron asilo a algún país de la UE, aquellos países que comparten frontera con países de la región africana o de Asia Occidental, no disponen de recursos suficientes para afrontar dicha situación. Por ello, sería necesario modificar el Reglamento (UE) 604/2013 para establecer un mecanismo que permita la distribución de las solicitudes de asilo en épocas en las que el flujo migratorio sea especialmente alto. Otra opción sería que los países que no sufran tanta presión migratoria ofreciesen recursos a aquellos países fronterizos.

Desde mi punto de vista, la modificación del Reglamento en este sentido es algo necesario y justo, puesto que una vez dentro de la Unión, las personas pueden circular libremente. Por ello, una operativa eficaz en relación el proceso de determinación de a quién debe concedérsele asilo y a quien no, resultaría beneficioso para el conjunto de la Unión.

Además, la concesión de protección a refugiados ha sido una causa de tensión política y social dentro de la Unión que ha tenido como consecuencia la proliferación de partidos



políticos de extrema derecha. Esto ha sucedido en mayor medida en aquellos países que han acogido a un mayor número de refugiados o que han sufrido en mayor medida la presión migratoria. Un mejor reparto de dicha presión favorecería una disminución de dicha tensión y ayudaría a mantener en el poder a partidos moderados pro Unión Europea.

#### ***5.2.4. Directiva 2013/32/UE sobre procedimiento para la concesión de protección internacional<sup>34</sup>***

Esta directiva, que modifica una directiva del 2005, establece procedimientos comunes para conceder y retirar la protección internacional en los distintos países de la Unión conforme a la directiva 2011/95/UE. Es una directiva de carácter eminentemente procesal que regula todo lo relativo al procedimiento de concesión de protección internacional, desde que se recibe la solicitud, hasta que se concede la protección. Algunos de sus elementos más importantes son los siguientes:

1. La Directiva establece plazos cerrados en los cuales los países deben responder a la solicitud de protección, de manera que no se permite que dicho procedimiento se dilate en el tiempo indefinidamente. Durante el procedimiento, el solicitante podrá permanecer en el territorio del Estado miembro que examine su solicitud al menos hasta que se dicte una resolución sobre la misma. Adicionalmente, el solicitante tendrá derecho a ser informado acerca de sus derechos en un idioma que comprenda, se les permitirá ponerse en contacto con ACNUR u otras entidades similares, ni podrá serles negado el asesoramiento jurídico.
2. Los solicitantes de asilo tendrán derecho a tener una entrevista personal con las autoridades competentes para la resolución de su solicitud. En la entrevista podrán presentar los elementos probatorios que consideren oportunos para fundamentar su solicitud.
3. En primera instancia, los Estados miembros deberán proporcionar información jurídica gratuita a los solicitantes, en caso de que lo soliciten. En segunda instancia, los Estados miembros deberán proporcionar asistencia jurídica gratuita a los solicitantes, en caso de que lo soliciten, de acuerdo con el derecho nacional de cada país.

---

<sup>34</sup> Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la

4. El reglamento contiene una serie de garantías adicionales para personas especialmente vulnerables, incluidos los menores de edad no acompañados, a los que se deberá proporcionar un representante.
5. Un solicitante de protección internacional no podrá ser internado si el único motivo de su internamiento consiste en ser un solicitante de protección internacional. Si, de acuerdo con la directiva 2013/33/UE, se permite el internamiento de un solicitante de asilo, se deberá resolver su solicitud mediante un procedimiento rápido de revisión de la solicitud.

De esta directiva cabe decir que es muy garantista hacia el solicitante de asilo y que cubre suficientemente las necesidades que pueda tener. Sin embargo, en situaciones de máxima presión migratoria, los países miembros no son capaces de cumplir con algunas de las obligaciones contenidas en la directiva. En numerosos casos se ha excedido el tiempo límite para resolver las solicitudes y no se ha proporcionado a los solicitantes con las garantías mínimas exigibles. Adicionalmente, es bien sabido que algunos centros de internamiento no cumplen con los requisitos de habitabilidad. El problema no es la regulación en sí misma, sino la falta de esfuerzo por el conjunto de los países miembros en cumplir con la misma.

#### ***5.2.5. Directiva 2013/33/UE sobre normas para la acogida de los solicitantes de protección<sup>35</sup>***

Esta directiva establece para el acogimiento de los solicitantes de protección internacional y contiene derechos y obligaciones, tanto de los solicitantes, como de las autoridades nacionales en cuanto a la estancia de los solicitantes en su territorio. Mediante la directiva, la Unión pretende que haya una serie de normas mínimas en todos los países de la Unión que garanticen un trato digno a los solicitantes. Además, mediante el establecimiento de normas uniformes se pretende minimizar los desplazamientos internos de personas que tienen como consecuencia que algunos países soporten una parte desproporcionada de los costes asociados a los movimientos migratorios.

---

<sup>35</sup> Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional

Los solicitantes de protección internacional podrán desplazarse libremente por el territorio del país de acogida o dentro de una parte de dicho territorio, en su caso. Esto supone que un solicitante no podrá ser internado, salvo que sea absolutamente necesario, de acuerdo con alguna de las razones tasadas en esta directiva. Se podrá ingresar un solicitante durante el tiempo que se tarde en verificar datos relativos a su solicitud cuando haya riesgo de fuga. También durante el tiempo que se tarde en decidir si se deja al solicitante entrar en el territorio de un Estado y cuando esté en un procedimiento de retorno, durante el tiempo que se tarde en preparar el proceso de expulsión. Además, podrán ser internados cuando supongan un peligro para la seguridad nacional o el orden público.

Los menores de edad también podrán ser internados, aunque solo como medida de último recurso, es decir, cuando ninguna otra medida menos coercitiva permita lograr los objetivos que se pretenden. Los menores no acompañados solo podrán ser internados en situaciones excepcionales y deberán ser separados de los adultos en caso de que compartan un mismo centro de internamiento. En caso de que un menor sea internado, deberá poder participar en actividades de ocio propias de su edad y, cuando sea posible, deberán ser internados en centros especializados que tengan en cuenta las necesidades propias de personas de su edad. Adicionalmente, al contrario que los adultos, los menores no podrán ser internados en centros penitenciarios en ningún caso.

El tiempo que el solicitante permanezca en internamiento debe ser el más breve posible y cualquier retraso en el procedimiento que no le sea atribuible no podrá suponer un aumento del tiempo de internamiento. El internado deberá ser informado por escrito en un idioma que entienda de las razones legales de su internamiento y de la posibilidad de obtener asistencia jurídica gratuita. El internamiento deberá realizarse en centros especializados y solamente cuando esto resulte inviable, podrán los Estados miembros recurrir a centros penitenciarios. Si se da este caso, los solicitantes deberán ser apartados de los presos comunes.

La directiva otorga una serie de derechos a los solicitantes mientras permanezcan en el territorio del Estado. En primer lugar, obliga a los Estados miembros a mantener la unidad familiar de los solicitantes en caso de que se les facilite alojamiento. Los menores tendrán acceso al sistema escolar en condiciones similares a la de los propios nacionales y, en

caso de que lo necesiten, se les ofrecerán clases de idiomas para facilitar su integración en la sociedad y en el sistema escolar.

Los estados miembros deberán dar acceso a los solicitantes al mercado laboral. Sin embargo, siempre y cuando esté en línea con las políticas laborales del Estado miembro, éste podrá dar prioridad a los ciudadanos de la Unión y sus nacionales. Adicionalmente, los Estados miembros deberán permitir el acceso a la formación profesional incluso cuando los solicitantes todavía no tengan acceso al mercado laboral de un Estado miembro. Finalmente, los Estados miembros deberán velar por que los solicitantes tengan condiciones materiales de acogida suficientes para su subsistencia y también les proporcionarán atención sanitaria básica, en línea con lo ofrecido para los nacionales de cada país.

El análisis en profundidad de esta directiva lleva a la conclusión de, en general, es una norma de un carácter garantista. En términos generales otorga a los solicitantes de protección internacional una serie de derechos, tales como la libre circulación, educación y acceso al mercado laboral que facilitarán su estancia en el país mientras se procesa su solicitud. Sin embargo, en algunos casos permite anteponer los intereses de los ciudadanos de la Unión y de los nacionales en materia laboral cosa que, en algunos países con una tasa de paro estructural elevada como España, impedirá, de facto, el acceso al empleo de los solicitantes.

Es cierto que las medidas de internamiento deben aplicarse solo en caso de que sea estrictamente necesario y cuando se den una serie de motivos tasados. Sin embargo, la Directiva remite al derecho nacional la determinación de los motivos que dan lugar a dicho internamiento. Esta remisión realizada de forma tan abierta abre la posibilidad de que los Estados miembros legislen sin atender al espíritu de esta normativa y, en la práctica, suponga que la mayor parte de los solicitantes de protección internacional sean ingresados en centros de internamiento o, incluso, penitenciarios si los Estados no hacen el esfuerzo de crear centros especializados.

Un problema adicional al que se enfrentan los solicitantes de asilo a la hora de reivindicar los derechos que la legislación europea les otorga es el retraso con el que muchos Estados miembros transponen las directivas a su normativa nacional. Si bien es cierto que, en

teoría, la no transposición de la directiva no debería suponer un impedimento para la reivindicación de los derechos puesto que los Estados miembros siguen estando obligados por el efecto directo vertical de las directivas, realmente sí lo dificulta puesto que las personas solamente podrán reclamar aquellos derechos que las directivas otorguen de forma clara, precisa e incondicional. Adicionalmente, la no transposición ataca la seguridad jurídica de los solicitantes puesto que dificulta la interpretación de las normas. La no transposición de las directivas dentro de plazo no es un problema de una minoría de países puesto que, a modo de ejemplo, en 2015 se abrió un expediente sancionador a 19 países, incluido España, por no transponer la Directiva 2013/33/UE dentro de plazo<sup>36</sup>.

### **5.3. Regulación Española sobre los refugiados**

La Constitución Española carece de contenido sobre el derecho de los refugiados en España y remite, en su artículo 13.4, su completa regulación a la Ley. En este sentido, el derecho de asilo y protección subsidiaria viene recogido en la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo y la protección subsidiaria.<sup>37</sup>

Según lo establecido en los apartados anteriores, la Unión Europea dispone de amplias competencias en materia de derecho de asilo y protección subsidiaria. En este sentido, las normas europeas abarcan prácticamente todos los elementos relacionados con esta materia, dejando poco espacio para la regulación nacional. Sin embargo, dado que la naturaleza de las normas de la Unión sobre esta materia es ser normas de mínimos, sí que permiten a los Estados Miembros introducir normas más favorables para los solicitantes de asilo y protección subsidiaria que las contenidas en las mismas. En este sentido, la Ley 12/2009 viene a transponer la normativa de la Unión, sin ofrecer grandes innovaciones, pero sí adaptando y mejorando algunas prestaciones teniendo en cuenta la situación concreta de España dentro de la Unión.

Esta Ley concede a ACNUR una importancia mayor que la regulación de la Unión Europea, dotándola de un lugar destacado y privilegiado frente a otras asociaciones con finalidades similares. Además, introduce in marco legal que enfatiza la importancia de el

---

<sup>36</sup> RTVE. (2015). Obtenido el 11/04/2020 de <https://www.rtve.es/noticias/20150923/comision-europea-abre-expediente-espana-otros-18-paises-incumplir-normas-asilo/1225204.shtml>

<sup>37</sup> Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

reasantamiento de los refugiados, marcado por la solidaridad que debe existir con la Comunidad Internacional en la búsqueda de soluciones a largo plazo.

De esta norma hay que destacar que recoge en un solo texto normativo diversas normas de la Unión Europea, de modo que facilita el análisis de los derechos de los refugiados y de los solicitantes de asilo. Sin embargo, desde la entrada en vigor de esta Ley, se han aprobado nuevos Reglamentos y Directivas a nivel europeo que modifican las normas europeas en las que está basada esta Ley. En este sentido, convendría actualizar esta norma conforme a los nuevos preceptos provenientes de la Unión en aras de una mayor seguridad jurídica y el cumplimiento de los compromisos europeos.

## 6. CONCLUSIONES

I. Desde mi punto de vista, considero que la regulación sobre la migración por motivos económicos no está suficientemente homogeneizada a nivel internacional. Puesto que la migración es un fenómeno que irá aumentando a medida que la globalización llegue a los últimos territorios donde todavía parece que no ha llegado por completo y, debido a las desigualdades existentes entre naciones ricas y pobres, es inevitable que la presión migratoria aumente. No solo habrá migración entre naciones ricas y pobres, sino que la migración es y será en mayor medida un fenómeno que sucede desde todo tipo de naciones y hacia todo tipo de naciones.

Esto hace necesario que la Comunidad Internacional decida sobre qué principios o qué normas deben guiar el trato hacia aquellas personas que deciden dejar su nación con el objetivo de buscar oportunidades en otras naciones. En este sentido, considero que no es necesario aprobar nuevos tratados internacionales sobre la materia puesto que algunos de los ya vigentes, como la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (ICRMW) ya contienen un marco jurídico de mínimos que asegura un trato justo para todos los migrantes. En este sentido, es necesario lograr que aquellos países que no ha ratificado esta Convención y otros instrumentos internacionales sobre la materia ratificasen el acuerdo. Para lograr la ratificación, el Convenio quizás deba ser modificado en aquellos puntos más conflictivos en aras de una mayor universalidad, aunque ello suponga disminuir algunos derechos contenidos en estos instrumentos.

II. La Unión Europea debe apoyar a los países de origen de los migrantes si no quiere ser desbordada por la presión migratoria en un futuro. La Unión comparte frontera terrestre y/o marítima con el continente africano y con el asiático y, considerando que algunos países de esos territorios están abocados a una explosión demográfica y que es probable que los mercados laborales de esos países no puedan absorber a todas las personas en edad de trabajar, es muy probable que grandes cantidades de sus habitantes se desplacen hacia la UE en búsqueda de mejores oportunidades. Considerando las limitaciones que ha mostrado la Unión a la hora de acoger a inmigrantes y que, en algunos países, la inmigración tiene un efecto de radicalización de la propia población del país, es

necesario que la Unión busque formas de mitigar el flujo de migrantes futuros hacia la misma.

En este sentido, considero que la mejor forma de lograr este objetivo es consiguiendo que los países de origen de los migrantes sean capaces de proporcionar a sus ciudadanos con oportunidades, de forma que no tengan que emigrar a terceros países para prosperar. En este sentido, es importante ayudar los países de origen a llevar a cabo las políticas necesarias para el avance de la sociedad y ayudar con la financiación de aquellos proyectos esenciales para el desarrollo de los países. Sin embargo, lo más importante que pueden hacer la Unión es proporcionar la formación necesaria a los migrantes para que aumenten su productividad y para que cuando vuelvan a sus países de origen puedan realizar un oficio. La combinación de estos tres factores contribuirá a que haya oportunidades en los países de origen y a que las naciones de dichos países tengan las capacidades necesarias para aprovechar las oportunidades.

III. Se debe realizar un mayor esfuerzo para lograr una integración adecuada de los inmigrantes en España. España es un país con una tasa de nacimientos muy reducida y con una población cada vez más envejecida. Esto causa multitud de problemas a nivel estructural, por ejemplo, la cantidad relativa de personas en edad de trabajar en comparación con la cantidad de personas que no están en edad de trabajar cada vez es menor. Como consecuencia, una proporción cada vez más reducida de personas tiene que mantener al resto de la población del país. La inmigración es una solución evidente a este problema puesto que los inmigrantes son, en su mayor parte, personas jóvenes. Sin embargo, muchos de ellos llegan a nuestro país sin las habilidades necesarias para acceder al mercado laboral o para acceder a los empleos peor remunerados.

En este sentido, es importante dotar a los inmigrantes, a sus hijos y familiares de la formación necesaria para que puedan tener acceso al mercado laboral, puedan desarrollarse como personas e integrarse de forma efectiva en la sociedad. En este sentido, creo que sería oportuno proporcionar a los migrantes con cursos de idiomas u otros relacionados con aquellos aspectos que les resulten más complicados de cara integrarse en la sociedad. A su vez, es necesario convencer a la población de que este tipo de iniciativas son necesarias, puesto que en ocasiones este tipo de medidas provocan recelo en algunos ciudadanos del país de acogida. Es necesario, mostrar que el coste de no



integrar a los inmigrantes es mucho mayor que el gastado en lograr una adecuada integración de los mismos.

IV. Si bien la regulación sobre los derechos de los solicitantes de asilo y de protección subsidiaria está mucho más desarrollada a nivel internacional que la de los migrantes económicos, no se está logrando la efectividad deseada, especialmente en momentos de especial presión migratoria.

Considero que la regulación internacional acerca de los derechos de los refugiados, plasmada en la Convención de Ginebra de 1951, regula con suficiente profundidad sus derechos, tiene un alcance adecuado y concede a los refugiados los derechos necesarios para escapar de la situación en la que se encuentran. Por tanto, no es necesario modificar el marco jurídico, ya que las complicaciones derivadas de su modificación son mucho mayores que los efectos positivos adicionales que puede traer.

Sin embargo, se está fracasando en la aplicación práctica de dicha regulación, especialmente en momentos de especial presión migratoria, por falta de medios suficientes para atender a todas las solicitudes y para acoger a las personas que solicitan protección. Esto ha sido evidente dentro de la Unión Europea, que ha sido incapaz de resolver de manera adecuada la crisis de los refugiados de 2015. En este sentido, algunos países, dentro de los cuales está España, han recurrido de forma recurrente a las devoluciones en caliente de migrantes sin dotarles de la oportunidad de presentar sus solicitudes de asilo, conforme a la regulación vigente. En este sentido, es necesario dotar de medios suficiente a los países que compartan frontera con terceros países a la Unión y que se implanten sistemas que ayuden a que haya un reparto equitativo de la carga migratoria.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

### Legislación

Asamblea General de Naciones Unidas. (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*.

Constitución Española de 1978.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990).

Convenio de la OIT sobre los trabajadores migrantes 1949.

Convenio de la OIT sobre los trabajadores migrantes 1975.

Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998.

Declaración Universal Derechos de los Humanos (1948).

Directiva 2002/90/CE sobre el delito de ayuda a la entrada, circulación y estancia de irregulares.

Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar.

Directiva 2009/50/CE sobre trabajadores altamente cualificados.

Directiva 2011/95/UE, por la que se establecen normas respecto al reconocimiento de los beneficiarios de protección internacional y un estatuto uniforme para los refugiados, entre otros y, el contenido de la protección concedida.

Directiva 2011/98/UE relativa al permiso común de residencia y trabajo.

Directiva 2013/32/UE, sobre procedimientos de concesión o retirada de la protección internacional.

Directiva 2013/33/UE, sobre las normas para la acogida de solicitantes de asilo.

Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Reglamento (UE) N° 603/2013, relativo al Eurodac o base de datos europea para recoger las huellas dactilares de los solicitantes de asilo.

Reglamento (UE) N° 604/2013 o Dublín III, Relativo a la determinación del país responsable procesar la solicitud de asilo los refugiados.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (2010).

UNHCR. (2010). *Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees*. Ginebra: Communications and Public Information Service.

### **Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal Constitucional nº 236/2007.

### **Obras Doctrinales**

Agenda Europea para la Integración (2011).

Ahrens, H. (1873). *Curso de Derecho Natural*. París.

Cano, M. Á. (2010). Protección internacional de los Derechos Humanos de los trabajadores migratorios. *Persona y Derecho*(63), 137 a 162.

Comisión de las Comunidades Europeas. (2008). *Policy Plan on Asylum. An Integrated Approach to Protection Across the EU*. Bruselas.

División de Protección de ACNUR. (1979). *Manual de Procedimientos y Criterios para Determinar La Condición de Refugiado en virtud de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados*. Ginebra.

Garrote, M. F. (2011). *Los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros en el nuevo marco legal e interpretativo de la Constitución Española*. Albacete: Facultad de Derecho de Albacete.

Namihas, S., Santiago, J. R., Vélez, F. G., Arboleda, E., Andrade, J. H., & Correa, P. R. (2001). *Derecho Internacional de los Refugiados*. Pontificia Universidad Católica del Perú Instituto de Estudios Internacionales.

Unión Interparlamentaria. (2015). *Migración, derechos humanos y gobernanza*. Unión Interparlamentaria.

Unión Interparlamentaria. (2015). *Migración, derechos humanos y gobernanza*. Ginebra: Unión Parlamentaria.

### **Recursos de internet**

ACNUR. (2020). *ACNUR*. Recuperado el 2020, de <https://www.acnur.org/es-es/el-acnur.html>

ACNUR. (2020). *ACNUR*. Recuperado el 2020, de <https://www.acnur.org/es-es/historia-del-acnur.html>

Eurostat. (2020). *Eurostat*. Recuperado el 21 de Marzo de 2020, de <https://ec.europa.eu/eurostat/statistics->

explained/index.php/Asylum\_statistics#Number\_of\_asylum\_applicants:\_increase\_in\_2019

Organización Internacional para las Migraciones. (18 de Abril de 2020). *OIM*. Recuperado el 18 de April de 2020, de <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>  
Organización Internacional para las Migraciones. (2020). *Organización Internacional para las Migraciones*. Recuperado el 8 de Abril de 2020, de <https://www.iom.int/es/quien-es-un-migrante>

RTVE. (2015). <https://www.rtve.es/noticias/20150923/comision-europea-abre-expediente-espana-otros-18-paises-incumplir-normas-asilo/1225204.shtml>. Recuperado el 22 de Marzo de 2020