

# Migrantes en permanencia irregular: hacia una constitucionalidad en derechos humanos

Irregular Migrants: Towards a Constitutionality of Human Rights

Carlos REYES VALENZUELA

Universidad Autónoma de Madrid

*carlos.reyes@uam.es*

Recibido: 30/11/2012

Aprobado: 23/04/2013

## **Resumen:**

La situación jurídica de los migrantes irregulares los sitúa en una condición de vulnerabilidad en distintos ordenamientos y leyes, dado que un gran número de Estados y la misma Unión Europea asocian su presencia a inseguridad y amenaza. En este contexto, surge la pregunta sobre la garantía de los derechos humanos por parte de los Estados en los migrantes que están en situación de permanencia irregular, y la necesidad de establecer una constitucionalidad de derechos humanos.

*Palabras Clave:* Derechos Humanos, Migrantes irregulares, Constitución legal de derechos

**Abstract:**

The legal status of irregular migrants makes them vulnerable to different legal systems and laws, especially given that the European Union and many of its Member States associate their presence with insecurity and threat. In this context, the question of the guarantee by States of human rights for migrants in irregular residence situations arises, as well as the need to establish a constitutionality of human rights.

*Keywords:* Human Rights, Irregular Migrants, Legal Constitution of Rights

Los derechos humanos representan una aspiración moral sobre el tratamiento justo e igualitario de los seres humanos, siendo un conjunto ejecutable de derechos aparentemente garantizados<sup>1</sup> a todas las personas a través de la promulgación de convenciones y tratados en las últimas décadas. En la práctica, en los ordenamientos se hace la distinción entre nacionales y extranjeros, respetando un principio de igualdad. Más aún, en recientes directivas se separa a los extranjeros en aquellos que presentan una permanencia irregular y los que no la presentan<sup>2</sup>.

La pregunta que surge en este punto es ¿Por qué es tan difícil el acceso a los derechos humanos en migrantes con permanencia irregular? Al respecto se reconoce que existen diversos tipos de concepciones que incluyen tanto dinámicas de integración como exclusión de migrantes irregulares; tensiones entre políticas de cierre de fronteras y de libre circulación de personas; así como tensiones entre las políticas nacionales de protección y aquellas planteadas por la Unión Europea. Estas contraposiciones muestran las dificultades que poseen los migrantes irregulares a la hora de acceder a los derechos humanos. En este sentido, es posible identificar tres aspectos que dificultan este acceso:

**A. Los derechos humanos asociados a los conceptos de nación y ciudadanía**

El hecho de que los derechos humanos se asocien a los Estados-nación a través de sus distintas formas de ciudadanía tiene como consecuencia el establecimiento de un límite en el acceso a los derechos humanos por parte de los migrantes, y especialmente por parte de aquellos migrantes que se encuentran en situación irregular. Esto significa que derechos que han sido consagrados como universales se ven condicionados a la nacionalidad<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dembour, M-B, y Kelly, T., "Introduction", *Are human rights for migrants? Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States*. Dembour, M-B. y Kelly, T (ed.), New York, Routledge Taylor & Francis Group, 2011.

<sup>2</sup> La Directiva 2008/115/UE, del Parlamento Europeo y del consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a las normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular. En esta directiva se establece que el plazo máximo de detención de migrantes en permanencia irregular es de 18 meses y establece el retorno forzoso sin posibilidad de volver a un Estado miembro de la Unión durante cinco años. Ello condicionó una respuesta por parte de numerosos países, especialmente de América Latina, así como de Organizaciones No Gubernamentales, tras lo cual se la denominó "la Directiva de la vergüenza".

<sup>3</sup> Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999.

Precisamente, porque los derechos no pueden separarse de la noción de soberanía nacional, resulta necesario distinguir entre los derechos propios de los ciudadanos de un Estado y los derechos que se reconocen a quienes no poseen esta condición<sup>4</sup>. Asimismo, la idea de ciudadanía reafirma los valores estatales, a la vez que evidencia claramente a aquellos que son diferentes (extranjeros). El ciudadano aparece como fundador y beneficiario de la legitimidad de la acción política, económica y cultural; la cual, con los procesos de migración, fundamentalmente la irregular, estaría siendo alterada<sup>5</sup>. Por tanto, el desafío es entonces cómo los Estados acoplan las diferentes subculturas que la integran y, a la vez, mantienen ciertas formas de vida cultural predominante<sup>6</sup>. Así, el contexto en que debe plantearse el debate sobre los derechos humanos requiere superar la categorización del concepto de ciudadanía<sup>7</sup>, promoviendo para ello la integración como un reconocimiento de la igualdad en la diferencia<sup>8</sup> o entendiendo los derechos humanos desde la multiculturalidad<sup>9</sup>.

## B. Naturaleza generalizada de exclusión en migrantes en permanencia irregular

La exclusión de migrantes en permanencia irregular ha estado relacionada a una historia de exclusión política, económica y de acceso a la justicia. De allí que buena parte de la migración internacional de millones de personas en el mundo se encuentre estrechamente vinculada a condiciones de exclusión, desigualdad social, pobreza y marginación. Esta exclusión se traduce, en innumerables ocasiones, en vulneraciones a sus derechos humanos, aun cuando estos estén consagrados en constituciones y los propios Estados hayan ratificado convenios internacionales.

Esta exclusión adopta matices implacables cuando la migración es irregular, ya sea asociada a las formas de entrada y de permanencia en el país de acogida (desempleo, ausencia de contrato de trabajo, empleos en condiciones de alta precariedad, acceso limitado a la salud), o a la salida para quienes tienen orden de expulsión (migrantes que cuentan con órdenes de expulsión que aún no se han producido). Esta complejidad de la migración internacional, enmarcada en la globalización económica y actualmente también en la crisis económica en la Unión Europea, requiere de un análisis exhaustivo sobre las contradicciones respecto a los derechos humanos en el ámbito internacional. Por un lado, se cuentan con instrumentos cada vez más complejos y concretos de protección y disfrute de

<sup>4</sup> De Lucas, J., "La exclusión natural de los extranjeros", en *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, Ensayos, 1994.

<sup>5</sup> Uno de los aspectos más señalados en España para identificar los impactos de la migración, especialmente la irregular, fue la noción de "efecto llamada". Este término fue introducido en la discusión política planteada en el año 2005, respecto a la necesidad de regularizar a migrantes en situación irregular. Se ha planteado que el efecto llamada rescata una lógica de pérdida de control de fronteras, y que pone su acento eminentemente como una estrategia comunicativa, para que el fenómeno sea percibido por los habitantes nacionales.

<sup>6</sup> Habermas, J., "Ciudadanía e identidad nacional. Consideraciones sobre el futuro europeo", en *Identidades nacional y postnacionales*, Madrid, Taurus, 1991.

<sup>7</sup> Ferrajoli, L., "El derecho como sistema de garantías", en *Jueces para la democracia*, núm. 16/17, 1992, p. 9. El autor enfatiza que "si queremos tomar en serio los derechos, debemos desvincularlos de la condición de ciudadanía, una categoría a superar".

<sup>8</sup> De Lucas, J., *La exclusión natural de los extranjeros*, op.cit, p.92.

<sup>9</sup> Canales Valenzuela, I., *Teoría social e integración social de pueblos originarios en el contexto de la globalización y de la mundialización de los vínculos sociales*, Universum, N° 22, 2007.

los derechos humanos, en muchos casos hacia los migrantes<sup>10</sup>; pero, por otro lado, las políticas anti-migratorias están infringiendo las garantías de estas personas<sup>11</sup>.

El elemento clave que condiciona su exclusión es la asociación habitual que se hace entre el extranjero irregular y “persona ilegal”<sup>12</sup>, concepto que criminaliza y deshumaniza a las personas<sup>13</sup> y que posibilita la asociación entre migrante y delincuente<sup>14</sup>. Sin embargo, la irregularidad en sí no constituye un delito<sup>15</sup>.

Descriptivamente, la exclusión social a la que los migrantes irregulares se ven expuestos puede ser caracterizada de acuerdo a tres situaciones:

a) La exclusión social no puede ser observada como una dicotomía entre dinámicas de inclusión y exclusión social, sino como un continuo a lo largo del cual se ubicarían los extranjeros en función de su situación jurídica-administrativa<sup>16</sup>.

b) La exclusión social tiene un claro carácter multidimensional que se manifiesta en los extranjeros irregulares en las dificultades que encuentran en los ámbitos de la vivienda, la educación, la salud, el acceso a los servicios o la protección social<sup>17</sup>.

c) La exclusión social hace mención a un sistema de relaciones sociales que se producen entre individuos y/o grupos, insertos en procesos de influencia interpersonal<sup>18</sup>, que conllevará a su legitimidad o ilegitimidad y consecuentemente, a una igualdad o

<sup>10</sup> Por ejemplo: la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1950); el pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); el Convenio sobre el traslado de personas condenadas (1983); el Protocolo Número 7 al Convenio Europeo de Derechos Humanos (1984); la Convención contra la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984); la Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y sus familias (1990) y el Protocolo Adicional del Consejo de Europa al Convenio sobre traslado de personas condenadas (1997), entre otras.

<sup>11</sup> En 1999 en la Unión Europea, a través del Tratado de Ámsterdam, se crearon competencias comunitarias para “atender el problema de la inmigración ilegal”. En su Título IV, art. 62, establecía normativas a los controles fronterizos y a la política de visados, y el art. 63, apartado 3, se refería a medidas relativas a la inmigración ilegal y a la residencia ilegal, incluida la repatriación de residentes ilegales.

<sup>12</sup> Peña Pérez, A., *Inmigrantes ilegales: concepto infame. Responsables y deshonrados*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, Nº 29, 2012, pp. 87-113. El autor analiza 49 citas de entidades de protección de derechos humanos que hacen referencia textual a la “ilegalidad” de los extranjeros. Establece como ejemplo artículos publicados por la Unión Europea y por la Organización de las Naciones Unidas (ONU), de entre ellos el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). En lo referente a España, el autor destaca los comunicados del Ministerio del Interior y de diversos medios de comunicación.

<sup>13</sup> Chueca Sancho, A., *Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos*, Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, Nº 9, 2005, p. 56.

<sup>14</sup> Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), *Actitudes hacia la inmigración IV*, 2010. En el Informe del año 2006 se informaba que tres de cada cuatro encuestados españoles estaban convencidos de que la llegada de los extranjeros había provocado el aumento de la delincuencia en el país; y García España, E., “Extranjeros presos y reinserción: un reto del siglo XXI”, en *La prisión en España una perspectiva criminológica*, Granada, Editorial Comares, 2007. La autora señala que no existen trabajos empíricos que hayan demostrado o desmentido la mayor implicación de los extranjeros en actividades delictivas.

<sup>15</sup> Chueca Sancho, A., *Un análisis de las migraciones internacionales a través de cinco mitos*, op.cit., p. 57.

<sup>16</sup> Craig, T., y Timms, P., *Facing up to social exclusion: services for homeless mentally ill people*, *International Review of Psychiatry*, Nº 12, 2000, pp.206-211.

<sup>17</sup> Muñoz, M. y Panadero, S., “Personas sin hogar y Derechos Humanos en las sociedades desarrolladas: los límites de la exclusión”, en L. de la Corte, A. Blanco y J.M. Sabucedo (eds.), *Psicología y Derechos Humanos*, Barcelona, Icaria Editorial, 2004, pp.247-276.

<sup>18</sup> De acuerdo a la Psicología Social, la influencia social se refiere a aquellos procesos en que una persona o grupo inducen o provocan cambios en las creencias, opiniones, actitudes o comportamientos de otras personas. La influencia interpersonal se da en un pequeño grupo de personas, donde la comunicación es cara a cara. Algunos autores han relacionado los procesos de influencia asociados a dinámicas que puede promover el conformismo, normalización o innovación en las personas (Moscovici, 1985), y otros, han revelado que estos procesos ocurren de acuerdo a un contexto donde un grupo tiene un poder y otro no, determinando una relación de opresor-oprimido (Martín-Baró, 1989).

desigualdad entre las personas y los grupos. Si se produce desigualdad, se promoverá la desafiliación o desvinculación social de las personas<sup>19</sup>, y cuando esta desigualdad es máxima y no existen controles legales a sus posibles efectos, es altamente probable que se produzcan violaciones de los derechos básicos de las personas<sup>20</sup>. De esta forma, ¿Hasta qué punto la desigualdad entre las personas pone en peligro su acceso a los derechos humanos?

### C. Los límites de la noción de derechos humanos

Al establecer que existen grupos de personas y, particularmente migrantes, quienes están más expuestos a vulneraciones de derechos humanos, es posible pensar sobre la falta de políticas de resguardo y protección, o sobre los límites en el disfrute de derechos para migrantes en situación irregular. En este contexto, surgen las siguientes preguntas: ¿Debe el Estado como garante de derechos considerar las causas estructurales de tipo político, económico, social y cultural a la hora de hacer políticas vinculadas a los migrantes? y ¿Los derechos humanos presentan límites en su disfrute dependiendo de la condición migratoria de la persona y, fundamentalmente, de la situación jurídico-administrativa que presente?

Con todo lo anterior, puede establecerse que los derechos humanos de los migrantes irregulares representan una reclamación moral que trasciende la estructura y las actuaciones de los Estados, ya sea como un conjunto formal de derechos que han llegado a un consenso, como una forma de protesta, o simplemente como una forma de discurso. La posibilidad de disfrute de derechos constituye un tema ético, que implica generar las condiciones para que puedan ser ejercidos. En el caso de los migrantes y, en particular, de aquellos que se encuentran en situación de permanencia irregular, los Estados pueden y deben construir un puente entre la aplicación de las leyes internas de inmigración y la protección de los derechos humanos<sup>21</sup>.

El derecho de soberanía<sup>22</sup> posibilita que el Estado controle la entrada, la permanencia y la salida de los migrantes y que ejerza las acciones que considere necesarias en el caso de los migrantes en permanencia irregular. Si se cuestiona esta idea, y se plantea que los migrantes irregulares tienen moralmente derecho a una amplia gama de derechos legales<sup>23</sup>, entonces no existiría una limitación a los derechos humanos, ni ésta se condicionaría a una estructura de legitimidad o ilegitimidad, igualdad o desigualdad. De esta manera, la satisfacción de los derechos humanos por parte de los migrantes irregulares no se vería mermada aún a pesar de su situación jurídico-administrativa.

En el próximo apartado se describirá la necesidad de identificar los derechos que los migrantes pueden acceder, independientemente de su condición administrativa. Para ello se mostrará la dificultad que existe a la hora de encontrar textos y normativas que especifiquen y clarifiquen cuáles derechos están contemplados para los migrantes irregulares, y que ha llevado en ciertas ocasiones, a que un extranjero en permanencia irregular esté expuesto a situaciones de vulneración debido a una desprotección jurídica. La idea de una

<sup>19</sup> Castel, R., *The Road to Disaffiliation: Insecure Work and Vulnerable Relationships*, International Journal of Urban and Regional Research N° 24, 2000.

<sup>20</sup> Fernández, C., "Relaciones interpersonales y derechos humanos: la desigualdad y los límites de la dignidad", en L. de la Corte, A. Blanco y J.M. Sabucedo (eds.), *Psicología y Derechos Humanos*, Barcelona, Editorial Icaria, 2004, pp.69-94.

<sup>21</sup> Carens, J., *The rights of irregular migrants*, Ethics & International Affairs, Vol. 22, 2008, pp.163-186.

<sup>22</sup> Ferrajoli, L. "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", *Isonomía*, 9, 1998, pp. 173-184.

<sup>23</sup> Dembour, M-B, y Kelly, T., "Introduction" *Are human rights for migrants? Critical reflections on the status of irregular migrants in Europe and the United States* op.cit., p.90.

constitucionalidad de derechos humanos permitiría reducir las tensiones que promueve tal desprotección sobre los derechos humanos en migrantes en permanencia irregular.

*Hacia una constitución legal de los derechos humanos de los migrantes en permanencia irregular*

El tema de la migración en Europa y, específicamente en España, constituye uno de los temas frecuentemente tratado en leyes orgánicas, sentencias, encuestas y estudios<sup>24</sup>. En ellos se mencionan aquellos aspectos sociales, económicos y culturales que diferencian a los extranjeros respecto de los nacionales y lo que estas distinciones conllevan en los países de acogida. A pesar de ser un tema tan analizado, rara vez se ha observado la migración como un proceso, y, en cambio, suele entenderse como meros flujos migratorios, especialmente aquella migración originada por motivaciones económicas.

El estudio de los flujos migratorios se centra en la entrada y salida de migrantes del país e informa sobre trayectos, permanencias y residencias, pero no estudia el proceso. En efecto, el proceso migratorio es una consideración más amplia que la noción de flujos y, a diferencia de ésta, se centra en el análisis de las distintas dimensiones que se presentan en la permanencia de un extranjero. El proceso migratorio implica la interacción del extranjero con el país de acogida de manera bidireccional y en su permanencia influyen una serie de interacciones individuales, grupales, institucionales, económicas, sociales y culturales que se relacionan con el migrante. El proceso se refiere a la serie de contactos, vínculos e interacciones que se establece entre el extranjero con la sociedad de acogida. Precisamente el proceso migratorio, al contrario que los flujos, permite abordar las diferentes dimensiones de las interacciones que la noción de flujo migratorio no considera. Esto tiene implicaciones al tratar de analizar la situación irregular de los migrantes.

Si se juzga el proceso migratorio como un intercambio e interacción entre actores, la permanencia de extranjeros forma entonces parte del proceso migratorio, y por tanto, también conforman este proceso quienes presentan una permanencia irregular. La idea de flujo, en cambio, reconoce las entradas y salidas, con un fin fundamentalmente económico y de control, distinguiendo entre las categorías de regulares e irregulares, o más comúnmente entre legales e ilegales<sup>25</sup>. El proceso migratorio asume que habrá personas que establecerán el intercambio y la interacción desde condiciones jurídico-administrativas diferentes, las cuales podrían generar impactos en otras áreas del país de acogida, como por ejemplo, el acceso a la salud<sup>26</sup>. Sin embargo, desde el punto de vista de los procesos

<sup>24</sup> En España, el tema ha sido abordado, entre otros, en la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; STS 236/2007, de 7 de noviembre; STS 259/2007, de 19 de diciembre; Encuesta CIS sobre Actitudes hacia la inmigración de 2008; y en el RDL 16/2012, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

<sup>25</sup> La noción de control de flujos presenta deficiencias dado que enmarca el comportamiento humano (por ejemplo, la conducta de migración) de forma exagerada en términos de responsabilidad individual. Sin embargo, el actual contexto político-económico condiciona tales conductas. Resulta evidente que es una responsabilidad de los migrantes asumir las decisiones que adopten –como migrar en búsqueda de trabajo, utilizar servicios ilegales de entrada al país, vivir o no de forma clandestina, entre otros–, pero al mismo tiempo, son actores de procesos sociales y económicos más amplios que son los que incentivan este comportamiento. Al respecto, ver el Informe *Migración irregular, tráfico ilícito de migrantes y derechos humanos*, del Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, 2011.

<sup>26</sup> En España, comúnmente se menciona el uso “gratuito” de servicios sociales por parte de extranjeros y, en especial, irregulares, lo que está generando cambios legales que atienden esa percepción. Por ejemplo, en el área de la salud, el RDL 16/2012, introduce un artículo, que incluye la atención sanitaria en casos especiales a extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España. En tal disposición, se define que sólo se les

migratorios, la diferencia entre categorías no se produciría y la situación de permanencia regular o irregular de un extranjero no le impediría esta interacción e intercambio.

Las dificultades asociadas a la permanencia irregular de extranjeros se vinculan al entendimiento que se realice desde una perspectiva jurídica, social, económica y fundamentalmente política de su proceso migratorio. La irregularidad, cuando es asociada con delito, confiere una simplificación y reducción de los intercambios, ya que los dota de una condición que refuerza el control, fundamentalmente policial<sup>27</sup> y, a la vez, suscita la institución de políticas comunitarias de “lucha contra la inmigración ilegal”, posibilitando la vulneración de sus derechos humanos<sup>28</sup>.

Por otro lado, progresivamente va tomando mayor fuerza la necesidad de incluir a los extranjeros en base a su regularidad administrativa<sup>29</sup>. Ello, aunque representa un paso en los principios de igualdad respecto de los nacionales del país de acogida, admite al mismo tiempo una exclusión social, de aquellos que carecen de tal regularidad.

Por ende, la propuesta de una constitucionalidad de los derechos humanos se centra en mecanismos jurídicos que aseguren la protección de todas las personas y el acceso real a los derechos humanos, independientemente de la nacionalidad y/o condición jurídico-administrativa de la persona. No obstante, esta protección es limitada cuando se trata de extranjeros en permanencia irregular. Entre las causas que originan tal vulneración en España se asocian al hecho de que las políticas vigentes hayan reducido las garantías jurídicas que afectan a un extranjero, favoreciendo espacios de vulneración jurídica. Las Sentencias del Tribunal Constitucional (STS 236/2007 y 259/2007) han reconocido la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales y su protección jurídica a todas las personas extranjeras en las mismas condiciones que los nacionales, y conforme a las leyes que los regulan, independientemente de su condición y/o situación administrativa. Igualmente, el Plan Estratégico de Integración de Extranjeros 2011-2014 reconoce amplias garantías y mecanismos de integración para los extranjeros. Pese a estos avances, la irregularidad y la vulneración de derechos sigue siendo un hecho. Es necesario que los marcos de protección en el caso de extranjeros en permanencia irregular sean más efectivos y no favorezcan una libre interpretación<sup>30</sup>. La inexactitud jurídica genera vulneración de derechos, en la que cada cual puede entender el “fenómeno migratorio” como lo considere, pudiendo arbitrariamente denunciarlo o defenderlo. Por ejemplo, en los últimos años han surgido crecientes iniciativas de protección ciudadana<sup>31</sup> a extranjeros irregulares, los cuales

otorgará atención en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, y en asistencia de embarazo, parto y postparto.

<sup>27</sup> Las medidas de prisión provisional, detenciones en escuelas, hospitales o locutorios, socavan el acceso de los migrantes en situación irregular a los derechos básicos.

<sup>28</sup> La catástrofe humanitaria ocurrida en Lampedusa en octubre de 2013, evidencia la necesidad, de acuerdo a ACNUR (2013), que la Unión Europea se involucre más en la gestión de los flujos mixtos. De acuerdo a la OIM (2009), los flujos migratorios mixtos constituyen un enfoque global de la gestión migratoria en la cual se debe promover simultáneamente la consideración de la legítima autoridad soberana de los Estados y los derechos fundamentales de los migrantes.

<sup>29</sup> Al respecto, véase la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se dispone de un procedimiento único de solicitud que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y en el que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

<sup>30</sup> Pérez González, C., *Migraciones irregulares y Derecho Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012. La autora afirma que “la protección de los derechos de los migrantes sería cumplido por el Derecho Internacional de las Migraciones”. p. 202.

<sup>31</sup> Diversos Organismos No Gubernamentales se han centrado en denunciar situaciones de vulneración de derechos humanos a migrantes irregulares y recalcan la necesidad de promover espacios y condiciones de protección. Entre ellos, cabe destacar el Informe CEAR (2009) o el informe del centro Pueblos Unidos (2012),

han promovido espacios de reflexión e intervención respecto de las actuales políticas gubernamentales. Difícilmente surgirían estas “espontáneas” acciones ciudadanas de protección si existieran ordenamientos claros, precisos, inclusivos y promotores de los derechos humanos para los extranjeros, independientemente de su situación administrativa<sup>32</sup>.

## **Conclusión**

¿Es posible un “derecho de migración”, semejante al derecho de libre circulación, que considere la migración como un proceso y no como un flujo? Es decir, un derecho que incluya tanto la libertad de entrada y de salida, como la posibilidad de permanecer en un país. Este tipo de derecho sería innecesario si se establecieran políticas claras de protección de derechos, si los Estados ratificaran convenciones y directivas, y las cumplieran a través de sus ordenamientos internos,<sup>33</sup> o si las políticas no estuvieran orientadas a la exclusión. De ahí que es primordial que los Estados consideren todos los aspectos contenidos en las dinámicas migratorias, sean éstas regulares o no, las cuáles no cesarán con la expulsión de un extranjero irregular.

La vinculación de la ciudadanía a una nacionalidad está causando la legitimación de la inclusión de nacionales y de extranjeros regulares, pero, a su vez, un mayor marco de exclusión de extranjeros irregulares. Dicha vinculación ya está siendo incorporada en las políticas de la Unión Europea, lo que está institucionalizando una asociación de irregularidad a ilegalidad. Además, este vínculo está siendo socializado no sólo por medios de comunicación, sino también por las propias instituciones que amparan derechos humanos. Por tanto, el disfrute de los derechos humanos por parte de los migrantes que presentan una permanencia irregular es cada vez es más limitada por los propios ordenamientos. El desafío radica en generar las condiciones políticas necesarias<sup>34</sup> para que las normativas jurídicas sean claras, exactas, exhaustivas y garantes de derechos<sup>35</sup>.

sobre la situación de los Centros de Internamiento para extranjeros en España. Otra iniciativa se refiere a las Brigadas Vecinales de Observación de Derechos Humanos, que denuncian las situaciones de controles de identificación y redadas a extranjeros, explicitado en sus últimos informes (2011-2012).

<sup>32</sup> Lucas, J., *La exclusión natural de los extranjeros*, op.cit., p.176. El autor sostiene que “El régimen jurídico de los extranjeros es uno de los campos donde habría que tratar de aplicar ese impulso de expansión de la democracia hacia sus límites”.

<sup>33</sup> Por ejemplo, la Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

<sup>34</sup> Martínez Escamilla, M., *Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?*, Revista de Análisis del Derecho, 2008, p.13.

<sup>35</sup> Algunos de los derechos de acceso universal sugeridos por la Agencia de la Unión Europea de Derechos Fundamentales (FRA por sus siglas en inglés, 2011) son: el acceso a la justicia, la protección en caso de detención, reducción de la detención de extranjeros, protección ante condiciones inhumanas e inseguras de trabajo, una remuneración justa, protección contra abuso físico o sexual, facilitación del acceso a una educación, vivienda digna, salud y atención de salud en caso de emergencias, otras formas de asistencia social necesarias para la vida, derecho a la protección consular, derecho a no ser detenido por periodos prolongados o indefinidos de detención administrativa, derecho a no ser devuelto a lugares donde su vida corra peligro.

Finalmente debe recordarse que las actuales condiciones políticas, económicas y sociales están generando un proceso migratorio que está perjudicando en gran medida a los migrantes, no sólo por limitar cada vez en mayor medida su acceso a los derechos humanos, sino por el reforzamiento de las medidas de control, exclusión y vulneración. De allí que es indispensable promover un cambio en las políticas del Estado y pasar de aquellas que controlan los flujos migratorios a otras que favorezcan la protección de los derechos humanos de las personas. No obstante, las actuales condiciones políticas y económicas en la Unión Europea, y en España en particular, podrían ralentizar este cambio.

Por el contrario, las crecientes acciones ciudadanas de denuncia, protección, solidaridad y defensa de derechos hacia migrantes irregulares que están presentándose en algunas zonas en España, invitan a pensar que estas acciones abrirán un horizonte que favorecerá que las políticas y mecanismos jurídicos vinculen la migración irregular a los derechos humanos.

