

CIUDADANÍA Y NACIÓN: POLÍTICAS DE CONTROL FRONTERIZO E INMIGRACIÓN*

ÓSCAR ALEXIS AGUDELO GIRALDO

ÁNGELA PAOLA RIAÑO F.

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Resumen

La teoría jurídica de los derechos humanos y los derechos fundamentales demanda la necesidad de un orden jurídico global que ampare ambas categorías jurídicas sin grados de distinción personalista como ciudadano e inmigrante. En el marco del orden jurídico globalizado, la unión de Estados supone la desaparición de fronteras visibles e invisibles, en tanto los Estados Nación están llamados a desaparecer. Pese a la construcción teórico-jurídica del binomio derechos humanos-derechos fundamentales, que irradia una delimitación jurídico-política ajena al Derecho nacional, persiste el cierre y control fronterizo de los países que se han erigido como potencias económicas. Esto da lugar a la ausencia de reconocimiento de los derechos humanos para aquellos individuos no ciudadanos que se encuentran en búsqueda del derecho que les asiste al buen vivir. Se postula, entonces, la elección de un caso particular objeto de análisis, dado en la frontera de Ceuta y Melilla, que pondrá en tela juicio la pretensión de universalidad de los derechos humanos. Para ello, se emplea una metodología inductiva y una metodología deductiva y pragmática, pues se pondrá en tensión el caso de los cierres fronterizos con la teoría actual de los derechos fundamentales.

Palabras clave: migración, frontera, derechos humanos, política migratoria.

Los autores: Óscar Alexis Agudelo Giraldo, magíster en Filosofía del Derecho y teoría jurídica. Docente investigador adscrito al grupo de estudios legales y sociales Phronesis del Centro de Investigaciones Sociojurídicas Cisjuc, de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Correo electrónico: oaagudelo@ucatolica.edu.co

* El presente artículo se estructura como desarrollo del proyecto de investigación "Metodología del positivismo jurídico. Metateoría y formas contemporáneas", del grupo de Estudios legales y sociales Phronesis, adscrito al Centro de Investigaciones Socio Jurídicas (Cisjuc), de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

Ángela Paola Riaño, estudiante de séptimo semestre de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Pertenece al semillero Teoría jurídica, Filosofía del Derecho y argumentación jurídica, del grupo de Estudios Legales y sociales Phronesis. Correo electrónico: apriano20@ucatolica.edu.co

Recibido: 26 de julio de 2016; **evaluado:** 16 de agosto de 2016; **aceptado:** 30 de agosto de 2016.

CITIZENSHIP AND NATION: BORDER CONTROL AND IMMIGRATION POLICIES

ÓSCAR ALEXIS AGUDELO GIRALDO

ÁNGELA PAOLA RIAÑO F.

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE COLOMBIA

Abstract

The legal theory of human rights and fundamental rights requires the need for a global legal system that protects both legal categories without any degree of personalistic distinctions such as citizen and immigrant. Under the global legal order, the union of States represents the disappearance of visible and invisible borders, while nation states are called to disappear. Despite the legal-theoretical construction of the binomial human rights/fundamental rights, which expresses a legal-political delimitation that is alien to national law, border control and closure have persisted in those countries that have emerged as economic powers, leading to the lack of recognition of human rights for those non-citizens who are in the search for the rights that would help them live well. The study proposes then the choice of a particular case under analysis, at the border between Ceuta and Melilla, which will question the claim of universality of human rights. For this purpose, an inductive as well as a deductive and pragmatic methodology will be used to contrast the case of border closures with the current theory of fundamental rights.

Keywords: migration, border, human rights, migration policy.

About the authors: Óscar Alexis Agudelo Giraldo, Master in Philosophy of Law and Legal Theory. Teacher-researcher, member of the Research Group on Legal and Social Studies “Phronesis” at the Socio-Legal Research Center (Cisjuc) at the Faculty of Law of the Universidad Católica de Colombia. Email: oaagudelo@ucatolica.edu.co

Ángela Paola Riaño, seventh semester law student at the Universidad Católica de Colombia. She is member of the hotbed of research on legal theory, philosophy of law, and legal argumentation, affiliated to the Research Group on Legal and Social Studies “Phronesis”. Email: apriano20@ucatolica.edu.co

Received: July 26, 2016; **evaluated:** August 16, 2016; **accepted:** August 30, 2016.

Introducción

El arquetipo universalista de los derechos humanos presenta una dicotomía latente entre la teoría y la praxis, evidente en el estado actual de los cierres fronterizos como política antimigratoria. Ello ha puesto en jaque dicha universalidad, que solo queda bajo el epíteto de “pretensión”. A su vez, las prácticas estatales fronterizas demuestran la ausencia de eficacia del Derecho Internacional mismo.

En el presente documento, mediante una metodología inductiva, se partirá de un caso fronterizo —Ceuta y Melilla— como unidad de análisis para demostrar el estado actual de los derechos humanos. Se toma en cuenta su relación innecesaria con las categorías jurídico-políticas de ciudadanía y con el paradigma moderno del Estado constitucional de Derecho y de la denominada democracia constitucional.

A su vez, los demás casos actuales, como el de la frontera estadounidense con México, la frontera europea con Siria, etc., demuestran la posibilidad de proceder a una generalización acerca de la ineficacia de los derechos humanos y la inexistente pretensión de su universalidad. Para ello, con datos obtenidos de fuentes primarias y secundarias, se contrastará la construcción teórica y prescriptiva de los derechos humanos, desde el punto de vista de su desarrollo dogmático, con el caso particular de la frontera de Ceuta. La investigación tiene dos pretensiones: describir y prescribir, por vía de teoría jurídica, el grado de satisfacción de los derechos humanos —en virtud del modelo de garantías primarias y secundarias frente a su protección— y la necesidad de eliminar el concepto de ciudadanía de la naturaleza de los derechos humanos.

Los cierres fronterizos son figuras jurídico-políticas que responden a los desplazamientos territoriales del ser humano. Estos sucesos se han incrementado en determinados períodos y atenuados en otros, condicionados por factores de naturaleza económica, cultural, religiosa y sociopolítica que obligan a las personas a abandonar sus países de origen en busca de condiciones de vida dignas, en este caso, en Europa.

El caso de la frontera de Ceuta y Melilla se resume en un problema de seguridad nacional y fronteriza, en oposición a las normas de migración internacional (ONU). El objeto de la investigación es un evento ocurrido el pasado 6 de febrero de 2014 en la frontera de Tarajal-Ceuta, que dejó un saldo de quince muertes y la devolución

irregular a Marruecos de 23 personas.¹ Esta tragedia es el punto de partida para este artículo, pues debido a que las migraciones ilegales van en aumento, dichos territorios están en la lista de lugares por donde deben pasar los inmigrantes ilegales para acceder a Europa.

Los territorios fronterizos de España con Marruecos, Ceuta y Melilla, han optado por la creación de políticas migratorias que buscan actuar como mecanismos de seguridad ante una evidente presión migratoria. Catalogan esta situación como una amenaza, pues según su parecer, pugna con los objetivos de seguridad, gestión fronteriza y control migratorio, sin tener en cuenta que la implementación de medidas como la instalación de concertinas en la primer valla metálica de la frontera como elemento de control “pasivo”; el uso de material antidisturbios; las devoluciones ilegales por medio de la valla o del mar; la violación al debido proceso, pues no es eficaz el acceso a la protección internacional de personas que huyen de la guerra, la miseria o la persecución para encontrar asilo en un país seguro, y la llamada “sirga” (cables entrecruzados situados en medio de las vallas externa e interna que impiden la circulación de personas por el pasillo intermedio), constituyen lo que el filósofo del Derecho llamaría un Derecho insoportablemente injusto.² La hipotética solución al problema de la migración balancea el valor jurídico de la seguridad nacional sobre los derechos humanos de mínima garantía, en tanto son un inminente peligro para la vida de aquellas personas que intentan llegar a Europa.

Lo anterior hace necesaria la creación de medidas ajustadas a la legislación europea e internacional que garanticen el respeto por los derechos humanos y el principio de no devolución por parte de España y, por otro, para que las declaraciones internacionales actúen como mecanismo idóneo para la tutela de los derechos humanos y fundamentales en materia de inmigración, una reforma a la jurisdicción internacional actual de carácter vinculante para los Estados. Para ello, es indispensable la creación y codificación de un Código Penal internacional, en el que se busque la responsabilidad de los gobernantes ante el Derecho Internacional. Esta es la posición garantista adecuada frente a la problemática de inmigración ilegal, capaz de impedir la violencia salvaje mediante el uso regulado de la fuerza con la intervención internacional de policía, ya que “mientras los migrantes saltan la valla, las autoridades españolas se saltan la ley”.³

¹ Comisión española de ayuda al refugiado [CEAR], “Esto hay que cortarlo”, <http://www.pear.es/esto-hay-que-cortarlo> (acceso marzo 21, 2016).

² Luis Recasens Siches, “Revisión sobre el problema del Derecho injusto”, *Dianoia*, núm. 12 (1966): 33.

³ Comisión española de ayuda al refugiado [CEAR], “Esto hay que cortarlo”.

Abandonar su propio país con ánimo de establecerse en otro extranjero es lo que la Real Academia Española denomina como emigración. A su vez, señala que la inmigración es el acto de domiciliarse o instalarse en un territorio distinto del originario. Estas son las dos caras de una sola realidad: por un lado, la ruptura de los inmigrantes con su comunidad de origen y, por otro, “el balance entre la situación actual de su país de origen y la del destino —que sería España, en primer término—, pero puede cambiar paulatinamente a cualquier parte de Europa”.⁴ En la trayectoria del inmigrante, este se plantea cuál sería el mejor lugar para desarrollar una vida digna, que se encuentra estancada por los problemas reinantes en el contexto social de origen.

Durante el recorrido de los inmigrantes ilegales, el obstáculo de mayor trascendencia es el paso efectivo por la frontera. El régimen fronterizo comunitario que existe entre España como Estado miembro de la UE ha explicado que en las fronteras exteriores solo se puede cruzar por los pasos fronterizos autorizados y en los horarios establecidos; en caso de no cumplirse con los requisitos, se puede negar la entrada al territorio español a aquellas personas que busquen hacerlo de forma irregular y se procederá al traslado a campamentos de detención temporal de inmigrantes localizados en Marruecos.⁵

Por su parte el gobierno de Mariano Rajoy, por medio de su ministro de Interior, Jorge Fernández Díaz, anunció el año pasado un nuevo presupuesto de aproximadamente €1.500.000 y nuevas medidas como la importación de tecnología estadounidense para la construcción de las vallas “antitropa” y tres torres con cámaras térmicas de vigilancia para la fortificación del perímetro fronterizo en torno a las ciudades de Ceuta y Melilla —que poseen frontera terrestre con Marruecos—; además, reiteró la colaboración “codo a codo” con Marruecos para gestionar un “mecanismo coordinado”, amparado en el Acuerdo de readmisión hispano-marroquí de 1992, que entró en vigor en 2012 y faculta a las autoridades españolas a devolver a Marruecos a quienes entren clandestinamente en España desde ese país en un plazo de diez días.

Lo anterior se traduce en un proceso cooperativo entre los dos Gobiernos —España y Marruecos—, cuya finalidad es la externalización de las políticas migratorias y el establecimiento conjunto de mecanismos de control migratorio y fronterizo. Estos

⁴ Abdelmalek Sayad, *La doble ausencia: de las ilusiones para emigrar a los sufrimientos de emigrar* (París: Ediciones del umbral, 1999), 100.

⁵ Parlamento Europeo, *Código de fronteras Schengen*, 562, “Por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras” (Estrasburgo, 15 de marzo de 2006), art. 2.

países, como receptores o de tránsito de los inmigrantes ilegales, buscan implementar políticas tendientes a lograr el control de las acciones migratorias normativas realizadas por fuera de sus propias fronteras, es decir, por fuera del territorio y trascender la acción nacional.

Cabe anotar que si una norma jurídica es válida porque cumple la competencia y el procedimiento establecido, pero es violatoria de un derecho fundamental, porque acentúa las condiciones de inferioridad de los inmigrantes, al atribuirles de forma implícita la calidad de “ciudadanos de segunda” o, más exactamente, de “no personas”, adquiere carácter de invalidez, ya que es imperativo que esta se produzca con base en las normas formales, sobre todo en las sustanciales, pues poseen un valor constitucional superior.⁶

Es claro que la presencia en España de alguien que busca protección de sus derechos y una vida digna no representa una amenaza o un daño. Para librarse de dicha protección, estas políticas han optado por crear la figura de persona ilegal, en referencia a aquella carente de derechos por ser jurídicamente invisible y, por ello, estar expuesta a cualquier tipo de explotación, vejación o humillación. “Estas normas legales contra inmigrados inyectan un veneno racista en el sentido común, secundan y alimentan esa intolerancia contra sujetos según ellos peligrosos, portadores de una culpa ligada a su identidad, a su calidad personal”.⁷

En el caso de la valla de Ceuta y Melilla, se ha proclamado un discurso de seguridad en el que se concibe a todo inmigrante ilegal como una amenaza para el bien común, con disertaciones populistas que el pueblo erróneamente acepta, porque piensa que de esta manera se protegerá del enemigo —el ilegal—. Como afirma Ferrajoli: “El miedo ha sido siempre un recurso del poder político, dramatizado por la política y los medios de comunicación”.⁸ Es por esto que el miedo, el racismo, la sospecha y desconfianza hacia los diversos, la inseguridad y agresividad social han sido, en estos años, alimentados por la demagogia de la seguridad de las derechas.

⁶ Livio Pepino, “La emigración, el derecho y el enemigo. Consideraciones marginales de la Ley 94/2009”, *Jueces para la democracia*, núm. 67 (2010): 112.

⁷ Luigi Ferrajoli, *Poderes salvajes. Crisis de la democracia* (Madrid: Trotta, 2011), 66.

⁸ Ferrajoli, *Poderes salvajes*, 67.

1. Terminología diferenciada: derechos fundamentales y derechos humanos

Los términos derechos fundamentales y derechos humanos se presentan en grado de género y especie, desde las categorías local e internacional de aplicación del Derecho por medio de las jerarquías normativas. Sin embargo, las prácticas jurídicas y de exigibilidad de derechos demuestran la necesidad inminente de fundamentalizar los derechos humanos, es decir, localizar los derechos humanos en el Derecho interno como derechos fundamentales para aquellos individuos no ciudadanos. La anterior posición evidencia que los derechos fundamentales no dependen de su ejercicio. Los derechos fundamentales pueden ser fundamentados por vía de derechos subjetivos, no fijados por necesidad a la categoría de ciudadanía, sino a la de persona capaz e incapaz de obrar; asimismo, requieren además una fundamentación moral que, muchas veces, no es procedente por las vías del Derecho positivo.

Así, en atención a las teorías del derecho subjetivo, pueden ampararse los derechos fundamentales en las categorías de:

- i. La perspectiva voluntarista que, como entiende Windscheid,⁹ propone una teoría de los derechos subjetivos desde el enfoque de la voluntad. Puede entenderse el derecho subjetivo de dos maneras: a) como el permiso que tiene el titular del derecho de exigir acciones en sentido positivo o negativo¹⁰ frente a los demás en el ejercicio de su derecho; b) como fuente del nacimiento o de la extinción de obligaciones y facultades preexistentes.
- ii. La perspectiva del interés jurídico protegido.
- iii. La perspectiva del bien jurídico amparado.

Desde la naturaleza de los bienes jurídicos amparados, es posible ligar la esencia de los derechos subjetivos al operador deóntico de permisión, para este caso, bajo el denominado permiso como tolerancia. Ello implica que del ejercicio de un derecho

⁹ Bernard Windscheid, *Diritto delle pandette* (Turín: Unione tipografico-editrice torinese, 1925), 108, citado en Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho* (Ciudad de México: Porrúa, 1996), 287.

¹⁰ Las acciones pueden ser clasificadas en sentido positivo y negativo. El sentido positivo corresponde a una acción que implique una enervación muscular y produzca un cambio del estado de cosas. El sentido negativo es la abstención como obligación de no hacer que es calificada como una acción en virtud de la intención del agente. Puede verse Georg Henrik von Wright, *Norma y acción. Una investigación lógica* (Madrid: Tecnos, 1979), 73.

subjetivo como un permiso se impone, de manera correlativa, el deber de respeto para los demás, por lo que todo permiso es el reflejo de una obligación.

Por otro lado, Kelsen designa a los derechos subjetivos como la posición de tener derecho y estar facultado, por lo que este “pasa tanto al primer plano que la obligación casi desaparece detrás suyo, al punto de que ese derecho subjetivo es designado con las mismas palabras que se utilizan para designar el sistema de normas que constituyen el orden jurídico”.¹¹ Además, Kelsen atribuye a los derechos subjetivos la categoría de un interés jurídicamente protegido, por lo que ha de equivaler al “reflejo de la obligación jurídica de otro”.¹²

La teoría ecléctica de los derechos subjetivos toma la tesis del interés jurídico protegido junto con la del enfoque voluntarista y hace alusión a los derechos subjetivos como “un interés tutelado por la ley, mediante el reconocimiento de la voluntad individual”.¹³

Cruz Parceró propone un concepto de derechos subjetivos desde la teoría de la correlatividad de los derechos, basado en la teoría del derecho reflejo de Kelsen. Desde la postura de la correlatividad, la situación en la que un individuo se encuentra obligado frente a otro no equivale a dos situaciones o enunciados diferentes, puesto que en la relación jurídica de dos sujetos de derecho, los deberes son correlativos para ambas partes.¹⁴

La literatura jurídica ha señalado que, por un lado, existen los derechos fundamentales, que son “derechos singulares que adquiere cada individuo con exclusión de los demás [...] son universales, indispensables, inalienables, atribuidos por normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar dentro de un Estado”¹⁵ y también existen los derechos humanos, que forman parte del ámbito internacional y son concebidos como aquellos “derechos universales e indisponibles establecidos en la Declaración de los derechos humanos de 1948, en los pactos internacionales de 1966 y demás convenciones internacionales sobre derechos humanos”¹⁶ y “tienen un contenido exclusivamente moral pero su forma

¹¹ Hans Kelsen, *Teoría pura del Derecho* (Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986), 139.

¹² Kelsen, *Teoría pura del Derecho*, 139.

¹³ Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del Derecho* (Ciudad de México: Porrúa, 1996), 191.

¹⁴ Juan Antonio Cruz Parceró, *El concepto de derecho subjetivo* (Ciudad de México: Fontamara, 2004), 297.

¹⁵ Luigi Ferrajoli, *Democracia y garantismo* (Madrid: Trotta, 2010), 61.

¹⁶ Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 43.

es positiva, penables mediante sanciones estatales, son especificados caso a caso por medio de la jurisdicción”.¹⁷

La finalidad de los derechos humanos viene dada en la función de garantizar como derechos fundamentales todos los derechos vitales cuya garantía es condición necesaria para la paz, como el derecho a la vida, a la integración personal y los derechos civiles y políticos.

Al ser el discurso de los derechos humanos y los derechos fundamentales un argumento de posguerra —lo cual es independiente de su nacimiento—, la teoría jurídica ha entendido que estos se encuentran establecidos en normas téticas, que se caracterizan por un carácter general y abstracto, acompañado de una indisponibilidad e inalienabilidad. Tales posiciones solo pueden predicarse a partir de un modelo constitucional rígido que haga inalterable el contenido esencial de los derechos humanos y fundamentales mismos.¹⁸ Además, “deben ser interpretados para especificarse en términos concretos en cada caso particular”,¹⁹ posición que vincularía la naturaleza de los derechos fundamentales a la categoría de principios que se concretan en la aplicación de normas jurídicas, como lo ha entendido el Tribunal Superior alemán.²⁰

Frente al caso objeto de estudio, resulta ostensible la incongruencia entre los derechos humanos previamente ratificados y su materialización o garantía por parte de los Estados inmersos en el problema social y jurídico que representa el Muro de Ceuta y Melilla, pues como lo señaló el expresidente de la ciudad autónoma de Melilla, Juan José Imbroda en el año 2005, “La solución siempre tiene que venir del otro lado de la frontera”.²¹ Lo anterior se traduce en una igualdad hipócrita de los derechos humanos para aquellos inmigrantes ilegales que optan por iniciar este tipo de travesías con la finalidad de cambiar su precaria forma de vida, cuya única salida es, paradójicamente, la entrada a Europa.

¹⁷ Jürgen Habermas, *La constitución de Europa* (Madrid: Trotta, 2012), 22.

¹⁸ Luigi Ferrajoli, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios constitucionales* 6, núm. 1 (2008): 338.

¹⁹ Habermas, *La constitución de Europa*, 17.

²⁰ Karl Engisch, *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica actuales* (Barcelona: Comares, 2004), 15.

²¹ “Unos 350 inmigrantes entran en Melilla tras saltar la valla en un tramo de máxima altura”, *elmundo.es*, Sec. Sociedad, octubre 3, 2005, <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/10/03/sociedad/1128317728.html> (acceso marzo 21, 2016).

2. Estado de vulnerabilidad

En el vocabulario del fenómeno migratorio, se atiende al migrante económico como aquel que pone en riesgo la protección de sus garantías primarias, para emigrar en busca de mejorar sus oportunidades laborales. Por otro lado, existen aquellos migrantes que huyen de su país de origen al ver amenazada su vida y libertad individual. Por esto, las garantías a los derechos humanos desempeñan un papel trascendental, pues esta difícil situación en la que el viaje inicial se transforma en un viaje de no retorno se traduce en un estado de vulnerabilidad, indefensión e inseguridad que puede ser “estructural, producto de la situación de ilegalidad en el país de destino, o personal, relacionado con la soledad y el alejamiento de su cultura”.²²

Los dos eventos anunciados constituyen parte del estado de vulnerabilidad de los derechos humanos, posición que demuestra la ausencia de garantías secundarias en los sistemas jurídicos y en la idea de un orden jurídico global.²³ La vulnerabilidad es entendida como “un proceso multidimensional que confluye en el riesgo o probabilidad del individuo, hogar o comunidad de ser herido, lesionado o dañado ante cambios o permanencia de situaciones externas o internas”.²⁴

Desde esta línea argumentativa, se resalta que el estado de vulnerabilidad va más allá de la situación de debilidad manifiesta y se enfoca en las causas externas que le impiden a un individuo desarrollar su proyecto de vida con libertad y autonomía. Está relacionado con circunstancias que le imposibilitan al individuo procurarse su propia subsistencia y lograr mayor bienestar. De acuerdo con lo anterior, “una de las situaciones que pueden ubicar a las personas en situación de vulnerabilidad es la precariedad laboral, la cual es determinada por factores como los trabajos mal remunerados, la inexistencia de contratos laborales, entre otros”.²⁵

²² Miriam Cuéllar, “La vulnerabilidad de los grupos migrantes en México”, *Migraciones internacionales* 5, núm. 3 (2010): 257.

²³ Giuliana Redin y Orides Mezzaroba, “Protección jurídica del inmigrante económico internacional en la dinámica birregional iberoamericana. Un diálogo a partir del espacio público y de los derechos humanos” en *Problemáticas de los derechos humanos fundamentales en América latina y Europa*, ed. Narciso Báez (Madrid: Marcial Pons, 2012), 435.

²⁴ Gustavo Busso, “Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI” (ponencia presentada en el seminario internacional Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe, Santiago de Chile, 21 de junio de 2001), 8.

²⁵ Corte Constitucional, *Sentencia T-224 de 26 de marzo de 2012*, M. P. Jorge Ignacio Pretelt.

3. Garantías: la emigración, el Derecho y el enemigo

Como contrapeso al estado de vulnerabilidad, es importante la implementación de medidas que tengan como fin exclusivo que las garantías establecidas en las Cartas internacionales sean cumplidas con eficacia por los Estados. Las garantías, entendidas como “técnicas idóneas para asegurar el máximo grado de efectividad de las normas”²⁶ o como “una expresión de léxico jurídico con la que se designa cualquier técnica normativa de tutela de un derecho subjetivo”,²⁷ deben actuar como leyes del más débil frente a la ley del más fuerte, es decir, como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de aquellas personas física, política, social o económicamente débiles.²⁸

Ante las nuevas políticas migratorias y de control fronterizo implementadas por España y Marruecos, sustentadas en un discurso de seguridad que busca frenar lo que han denominado lucha contra la inmigración ilegal “aplicable a todo aquel que pretenda ingresar o residir dentro de un Estado, al margen de los requisitos legales preestablecidos”,²⁹ cabe anotar que gracias a los conceptos aportados por países occidentales como Estados Unidos se ha insistido en afirmar que “el terrorismo es una cuestión íntimamente conectada con la inmigración”.³⁰

Es paradójico que al comienzo de la Edad Moderna (y de la inmigración como conquista), los juristas europeos legitimaran la ocupación española de los territorios de América y proclamaran como derechos universales el derecho de emigrar y el de llegar a ser ciudadanos del lugar de destino (*ius civitatem accipere*).³¹ De tal planteamiento queda en la normativa internacional (y, en particular, en el Artículo 13 de la Declaración universal de derechos humanos)³² el reconocimiento del derecho de emigrar, que evoca un viaje con estación de partida, pero sin estación de llegada.

Para comprender mejor estas técnicas de tutela de derechos subjetivos y la propuesta de su implementación eficaz, es preciso indicar que dicha acción se debe

²⁶ Luigi Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil* (Madrid: Trotta, 2009), 105.

²⁷ Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 60.

²⁸ Luigi Ferrajoli, *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (Madrid: Trotta, 2001), 363.

²⁹ Ángeles Solanes Corella, “La política de inmigración de la Unión Europea desde tres claves”, *Arbor* 181, núm. 713 (2005): 82.

³⁰ Catherine Wihtol de Wenden, *¿Hay que abrir las fronteras?* (Barcelona: Bellaterra, 2000), 69.

³¹ Alessandro Dal Lago, “Personas y no personas”, en *Identidades comunitarias y democracia*, ed. Héctor Silveira Gorski (Madrid: Trotta, 2000), 114.

³² Organización de Naciones Unidas [ONU], *Declaración universal de los derechos humanos (DUDH)*, Resolución 217 (A) de la Asamblea General (París, 10 de diciembre de 1948), art. 13.

realizar en sus tipologías doctrinales como lo son, en primer lugar, las garantías internacionales, que tutelan los derechos humanos establecidos en las declaraciones y convenciones internacionales; en segundo lugar, las garantías positivas, que consisten en la obligación de prestación y expectativa jurídica positiva, es decir, deben estar tipificadas; en tercer lugar, las garantías negativas, que establecen una prohibición de lesión y, por ende, una expectativa jurídica negativa; por último, las garantías secundarias, que son de carácter jurisdiccional y son obligaciones de los órganos judiciales de aplicar sanción o declarar nulidad cuando se constaten actos ilícitos violatorios de derechos subjetivos.³³

4. Políticas y prácticas de control (seguridad) y cooperación migratoria y fronteriza

Debido a que se presume que el inmigrante irregular es un potencial delincuente —existe requisito formal establecido por la UE que obliga a presentar los antecedentes penales para poder acceder a la residencia legal—,³⁴ se genera una violación flagrante a la Declaración universal de los derechos humanos promulgada por la ONU en 1948, pues su Artículo 1 establece que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Presumir que una persona es un potencial delincuente es violentar su dignidad, es una actuación del Estado en la que se dispone de un individuo como un medio para alcanzar otro fin —la seguridad fronteriza—, con el discurso de salvar la soberanía y la seguridad nacional.

La dignidad humana como concepto filosófico se materializó después de la Segunda Guerra Mundial en los textos de Derecho Internacional y en las Constituciones nacionales vigentes. “Se estableció una conexión explícita entre los derechos humanos y la dignidad como respuesta a los crímenes masivos cometidos bajo el régimen nazi”.³⁵ Por esto, la dignidad humana no es una expresión vacía que se resume en un conjunto de derechos humanos sin relación entre ellos, sino “la fuente moral de todos los derechos fundamentales”.³⁶

Puesto que los inmigrantes ilegales no cumplen con los requerimientos legales para ingresar a España, buscan hacerlo de forma irregular. Según las políticas implementadas por los Gobiernos, se puede negar la entrada a dicha circunscripción a

³³ Ferrajoli, *Democracia y garantismo*, 64.

³⁴ Solanes Corella, “La política de inmigración”, 90.

³⁵ Habermas, *La constitución de Europa*, 15.

³⁶ Habermas, *La constitución de Europa*, 16.

aquellas personas que ingresen sin los requisitos legales exigidos; no obstante, si un inmigrante ilegal logra acceder a España, es decir, pisa suelo español, se debe proceder a su traslado a campamentos de detención temporal de inmigrantes mientras se hace efectiva su partida hacia Marruecos, en virtud de las políticas de cooperación entre estos países.

Al ser repatriados por España, son llevados a un centro de detención o una prisión de inmigrantes irregulares de Marruecos que, “a pesar de que fue financiado por España y la UE, es considerado como un centro de detención ajeno a la protección en derechos humanos, llamado por los propios reclusos Guantánamo”.³⁷

Gran parte de los inmigrantes ilegales provienen de la República de Guinea Ecuatorial, país centroafricano “constituido en Estado independiente, republicano, unitario, social y democrático”,³⁸ cuya forma de gobierno es de República presidencialista dentro del marco de un régimen dictatorial militar. Esta Nación fue aterrorizada por más de once años por Macías Nguema (tío) y luego por Teodoro Obiang Nguema (sobrino). En resumidas cuentas, entre los dos mataron a más personas que los nazis en Europa. “Obiang hizo que su tío fuera fusilado, cerró la cortina sobre todos los crímenes que habían cometido juntos, se declaró un Dios y ha gobernado Guinea Ecuatorial desde entonces”.³⁹ Debido a ello, un gran número de personas se ha visto obligado a abandonar su territorio en búsqueda de nuevas oportunidades de vida, más dignas y con más respeto por los derechos humanos. Dicha aspiración no queda nada, pues su búsqueda de la felicidad se transforma en un estado de vulnerabilidad que se intensifica por el no cumplimiento de los requisitos exigidos para ingresar legalmente, por lo que optan por el ingreso ilegal.

No obstante, aun a ser ilegal, según la normatividad internacional, se debe seguir un debido proceso para la determinación de la situación en la que no se vulneren derechos humanos, pues como afirma Ferrajoli: “El criterio axiológico de dichos derechos

³⁷ Jonathan Zaragoza, “Justicia Global y externalización de políticas migratorias: el caso español” en *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la unión europea en el contexto mediterráneo*, ed. Ricard Zapata-Barrero y Xavier Ferrer-Gallardo (Barcelona: Bellaterra, 2012), 149.

³⁸ Eduardo Molano, “Guinea Ecuatorial vota para consolidar la dictadura de Obiang”, *abc.es*, Sec. Internacional, mayo 26, 2013, <http://www.abc.es/internacional/20130526/abci-obiang-elecciones-guinea-201305251601.html> (acceso febrero 29, 2015).

³⁹ Thor Halvorssen y Tutu Alicante, “Conozca a Teodoro Obiang, dictador de Guinea Ecuatorial”, *Semana*, Sec. Opinión, agosto 22, 2012, <http://www.semana.com/opinion/articulo/conozca-teodoro-obiang-dictador-guinea-ecuatorial/263305-3> (acceso marzo 21, 2016).

consiste en el papel que tienen estos al actuar como leyes de protección para el más débil, como mecanismo de tutela del más débil frente al abuso del más fuerte”.⁴⁰

Conclusiones

Las transgresiones a la dignidad humana informan, delatan y evidencian condiciones de vida intolerables, un trato desigual y caprichoso, los ruegos y las plegarias de un sinnúmero de personas inmigrantes que andan por la vida escapando de la violencia, de las agresiones, de la crueldad, de la brusquedad en los ataques policiales y de la discriminación ensañada en contra de la calidad de ilegal que les han impuesto.

Con el tránsito al Estado de Derecho se generó un cambio de paradigma, en el que ya no se protegen de forma exclusiva los derechos a la libertad, sino que la protección se amplía a principios inherentes y vitales de las personas. Esto nos conduce a afirmar que la Carta de la ONU y la Declaración universal de derechos del hombre transformaron el orden jurídico mundial, pues la soberanía externa empezó a subordinarse jurídicamente al imperativo de la paz y la tutela de los derechos humanos.

Sin embargo, en la valla de Ceuta y Melilla se presenta en gran proporción la violación de dichos derechos, ratificados ya desde hace varios años. Por esta razón, los derechos fundamentales plasmados en documentos como la Declaración de 1948 se mantienen como una declaración retórica, ya que no se ha introducido un adecuado sistema de garantías jurisdiccionales en el nuevo Derecho Internacional. No en vano afirma Ronald Dworkin que “el derecho internacional se debe tomar en serio y por tanto se debe aceptar que sus principios son vinculantes”,⁴¹ es decir, deben hacerse valer como clave de interpretación y fuentes de crítica que buscan proyectar las formas institucionales, las garantías jurídicas y las estrategias políticas necesarias para su realización.

Estas consideraciones fundamentan la implementación obligatoria de garantías secundarias, vistas como los mecanismos idóneos para asegurar el máximo grado de efectividad de las normas jurídicas que, a su vez, amparan derechos. Desde las garantías secundarias, se impone la obligación de reparar todo suceso en el que

⁴⁰ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 30.

⁴¹ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 148.

hubiera violación de garantías primarias —derechos tipificados bajo la prohibición de lesión—.

Además, se requiere un cambio de paradigma frente a la forma de implementar, promover y crear políticas referentes a la inmigración ilegal. Esto conlleva a una transformación de modelo, no solo desde el ámbito internacional, sino desde el regional, el nacional y el local; con ello, se crean vínculos y límites jurídicos a la producción, al contenido y a la aplicabilidad de las normas y políticas públicas de control fronterizo y su choque con los derechos fundamentales. Lo anterior requerirá tomar en serio los derechos fundamentales de carácter supraestatal. En este caso, a pesar de que existen declaraciones y tratados ratificados por España en las que se comprometen al respeto por los derechos humanos de los inmigrantes ilegales y a su protección mediante el ofrecimiento de asilo político, la realidad es otra: en vez de abandonar el uso desmedido de la fuerza y de las armas, se ha optado por continuar con la violación de derechos humanos en pro de un discurso de seguridad nacional.

De acuerdo con lo dicho, hacer eficientes y efectivas las declaraciones internacionales para la tutela de los derechos humanos en materia de inmigración requerirá una reforma a la jurisdicción internacional. Dichas declaraciones deberán pasar de la voluntariedad a la obligatoriedad por sujeción para los Estados. Asimismo, se precisa una codificación penal internacional, en la que se indilgue responsabilidad a los gobernantes por desacato del Derecho Internacional. Con ello se apunta a una “mediación disciplinada por el derecho utilizado como un instrumento para minimizar la violencia”.⁴²

Existen dos grandes divisiones de los derechos fundamentales —unos, relacionados con los derechos de la personalidad y otros, con los derechos de la ciudadanía— que, si se cruzan entre sí, germinan los derechos públicos que son reconocidos solo a los ciudadanos, como la residencia o la circulación dentro de un territorio. Por ello, es imperioso alcanzar un ordenamiento que rechace la ciudadanía, se suprima como un estatus privado y privilegiado de la persona y se adopte como un estado universal reconocido a todos los hombres y las mujeres del mundo en tanto personas con idénticos derechos fundamentales.⁴³

⁴² Miguel Carbonell, *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli* (Madrid: Trotta, 2009), 187.

⁴³ Ferrajoli, *Derechos y garantías*, 40.

La apelación a los derechos humanos se alimenta de la indignación de los ultrajados por la lesión de su dignidad humana, que es una y la misma en todo lugar y para todo individuo. Por eso, es menester que se despierte en nuestras sociedades una conciencia favorable de la pretensión legítima de las poblaciones marginadas y desfavorecidas de ser incluidas en las condiciones de vida dignas. Se trata de una moral universalista que genere una relación interna entre dignidad humana y derechos humanos y así emprender la construcción de órdenes políticos más justos.

Una resolución fundamentada en este caso difícil debe partir de la lesión de la dignidad humana que, al poseer validez absoluta, tiene una pretensión de primacía. Es necesario que dicha dignidad universalizada, que le corresponde por igual a todas las personas, se apoye en el reconocimiento social y en una comunidad mundial inclusiva. La dignidad humana demanda su anclaje en un papel de ciudadano; la pertenencia a una comunidad organizada en el tiempo y el espacio, con igualdad de estatus para todos, ofrecería una solución racional en una sociedad global constituida democráticamente.

La pugna por la realización de los derechos humanos continúa... A los refugiados, a los caídos en la miseria, a los excluidos, a los insultados y humillados, se les debe hacer comprender que su sufrimiento no es un destino natural.

Referencias

- “Unos 350 inmigrantes entran en Melilla tras saltar la valla en un tramo de máxima altura”. *elmundo.es*, Sec. Sociedad, octubre 3, 2005. <http://www.elmundo.es/elmundo/2005/10/03/sociedad/1128317728.html> (acceso marzo 21, 2016).
- Busso, Gustavo. “Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI”. Ponencia presentada en el seminario internacional *Las diferentes expresiones de la vulnerabilidad social en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile, 21 de junio de 2001.
- Carbonell, Miguel. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2009.
- Comisión española de ayuda al refugiado [CEAR]. “Esto hay que cortarlo”. <http://www.cear.es/esto-hay-que-cortarlo> (acceso marzo 21, 2016).
- Corte Constitucional. *Sentencia T-224 de 26 de marzo de 2012*. M. P. Jorge Ignacio Pretelt. Cruz Parceros, Juan Antonio. *El concepto de derecho subjetivo*. Ciudad de México: Fontamara, 2004.

- Cuéllar, Miriam. “La vulnerabilidad de los grupos migrantes en México”. *Migraciones internacionales* 5, núm. 3, (2010): 233-239.
- Dal Lago, Alessandro. “Personas y no-personas” en *Identidades comunitarias y democracia*, editado por Héctor Silveira Gorski, 127-146. Madrid: Trotta, 2000.
- Engisch, Karl. *La idea de concreción en el Derecho y en la Ciencia Jurídica actuales*. Barcelona: Comares, 2004.
- Estévez Araujo, José. *La crisis del Estado de Derecho liberal: Schmitt en Weimar*. Barcelona: Ariel, 1998.
- Ferrajoli, Luigi. “La esfera de lo indecible y la división de poderes”. *Estudios constitucionales* 6, núm. 1 (2008): 337-343.
- Ferrajoli, Luigi. *Democracia y garantismo*. Madrid: Trotta, 2008.
- Ferrajoli, Luigi. *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta, 2009.
- Ferrajoli, Luigi. *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2001.
- Ferrajoli, Luigi. *Poderes salvajes: crisis de la democracia*. Madrid: Trotta, 2011.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 1996.
- Habermas, Jürgen. *La constitución de Europa*. Madrid: Trotta, 2012.
- Halvorssen, Thor y Tutu Alicante. “Conozca a Teodoro Obiang, dictador de Guinea Ecuatorial”. *Semana*, Sec. Opinión, agosto 22, 2012. <http://www.semana.com/opinion/articulo/conozca-teodoro-obiang-dictador-guinea-ecuatorial/263305-3> (acceso marzo 21, 2016).
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del Derecho*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986.
- Molano, Eduardo. “Guinea Ecuatorial vota para consolidar la dictadura de Obiang”. *abc.es*, Sec. Internacional, mayo 26, 2013. <http://www.abc.es/internacional/20130526/abci-obiang-elecciones-guinea-201305251601.html> (acceso febrero 29, 2015).
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. *Declaración universal de los derechos humanos (DUDH), Resolución 217 (A) de la Asamblea General*. Ginebra, 10 de diciembre de 1948.
- Parlamento Europeo. *Código de fronteras Schengen*, 562, “Por el que se establece un código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras”. Estrasburgo, 15 de marzo de 2006.
- Pepino, Livio. “La emigración, el derecho y el enemigo. Consideraciones marginales de la Ley 94/2009”. *Jueces para la democracia*, núm. 67 (2010): 111-119.
- Recasens Siches, Luis. “Revisión sobre el problema del Derecho injusto”. *Dianoia*, núm. 12 (1966): 29-50.
- Redin, Giuliana y Orides Mezzaroba. “Protección jurídica del inmigrante económico internacional en la dinámica birregional iberoamericana. Un diálogo a partir del espacio público y de los derechos humanos” en *Problemáticas de los derechos humanos*

- fundamentales en América latina y Europa*, editado por Narciso Báez, 435-447. Madrid: Marcial Pons, 2012.
- Sayad, Abdelmalek. *La doble ausencia: de las ilusiones para emigrar a los sufrimientos de emigrar*. París: Ediciones del umbral, 1999.
- Solanes Corella, Ángeles. “La política de inmigración de la Unión Europea desde tres claves”. *Arbor* 181, núm. 713 (2005): 81-100.
- Von Wright, Georg Henrik. *Norma y acción. Una investigación lógica*. Madrid: Tecnos, 1979.
- Wihtol de Wenden, Catherine. *¿Hay que abrir las fronteras?* Barcelona: Bellaterra, 2000.
- Zaragoza, Jonathan. “Justicia global y externalización de políticas migratorias: el caso español” en *Fronteras en movimiento. Migraciones hacia la unión europea en el contexto mediterráneo* editado por Ricard Zapata-Barrero y Xavier Ferrer-Gallardo, 143-173. Barcelona: Bellaterra, 2012.