

La diferenciación vs. discriminación como línea de tendencia en los regímenes de inmigración y asilo: algunas reflexiones

Differentiation vs. discrimination as a trend line in immigration and asylum regimes: some reflections

Encarnación LA SPINA*

RESUMEN: Si bien, las personas migrantes son uno de los colectivos mayormente excluidos y reciben un trato diferenciado en el acceso y la garantía de los derechos humanos. No por ello, el marco conceptual y jurídico tendente a promover su protección ha reforzado la aplicación del principio de igualdad y no discriminación en contextos migratorios. La configuración jurídica de los derechos de las personas migrantes en las Naciones Unidas y actualmente en la Unión Europea requiere una crítica y debate más reflexivo sobre el alcance de la diferenciación y sus límites conforme al principio de no discriminación. Por consiguiente, este artículo plantea una revisión de las limitaciones existentes en la categorización convencional de los derechos de las personas migrantes que contravienen el prin-

* Doctora europea en Derecho. Universitat de València. Profesora de Filosofía del Derecho e investigadora postdoctoral Programa Ramón y Caja del Ministerio de Ciencia e Innovación. Gobierno de España, ref. RYC 2016-19465, Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. A lo largo de la última década ha desarrollado actividades académicas (publicaciones, proyectos de investigación y conferencias) sobre derechos de los migrantes, condiciones de acogida de los refugiados, vulnerabilidad, discriminación y políticas de integración en el marco de becas postdoctorales altamente competitivas y de reconocido prestigio internacional. Contacto: <elaspina@deusto.es>. Fecha de recepción: 31/05/2022. Fecha de aprobación: 23/08/2022.

cipio de no discriminación y, trata de cuestionar la legitimidad de la diferenciación de categorías jurídicas cuando la apelada diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable.

PALABRAS CLAVE: migración; asilo; discriminación; diferenciación; derechos humanos.

ABSTRACT: Migrants are one of the most excluded groups and they receive a different treatment in the access and guarantees of human rights. However, the conceptual and legal framework aimed at promoting their protection has not reinforced the application of the principle of equality and non-discrimination in migratory contexts. The legal configuration of the rights of migrants in the United Nations and currently in the European Union requires a more critical and reflexive discussion on the scope of differentiation and its limits according to the principle of non-discrimination. Therefore, this paper reviews the existing limitations in the conventional categorisation of migrants' rights that contravene the principle of non-discrimination, and tries to question the legitimacy of the differentiation of legal categories when there is no objective and reasonable justification for such a differentiation.

KEYWORDS: migration; asylum; discrimination; differentiation; human rights.

I. INTRODUCCIÓN

La universalidad del discurso de los derechos humanos se caracteriza por una especial solemnidad declarativa, que permite extender el reconocimiento de derechos y la protección frente a prácticas discriminatorias, a todas las personas con independencia de su situación administrativa. En este reconocimiento genérico concurren algunos principios vertebradores del denominado derecho internacional de los derechos humanos. De un lado, el principio *pro homine* (*pro personae*), en cuanto criterio hermenéutico que exige aplicar la norma más amplia, la de interpretación más extensiva, “siempre a favor de la persona” debiendo justificarse las restricciones. Y, de otro lado, el principio de no discriminación de los “motivos prohibidos” o “categorías sospechosas”.

Si bien la plasmación normativa de tales principios en los sistemas universal y regional de los derechos humanos no debería decaer en contextos migratorios tal y como se asevera en sus respectivos tratados internacionales de *hardlaw*¹. No es una tendencia

¹ Por ejemplo, art. 1 y art 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, “derecho a ser tratados por igual, con independencia de cuestiones como el sexo, género, raza, etnia, nacionalidad, religión, clase, casta, lengua, orientación sexual, identidad de género, edad o cualesquiera otras condiciones subjetivas. Art. 2.2 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1996. Art. 2.1 y 25 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1996, considera titular de estos derechos “a todos los ciudadanos, una condición derivada de la nacionalidad y no de la situación administrativa o la residencia”. Art. 5 Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CNUDPD) (A/RES/61/106), 24 de enero de 2007. Art. 31.2 y 28.1 Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (A/RES/44/25), 20 de noviembre de 1989. Art. 1.2 Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Resolución 2106 A(XX), de 21 de

ilimitada la equiparación de derechos y libertades entre nacionales y personas migrantes, porque se admite la exclusión del ámbito personal de algunos derechos circunscritos a la nacionalidad, así como la reserva de titularidad de los derechos a la libre circulación y a la libre elección de residencia, sin contravenir el principio de igualdad, al cumplimiento de determinadas condiciones de entrada y permanencia. Por tanto, admite una desigualdad o diferencia de trato en el ejercicio de derechos y libertades² respecto a los nacionales y a los extranjeros en situación administrativa regular e irregular³. Particularmente, estas previsiones subsisten en aquellos convenios específicos sectoriales sobre inmigración y asilo, entre ellos se recoge de forma explícita en la Convención internacional de los Derechos de los Trabajadores migratorios y sus familiares,⁴ el artículo 7 proclamando el principio de la igualdad

diciembre de 1965. Art. 2 y 3 Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

² Véase Comité de Derechos Humanos, Observación general núm. 27, 1999, Documento CCPR/C//Rev.1/Add.9, pp. 1-3, párr. 4 y 11 a 14 y Comité Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General núm. 3, 1990, Documento HRI/GEN1/Rev.2 p. 66, párrs. 10 y 12.

³ BONET PÉREZ, Jordi, “La Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en GÓMEZ ISA, Felipe, Pureza, Jose Manuel (eds.), *La protección internacional de los Derechos Humanos a los albores del siglo XXI*, Bilbao: Universidad de Deusto, 2004, pp. 309-350, p. 321: “la dicotomía nacional/extranjero y extranjero en situación legal/extranjero en situación ilegal no debe reputarse como discriminatoria”.

⁴ Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (Doc. A/RES/45/158), 18 de diciembre de 1990. VILLÁN DURÁN, Carlos, FALEH PÉREZ, Carmelo, “España ante la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, en *Revista Española de Derechos Internacional*, núm. 74,1,2022, pp. 65-80. ALENIKOFF, Alexander, “International legal Norms on migration: substance without architecture”, in

ante la ley y la protección contra la discriminación en el acceso de los derechos previstos en la “Convención para todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción (...), sin distinción alguna por motivos tasados. Sin perjuicio de la remisión al artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que limita la posibilidad de interpretaciones restrictivas”⁵.

De igual modo, en el ámbito del asilo, la Convención sobre el Estatuto de Refugiados de 1951, apela a este mismo principio en su artículo 3 para la interpretación de todas sus disposiciones sin discriminación entre otros, por motivo del país de origen⁶ o para grupos especialmente vulnerables: mujeres migrantes, refugiadas y desplazadas⁷.

Sin embargo, frente a la vigencia del principio de no discriminación y la promoción de un cierto grado de igualdad no cabe olvidar que tal y como sostiene Castilla Juárez y Bonet Pérez⁸, no hay una tendencia ilimitada de equiparación de derechos dado que “desde los derechos humanos ciertas distinciones están avalladas y no pueden considerarse como discriminación”. Al efecto, la Convención Internacional para la Eliminación de todas las For-

CHOLEWINSKI, Ryszard, PERRUCHOUD, Richard, MACDONALD, Euan (ed.) *International migration law. Developing paradigms and key challenges*, TMC Asser Press, The Hague, 2007, pp. 467-479.

⁵ Véase en idénticos términos el artículo 2 Declaración Universal de Derechos Humanos y en concreto el art. 30.

⁶ Art. 3 Convención sobre el Estatuto de los Refugiados. Ginebra: Naciones Unidas, 28 de julio de 1951. Serie de Tratados, vol. 189, p. 137.

⁷ Comité para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Recomendación General núm. 24, 1999, párr. 6. Disponible en: <<https://www.refworld.org/es/docid/5d7fbd5113.html>>

⁸ CASTILLA JUÁREZ, Karlos, *Asilo, refugio y discriminación: no solo es Europa, es el derecho*, Agenda Estado de Derecho, 2022/03/29. Disponible en: <<https://agendaestadodederecho.com/asilo-refugio-y-discriminacion-no-solo-es-europa-es-el-derecho/>>. BONET PÉREZ, Jordi, *op. cit.* p. 318.

mas de Discriminación Racial, admite las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que haga un Estado entre ciudadanos y no ciudadanos⁹. Y, en la práctica tampoco figura como una prioridad reforzada por el mencionado marco convencional específico de trabajadores migrantes¹⁰, en la medida en que se legitima un trato diferenciado y la construcción de una pirámide jurídica convencional en función de la categoría jurídica de trabajador migrante¹¹. La perversión de esa lógica jurídica y su perpetuación resulta confusa al no trasgredir el Estado sus obligaciones jurídicas cuando confiere discrecionalmente un trato diferenciado a las personas migrantes. De un lado, promueve indirectamente unos derechos específicos en vía premial bajo unas categorías y clasificaciones jurídicas diferenciadas y esta singular especificación normativa¹², se basa en lo circunstancial. Y, de otro lado, plantea problemas en la interpretación de los derechos y se resiente la verdadera aplicabilidad del principio de igualdad y no discriminación por la situación concreta de vulnerabilidad de la persona migrante y la voluntad de ratificación del país receptor.

En cualquier caso, aunque las distinciones y clasificaciones son elementos esenciales de la forma en que el Derecho opera; aun así, si no son ponderadas con atención, pueden convertirse en

⁹ Art. 1.2 y 1.3, Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Resolución 2106 A(XX), de 21 de diciembre de 1965.

¹⁰ DE GUCHTENEIRE, Paul; PÉCOUD, Antoine, “La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los trabajadores migrantes. Obstáculos, oportunidades y perspectivas” en *Migraciones*, núm. 24, 2008, pp. 9-55, p. 11 “la concesión de derechos a los migrantes no se consideran una prioridad”.

¹¹ LA SPINA, Encarnación, “Convención Internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares: alcance y limitaciones”, en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 28, 2013, pp. 115-138.

¹² NAFZIGER, James A.R., BARTEL, Barry C., “The migrant workers Convention: Its place in Human rights Law”, en *International Migration Review*, núm. 25, vol. 4, 1991, pp. 771- 788.

fuente de discriminación, exclusión y marginalización, creando condiciones de vulnerabilidad para ciertos sujetos¹³. Así ocurre para las personas migrantes sea cual sea su estatuto jurídico. En esta perspectiva, este trabajo plantea en primer lugar una reflexión teórico-crítica sobre la obsolescencia conceptual de ciertas categorías jurídicas en contextos migratorios, sobre todo a la luz de su capacidad de crear exclusión y de producir jerarquías entre los sujetos en razón de *status* jurídicos diferenciados. Y, en segundo lugar, se analiza el encaje y perpetuación de la diferenciación en vía normativa de inmigración y asilo como alternativa para legitimar formas de discriminación, a la luz de la Convención internacional o los *Global Compact*¹⁴ así como el derecho derivado de la Unión europea. Con ello, se pretende determinar si existe una voluntad por parte del legislador de actuar sobre las causas estructurales de discriminación subyacentes a la configuración anacrónica del régimen de inmigración y asilo en la mayoría de aquellos Estados receptores de flujos migratorios del Norte Global.

II. CONTEXTOS MIGRATORIOS, IGUALDAD Y CLASIFICACIONES NORMATIVAS: MÁS ALLÁ DE UN ENTRAMADO CONCEPTUAL

Las migraciones son fenómenos sociales cuya naturaleza intrínseca es fluida, global y compleja. El Derecho se apoya en clasificaciones jurídicas artificiales y rígidas con capacidad de controlar,

¹³ LA SPINA, Encarnación. "Situaciones de vulnerabilidad vs. exclusión para los inmigrantes en el contexto sur europeo de crisis económica", en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 34, 2016, pp. 182-204.

¹⁴ UN General Assembly, *Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration*, Resolution 73/195, UN Doc. A/RES73/195, 11 January 2019, Objective 7: Address and reduce vulnerabilities in migration, paragraph 23, f). UN General Assembly, *Report of the United Nations High Commissioner. Part II. Global compact on refugees*. UN Doc. A/73/12 (Part II) (2018).

transformar y fracturar a la vez su naturaleza cambiante. De ahí la emergencia, cada vez más creciente de acomodar e integrar al lenguaje jurídico otras categorías más asertivas de esta realidad como “flujos migratorios mixtos” que parecen abrirse paso desde la crisis del sistema europeo de asilo de 2015, y ya cuentan con cierto reconocimiento a nivel institucional¹⁵. Sin duda, precisamente, uno de los aspectos más controvertidos del marco conceptual de la inmigración y asilo es el afán inflacionista por aplicar las categorías jurídicas existentes y admitir un trato diferenciado o desigual como única respuesta alternativa para legitimar la discriminación.

A) HACIA UNA INFLACIÓN DE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS EN LOS CONTEXTOS DE INMIGRACIÓN Y ASILO

El debate académico sobre el nexo migración–desplazamiento–asilo¹⁶ ha tratado de forma acrítica, salvo algunas excepciones¹⁷, ciertas categorías y etiquetas normativas y políticas¹⁸ pese a la complejidad intrínseca del fenómeno migratorio *per se*. Tales

¹⁵ Véase, en sede programática la hoja de ruta de la agenda europea de la Comisión Europea, *Comunicación al Parlamento Europeo al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Regiones, relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo*, COM (2020) 609 final, de 23 de septiembre de 2020.

¹⁶ NARANJO GIRALDO, Gloria, “El nexo migración–desplazamiento–asilo en el orden fronterizo de las cosas. Una propuesta analítica”, en *Estudios Políticos*, núm. 47, 2015, pp. 265–284.

¹⁷ CRAWLEY, Heaven, SKLEPARIS, Dimitris, “Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe’s ‘migration crisis’”, en *Journal of Ethnic and Migration Studies*, núm. 44, 1, pp. 48–64.

¹⁸ ROBERTSON, Shanthi, “Status-making: Rethinking migrant categorization”, en *Journal of Sociology*, vol. 55, núm. 2, 2018, pp. 219–233. COLLYER, Michael, DE HAAS, Hein. “Developing dynamic categorisations of transit migration”, en *Population, Space and Place*, vol. 18, núm. 4, 2012, pp. 468–481. ZETTER, Roger, “More Labels, Fewer Refugees: Remaking the Refugee Label

distinciones son reflejo de las dinámicas de poder, restringen los flujos migratorios de entrada a ciertas categorías en vía normativa o legitiman el control soberano de las fronteras.

Aunque los términos “migrante internacional”, “migrante forzoso” y “trabajador migrante” o migrante “en situación irregular” no han sido definidos formalmente en el Derecho Internacional, sino que a veces son utilizados de forma diferente por las distintas partes interesadas. El trasfondo de la expresión “los refugiados no son migrantes”¹⁹ tal y como señala Bakewell²⁰ o Meyer y Boll²¹ consolida una narrativa dominante sobre la clasificación binaria entre aquellos que merecen protección y asistencia particular, frente a otros que no la merecen o incluso son una amenaza. De igual modo, justifica las políticas migratorias de carácter defensivo, restrictivo o represivo y, perpetúa la necesidad de dotarse de las categorías de exclusión que los Estados ponen en acción no siempre discrecionalmente frente a ellos como único mecanismo jurídico de control²².

Tanto el derecho internacional como la doctrina arriba mencionada han intentado tradicionalmente separar a la población

in an Era of Globalization” en *Journal of Refugee Studies*, núm. 20, 2, 2007, pp. 172–192.

¹⁹ FELLER, Erik, “Refugees are not migrants”, en *Refugee Survey Quarterly*, v. 24, núm. 4, 2005, pp. 27–35.

²⁰ BAKEWELL, Oliver, “Conceptualising Displacement and Migration: Processes, Conditions, and Categories” en KOSER, Khalid y MARTIN, Susan, *The Migration–Displacement Nexus. Patterns, Processes and Policies. Studies in Forced Migration*, vol. 32, New York y Oxford, Berghahn, 2011, pp. 14–26, p. 17.

²¹ MEYER, Claus K., BOLL, Sebastian, “Editorial: Categorising migrants: Standards, complexities, and politics”, en *Anti-Trafficking Review*, núm. 11, 2018.

²² SILVEIRA, Héctor, “La legal arbitrariedad como mecanismo jurídico de control de la inmigración ilegal”, *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, 2017, núm. 12, pp. 34–54

migrante voluntaria de la población migrante forzada con base a una categorización jurídica y no a una expresión fáctica (actos de movilidad humana forzados o no forzados). Cada uno de ellos ha sido correlacionado con un estatus diferente y asignado a categorías jurídicas independientes (migrante y refugiado) en términos de reconocimiento de diferentes grados de vulnerabilidad. En general, una persona migrante es quién se desplaza “voluntariamente” de un lugar de residencia habitual a otro con la intención de establecerse en el país de destino para mejorar sus condiciones de vida; mientras que un migrante forzado es alguien que se ha visto obligado a huir de su país de origen o de su lugar de residencia habitual para evitar los efectos de conflictos armados, las situaciones de violencia generalizada, las violaciones de los derechos humanos o las catástrofes naturales o provocadas. A diferencia de la indeterminación del primer concepto migrante sí existe un marco jurídico específico para proteger a sólo las personas refugiadas que sí están claramente definidas en el derecho internacional y regional de asilo²³. Esto ocurre si las personas en esta situación han cruzado una frontera estatal reconocida internacionalmente, se convierten en personas solicitantes de asilo mientras que, si no han cruzado una frontera estatal, se conocen como desplazados internos. Cuando las personas solicitantes de asilo alegan la necesidad de protección, se les puede conceder el estatuto de refugiado (así como la protección subsidiaria de la UE en caso de no cumplir

²³ Véase art. 1A Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y Protocolo de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados. Declaración de Cartagena 19 a 22 de noviembre de 1984. Declaración de San José sobre Refugiados y Personas desplazadas, 5-7 diciembre de 1994. Declaración de Brasilia sobre la Protección de personas refugiadas y apátridas en el Continente Americano, 11 de noviembre de 2010. Art. 1.4 Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África, 10 de septiembre de 1969. Art. 18 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea Diario Oficial de la Unión Europea C 303/17 – 14 de diciembre de 2007.

los requisitos de la Convención) y el derecho a no ser devueltos a su país de origen (principio de no devolución). La Convención de 1951 se centra en la noción de persona refugiada alguien que tiene un “temor bien fundado de ser perseguido” por motivos específicos y, por lo tanto, ha abandonado su país de nacionalidad y no puede/no está dispuesto a confiar en su protección”²⁴.

Si bien el ACNUR, desde un punto de vista operacional, establece la distinción de forma clara entre persona migrante económica y refugiada, lo hace con el objetivo de que la utilización indistinta de ambos términos no redunde en la menor protección del estatuto de los solicitantes de protección internacional. Asimismo, esta lógica binaria también adquiere relieve en los dos Pactos Globales para la Migración Segura, Ordenada y Regular, pese a su avance holístico y comprensivo de todas las dimensiones de las migraciones internacionales²⁵, mantiene que “los migrantes y los refugiados son grupos distintos que se rigen por marcos legales separados” (párrafo 4, énfasis añadido). Aunque también señala que las Partes también deben garantizar que todas las personas migrantes, independientemente de su estatus migratorio, puedan tener acceso a los servicios básicos sin discriminaciones (párrafo 31)²⁶. Además, en virtud de esta doble categoría, las diferentes categorías jurídicas en contextos de migraciones forzadas o voluntarias se consideran vulnerables, especialmente vulnerables,

²⁴ BARTRAM, David, “Forced migration and “rejected alternatives”. A conceptual refinement”, en *Journal of immigrant and refugee studies*, núm. 13, 4, 2015, pp. 439-456, p. 442.

²⁵ ATAK, Idil; NAKACHE, Delphine; GUILD, Elspeth; CRÉPEAU, François, “Migrants in vulnerable situations and the Global Compact for safe orderly and regular migration”, en *Legal Studies Research Paper*, n. 273/2018. London: Queen Mary University of London, 2018.

²⁶ LA SPINA, Encarnación, “La protección jurídica de la vulnerabilidad migratoria en Europa como exponente del “fetichismo categórico” en *Confluencias*, núm. 23, 2, 2021, pp. 58-78.

o no vulnerables²⁷. A pesar de una percepción más amplia de la migración voluntaria e involuntaria, esta distinción se utiliza a veces en la práctica para justificar la denegación del estatuto de refugiado a una persona en situación irregular²⁸. Precisamente en esta distinción jurídico-política radica el *quid* de la cuestión. Mientras que la protección de las personas refugiadas es una cuestión de derecho internacional de los derechos humanos, la migración económica está sujeta a las leyes nacionales de extranjería, y en estas leyes, el Estado promueve discrecionalmente sus intereses nacionales. Aunque más bien, más allá de la relevancia de tales distinciones según Cançado Trindade²⁹, debería haber una “identidad del propósito común de protección del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias”.

²⁷ *Principles and practical guidance on the protection of the human rights of migrants in vulnerable situations*, A/HRC/34/31, p. 5). Sobre una breve síntesis del debate doctrinal que se genera véase LA SPINA, Encarnación, “Migrant vulnerability or asylum seeker/refugee vulnerability? More than complex categories”, en *Oñati Socio-Legal Series*, núm. 11, 6(S), 2021, pp. S82-S115. LA SPINA, Encarnación, “The legal interpretation and semantic indeterminacy of migrant vulnerability: an analysis of conceptual and argumentation problems”, en *Revista de Llengua I Dret*, núm. 76, 2021c, pp. 186-201.

²⁸ KLINCK, Jennifer, “Recognizing socio-economic refugees in South Africa: A principled and rights-based approach to section 3(b) of the Refugees Act”, en *International Journal of Refugee Law*, núm. 21, 4, 2009, pp. 653-699.

²⁹ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y convergencias”, en *Estudios Internacionales*, 1994, pp. 321-349. Cançado Trindade considera como crítica a la doctrina clásica que “hemos pasado de la compartimentalización a la convergencia, alimentada por la identidad del propósito común de protección del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias”.

B) ALGUNAS NOTAS SOBRE LA IGUALDAD
Y LA DESIGUALDAD JURÍDICAMENTE ADMISIBLE

Si bien Rey Martínez recuerda que “trazar diferencias de trato entre sujetos en situaciones comparables es una de las actividades permanentes del Derecho”³⁰. No por ello deja de ser necesario algún criterio determinante sobre qué diferencias son aceptables o razonables y cuáles otras no. Las semánticas de la igualdad³¹ no son incompatibles con las diferencias de trato, con la atribución de especiales beneficios o cargas salvo que sean razonables. Es precisamente aquí en palabras de Rey Martínez donde hay “una contradicción aparente difícil de conciliar entre el principio de igualdad y la actividad legislativa de diferenciar o clasificar”³². Según la doctrina de la clasificación (normativa) *sospechosa y la razonable* hay que distinguir entre la clasificación (o diferencia jurídica de trato) *razonable* o principio general de igualdad (cuya vulneración produce una discriminación en sentido amplio) y la clasificación *sospechosa* o prohibición de discriminación en sentido estricto. Esto es cuando el criterio o rasgo de diferenciación de trato jurídico es la raza, el origen étnico, el sexo, la religión, la ideología, el nacimiento o cualquier otro que la experiencia histórica evidencie como proclives para una diferencia peyorativa entre personas o grupos sociales que conlleva un riesgo muy alto

³⁰ CANOSA, Raúl, “Igualdad y no discriminación en el Derecho internacional de los Derechos Humanos”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11,1, 2008, pp. 39-66.

³¹ GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, “La semántica confusa de la igualdad” en *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 2012, pp. 15-34.

³² REY MARTÍNEZ, Fernando, “¿De qué hablamos cuando hablamos de igualdad constitucional?” en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 167-181, en la p. 170 hace referencia a la clasificación propuesta por Tussman y Jacobus Tenbroek: *The Equal Protection of the Laws*, en *California Law Review*, n. 3, septiembre 1949, vol. XXXVII, pp. 341 y ss.

de catalogar a alguno de ellos en una posición de inferioridad o subordinación.

Junto a esta clasificación clásica, la doctrina especializada ha subdividido las múltiples formas de discriminación en varias categorías: directa, indirecta, ordinaria, adicional, compuesta, acumulativa e interseccional³³. Ninguna de estas formas se ha convertido en una categoría bien establecida, ni en cuanto a su significado ni en cuanto a su alcance. Precisamente por ello, Rey Martínez³⁴ o Makkonen³⁵, han criticado la profusión de términos y la ambigüedad del concepto de discriminación múltiple por sus mayores connotaciones cuantitativas y, en menor medida, por su necesaria interacción. Sobre las múltiples formas de discriminación, recientemente se han producido avances muy interesantes en relación con las “nuevas formas” de percibir la discriminación institucional en contextos migratorios. Entre ellas se encuentran (a través de la indiferenciación) el enfoque de la discriminación desde el punto de vista de las obligaciones positivas del Estado, el análisis funcional de los estereotipos y el enfoque interseccional como una de las aportaciones más transversales de la teoría feminista³⁶. Este último, ha desmontado el uso de un eje único en el

³³ COLLINS HUGH, Khaitan Tarunabh (eds.), *Foundations of Indirect Discrimination Law*, Portland, Hart Publishing, 2018.

³⁴ REY MARTÍNEZ, Fernando, “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en *Revista española de Derecho constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 251-283.

REY MARTÍNEZ, Fernando, “Igualdad y prohibición de discriminación de 1978 a 2018”, en *Uned Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 125-171.

³⁵ MAKKONEN, Timo, *Multiple compound and intersectional discrimination: bringing the experiences of the most marginalized to the fore*, Turku, Institute for Human Rights, Åbo Academic, 2002.

³⁶ MACKINNON, Catherine, “Intersectionality as Method: A Note”, en *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, núm.38, 2013, pp. 1019-1030. BARRÈRE María Ángeles, MORONDO, Dolores, “Subdiscriminación y Discriminación Interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscrimi-

ámbito del derecho antidiscriminatorio, al considerar que no existe en los casos en los que “la discriminación por más de un motivo es indiscernible (efecto sinérgico), o cuando los efectos completos de la discriminación sólo pueden evaluarse teniendo en cuenta la combinación de dos o más motivos (efecto acumulativo)”³⁷. Estas formas de discriminación estructural y acumulativa están muy presentes en el ámbito de la inmigración y asilo, especialmente para los grupos o sujetos especialmente vulnerables, tal y como se recoge en la casuística obrante³⁸.

III. LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES: LÓGICAS DE DIFERENCIACIÓN VS. DISCRIMINACIÓN

Pese al debate inconcluso, sobre las taxonomías de la vulnerabilidad y las migraciones³⁹, la determinación de las personas migran-

natorio”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42. Diferentes escuelas de interseccionalidad (en los años 70 y 80) y diferentes olas en los estudios de interseccionalidad (en los años 90 y 2000) han llamado la atención sobre dos elementos, a saber, la identidad y la estructura.

³⁷ MAKKONEN, Timo, *op. cit.*, pp. 9-14.

³⁸ Entre otras, véase la referencia a la discriminación múltiple en *B.S. c. España*, solicitud nº 47159/08, Sentencia de 3 de julio de 2012 (la vulnerabilidad de las mujeres africanas víctimas de la prostitución y de las acciones racistas de las autoridades), *S.A.S. c. Francia* [GC], solicitud nº. 43835/11, Sentencia de 1 de julio de 2014 (la prohibición del uso del velo religioso para las mujeres musulmanas), *Carvalho Pinto de Sousa Morales c. Portugal*, solicitud nº 17484/15, Sentencia de 20 de junio de 2017 (estereotipos sobre la edad y la sexualidad femenina para una mujer de más de cincuenta años y madre de dos hijos. Tal suposición reflejaba una comprensión tradicional de la sexualidad femenina como esencialmente vinculada a la procreación y, por lo tanto, ignoraba su relevancia física y psicológica para la autorrealización de la mujer).

³⁹ LA SPINA, Encarnación, *La vulnerabilidad de las personas refugiadas ante el reto de la integración*, Ciur Menor, Aranzadi, 2020, pp. 20-41.

tes como un grupo desaventajado y vulnerable queda corroborado por un amplio historial de discriminación y una situación de desventaja pasada y presente del individuo o grupo para resistir, responder o readaptarse a las amenazas. Esto es, de un lado, tal y como recuerdan Barrère y Morondo⁴⁰, la interacción compleja de sistemas de dominio y subordinación diversos que afectan a estos grupos e individuos (religión, raza, *status* inmigrante, clase, sexo, diversidad funcional, edad) crea dinámicas de desigualdad, exclusión, marginalización y discriminación. Y, de otro lado, las elevadas probabilidades de transformación de una situación de vulnerabilidad a una de exclusión, si el sujeto de derechos debe hacer frente en solitario a la confluencia de varios factores externos: la crisis económica o sanitaria, las políticas liberales de austeridad o el afán securitario del control de fronteras. Una situación de vulnerabilidad circunstancial que a su vez está estrechamente ligada a la ciudadanía, al acceso y permanencia en el ámbito de inserción sociolaboral, a la reducción del salario, a la merma de derechos, la estigmatización y a la falta de reconocimiento social – que contribuyen a mantener a estas personas como excluidos del resto de la sociedad o incluso hacerles responsables de la escasez de recursos⁴¹. Así pues, bajo esta premisa, primero se analizará cómo el marco convencional internacional determina ese trato diferenciado⁴² entre las categorías jurídicas asociadas a las personas migrantes, segundo se explorará la identificación de las causas de discriminación estructural existentes en contextos migratorios y, por último, se aportarán evidencias sobre cómo se articula la

⁴⁰ BARRÈRE, María Ángeles, Morondo Dolores, *op. cit.*, esp. pp. 15-20.

⁴¹ LA SPINA, Encarnación, “Situaciones de vulnerabilidad vs. exclusión... *op. cit.*, p. 198.

⁴² SANABRIA, María Teresa, “La aplicación del principio de igualdad y no discriminación a los trabajadores migratorios”, en *Civilizar*, núm.12, 22, 2012, pp. 77-92, p. 86, “la diferencia no es una trasgresión de las obligaciones internacionales”.

diferenciación vs. discriminación en el régimen de inmigración y asilo en la Unión Europea.

A) EL DERECHO INTERNACIONAL DE LAS MIGRACIONES
Y EL ALCANCE DEL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El marco convencional ha identificado la situación de vulnerabilidad preeminente respecto a los derechos de la mujer y las singulares dificultades -de aquellas que pertenecen a las minorías, mujeres migrantes, niñas, mujeres mayores de edad, mujeres con discapacidad y mujeres víctimas de violencia de género- promoviendo y garantizando la eliminación de todas las formas de discriminación⁴³. Sin embargo, no ha sido análogo el tratamiento jurídico dispensando para las personas migrantes al obviar que la situación de “subordiscriminación” pueda o pudiera ser impuesta con base a un criterio selectivo del modelo decimonónico de Estado-Nación.⁴⁴ De ahí que, la reubicación de las personas migrantes en la teoría de los derechos reviste cierta complejidad. No solo por sus implicaciones jurídico-políticas de la dicotómica ciudadano-extranjero, sino por simplificar ciertas circunstancias consideradas preferentes, como son la migración laboral o familiar o las figuras propuestas por Sassen de la persona migrante “no autorizada pero reconocida o “sans-papiers” y la autorizada pero no reconocida”⁴⁵, en referencia a quienes no alcanzan la residencia cualificada, pese a la regularidad de su permanencia.

⁴³ LA SPINA, Encarnación, “Situaciones de vulnerabilidad vs. exclusión... *op. cit.*, p. 193.

⁴⁴ LA SPINA, Encarnación, “Convención Internacional sobre la protección... *op. cit.*, p. 112.

⁴⁵ SASSEN, Saskia, *Contra geografías de la globalización. Género y ciudadanía en los circuitos transfronterizos*, Madrid, Traficantes de sueños, Mapas, 2003, p. 87.

Asimismo, de un lado, como advierte Ara Pinilla⁴⁶, la evolución histórica del reconocimiento de las personas migrantes como sujetos de derechos es una “manifiesta regresión al estadio de una positivación excluyente”. Una regresión que en el caso de las personas migrantes y sus derechos puede ser proclive a una discriminación diferente y bajo un cierto sentido anterior a otros grupos vulnerables respecto a su titularidad y su posterior exclusión. De este modo, se institucionaliza el disfrute privilegiado de ciertos derechos de incuestionable exigencia frente a los demás y se legitima la imposibilidad de contrarrestar la concurrencia de múltiples barreras o fronteras jurídico-sociales con disímil intensidad y motivación u origen⁴⁷ para el caso de las personas migrantes.

Y, de otro lado, si bien como sostiene De Asís, el reconocimiento de derechos a grupos específicos es un paso más allá de la igualdad formal por medio de la satisfacción de los derechos a todos los sujetos y la ampliación del catálogo de derechos⁴⁸. La lógica de “especificar” no implica una rebaja de los mecanismos eficaces de reconocimiento y protección de los derechos que se compaginan con la compensación de supuestas situaciones de desventaja o remoción de obstáculos. Esta máxima en el articulado de la Convención se incumple si no se hace extensiva a todas las personas migrantes, pues “la totalidad no es de todos los que son o podrían/deberían ser considerados por el Derecho”⁴⁹. El artículo 5 discrimina entre trabajadores migratorios documentados

⁴⁶ ARA PINILLA, Ignacio, “La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes” en Miraut Martín, Laura, *Justicia, migración y Derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 113-126, p. 114.

⁴⁷ ARA PINILLA, Ignacio, *op. cit.*, p. 116

⁴⁸ DE ASÍS ROIG, Rafael, “Hacia una nueva generalización de los derechos. Un intento de hacer coherente a la teoría de los derechos” en Campoy Cervera, Ignacio (coord.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Madrid, Dykinson, 2008, pp. 35-58, p. 37.

⁴⁹ LA SPINA, Encarnación, “Convención Internacional sobre la protección... *op. cit.*, p. 124.

o en situación regular y sus familiares. Se utiliza así abiertamente la expresión “todos los trabajadores migratorios y sus familiares” porque solo quién ejerce o va ejercer una actividad remunerada puede ser titular de una especial categorización de derechos.

Precisamente, el efecto balsámico del proceso de especificación no resulta tan operativo para las personas migrantes al no contar con la complicidad del principal marco convencional específico⁵⁰. Se admiten diferencias dentro de la condición de persona migrante bajo el rótulo parte III a los Derechos Humanos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, mientras que en la parte IV se refiere a otros derechos adicionales de los trabajadores migrantes y sus familiares que estén documentados o no se encuentren en situación irregular.⁵¹ La mayoría de los derechos que se recogen con independencia de la ubicación reiteran lo ya establecido también en Convenios y Recomendaciones de la OIT, la Carta Social Europea y el Convenio Europeo relativo al Estatuto Jurídico del trabajador migrante⁵². De ahí que como sostiene De Asís, en el caso concreto de las personas migrantes como respuesta alternativa solo cabría promover “un nuevo proceso de generalización de derechos”⁵³ admitiendo la inexplicable paradoja Estado-nación-soberanía que legitima, pese a la globalización de

⁵⁰ *Ibidem*, p. 124.

⁵¹ *Ibidem*, pp. 124-126.

⁵² Véase entre otras, Convenio de la OIT sobre las migraciones laborales (nº 97); Convenio de la OIT sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes (nº 143), Convenio de la OIT sobre el trabajo forzoso de 1930 (nº29) y Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de 1957 (105), Convenio de la OIT sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos, 2011 (nº 189), Carta social Europea, versión revisada 3 de mayo de 1996, Convenio Europeo relativo al estatuto de trabajador migrante, Consejo de Europa, 24 de noviembre de 1977.

⁵³ DE ASÍS ROIG, Rafael, *op. cit.* p. 253; ARA PINILLA, Ignacio, *op. cit.*, p. 117.

las migraciones, seguir negando su condición de ciudadanos, de sujetos políticos y de derechos.

B) CAUSAS DE DISCRIMINACIÓN REFORZADAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO-POLÍTICO DE INMIGRACIÓN Y ASILO

La advertida fragilidad del estatuto jurídico de las personas migrantes en vía normativa internacional es jurídicamente relevante dada la imposibilidad o dificultad constatable e injustificada que tales sujetos de derechos sufren cuando tratan de acceder a un régimen de igualdad en el disfrute de los derechos. Por así decirlo, el Derecho internacional de los derechos de las personas migrantes incentiva por omisión la vulnerabilidad no solo por la ineficacia de ciertas formas de “corregir” las situaciones de exclusión social sino también por acción al restringir la protección de los derechos y la igualdad material de los más vulnerables especialmente como pretexto de crisis permanentes.

Así pues, si bien la migración es un elemento constitutivo de la sociedad moderna, los Estados tienen la prerrogativa soberana de gestionar sus fronteras y regular la migración, pero por medio de la “diferencia de trato” no trasgreden el cumplimiento de las obligaciones internacionales derivadas de los tratados de derechos humanos que han ratificado o a los que se han adherido. Sin embargo, por acción y omisión, sí llegan a perpetuar las causas de la discriminación tal y como sostienen las Recomendaciones CEDAW 2021⁵⁴, pues las políticas de migración y asilo establecen medidas discriminatorias o específicas para las mujeres y niñas como un mayor control de fronteras, la denegación de entrada, la devolución sumaria, la expulsión o la detención limitan la circulación de aquellas que huyen de crisis y zonas de conflicto. También aumentan su vulnerabilidad a todas las formas de ex-

⁵⁴ Recomendación general núm. 38 (2020), relativa a la trata de mujeres y niñas en el contexto de la migración mundial, 20 noviembre de 2020. CEDAW/C/GC/38, pp. 6-7.

plotación, en particular en los puntos de tránsito, cuanto menos a causa de la mayor necesidad de utilizar los servicios de traficantes de personas u otros tipos de redes clandestinas o delictivas para desplazarse a nivel interno e internacional para eludir los controles de fronteras⁵⁵.

De igual modo, así ocurre con el despliegue normativo de disposiciones “aparentemente” neutras en cuanto al género, que contribuyen a limitar el acceso de las mujeres a vías de migración segura y regular y a oportunidades de trabajo regular y decente en los países de tránsito y de destino. La capacidad de las mujeres para migrar se ve aún más restringida por los estereotipos, la discriminación y la explotación en la contratación, la falta de trabajo decente disponible y la limitada información fiable sobre la migración. Todo ello, sin perjuicio de que las mujeres migrantes se enfrentan a la discriminación indirecta a raíz de la legislación de migración que establecen requisitos tales como unos ingresos mínimos obligatorios para obtener un visado⁵⁶, que pueden ser inalcanzables. Por ejemplo, de un lado, los regímenes de visados vertebradores del control de frontera, pueden propiciar la dependencia económica y legal de un empleador o cónyuge, lo que crea las condiciones para la explotación y la vulnerabilidad. Esto es un trabajo temporal o estacional en particular en sectores clasificados como “poco calificados”, como los servicios de cuidados, trabajo doméstico y de manufactura sin protección contra el desempleo, atención de la salud ni acceso a otros servicios esenciales y de protección social que tengan en cuenta el género. En esos sectores, el régimen jurídico-político de migración se entrecruza con la discriminación racial y se perpetúan los estereotipos sobre qué constituye “trabajo de mujeres” y la discriminación contra las mu-

⁵⁵ Véase la Estrategia de lucha contra la trata de seres humanos (2021-2025) COM/2021/171 final

⁵⁶ Por ejemplo art. 16 Reglamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados) *OJ L 243, 15.9.2009, pp. 1–58.*

jeros⁵⁷. Esos mercados laborales segregados por género no ofrecen condiciones de trabajo decentes y seguras, la precarización y la informalidad laboral, implica graves violaciones de derechos. Y, de otro lado, las prohibiciones o restricciones a la movilidad, concedidas para proteger a las mujeres frente a la trata, suelen aumentar notablemente el riesgo de victimización o condicionalidad de su residencia legal y el acceso a derechos básicos⁵⁸.

C) EJEMPLOS DE DIFERENCIACIÓN VS. DISCRIMINACIÓN EN EL RÉGIMEN EUROPEO DE INMIGRACIÓN Y ASILO

En la Unión Europea existe una doble prohibición de la discriminación con respecto a los ciudadanos de la UE. Los ciudadanos de la Unión que residen en otro Estado miembro no pueden ser discriminados por motivos de nacionalidad de ninguna manera que afecte a sus derechos y libertades fundamentales, especialmente los relacionados con su vida familiar. El artículo 18 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) prohíbe la discriminación por motivos de nacionalidad y permite al Consejo

⁵⁷ Véase sobre los estereotipos de género en las migraciones BERNARDINI, Maria Giulia; LA SPINA, Encarnación; MORONDO, Dolores; PAROLARI, Paola, “(Un)doing gender and migration stereotypes. Per un’analisi critica degli stereotipi nel rapporto tra genere e migrazione”; en *Rivista About Gender*, núm. 10, 20, pp. 1-30.

⁵⁸ Véase la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de sus víctimas, y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo DOUE L 101/1 14 de abril de 2011. Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes, DOUE L 261/19 6 de agosto de 2004. Informe 2020/2029 (INI) y Resolución del Parlamento Europeo de 10 de febrero de 20221

adoptar las medidas adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. A pesar de esta afirmación del principio de no discriminación de los ciudadanos de la UE, el Tribunal de Justicia de la Unión europea ha mostrado una clara preferencia por la adopción de un enfoque más cauteloso, limitando su aplicación positiva a la protección en los casos de menores comunitarios y padres nacionales de terceros países en virtud de los arts. 20 y 21 del TFUE⁵⁹. En estos casos, el Tribunal de Luxemburgo sitúa deliberadamente la vida familiar dentro de los derechos fundamentales de los ciudadanos de la UE⁶⁰. De ahí que revisando las diferencias de trato entre las diversas categorías de migrantes nacionales de terceros países y los ciudadanos de la UE que residen con sus familias en el territorio de la UE, no sorprenda la existencia de algunos casos notables de discriminación inversa.

Desde un intento de explicar la excepción a la prohibición firme de no discriminación y la legitimidad de un tratamiento diferenciado en el caso de los nacionales de terceros estados, el TEDH ha argumentado que “el trato preferente a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea [...] puede decirse que se basa en una justificación objetiva y razonable, porque la Unión constituye un ordenamiento jurídico especial que, además,

⁵⁹ BERNIERI, Chiara, “Family reunification between static EU citizens and third country nationals. A practical way to help families caught in the current immigration crisis”, en *European Journal of Migration and Law*, 20, 3, 2018, pp. 289-313, p. 290;

⁶⁰ LA SPINA, Encarnación, “The protection of migrant parent-child relationship in the supranational and Spanish case law: a more sensitive or sensible approach?” en BRUNO, Giovanni Carlo, DI STEFANO, Adriana, PALOMBINO, Fulvio Maria (eds.), *Migration Issues before International Courts and Tribunal*, Roma, CNRedizioni, 2019, pp. 202-222.

ha establecido su propia ciudadanía”⁶¹. Aquí la piedra angular es la “justificación objetiva y razonable” del trato diferente, sin cuestionar el alcance del principio de no discriminación de la Unión Europea. De hecho, no se debe olvidar que el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no prohíbe específicamente la discriminación entre nacionales de un mismo Estado, es decir, la categoría de discriminación basada en la nacionalidad. En consecuencia, según la cláusula abierta “o cualquier otra condición”, el artículo 14 puede incluir todos y cada uno de los motivos de discriminación contemplados en el CEDH y el Tribunal puede aplicar el concepto de discriminación indirecta. El término general “cualquier otra condición” se aplica para “las diferencias basadas en una característica identificable, objetiva o personal, o en una “situación”, por la que las personas o grupos se distinguen de los demás”, pero esto no se “limita a las características personales, entendidas como aquellas que son innatas o inherentes”. Hoy en día sigue siendo una práctica habitual en Europa y el Tribunal de Estrasburgo suele decidir si pueden considerarse discriminatorios sin aportar “razones de peso”⁶².

⁶¹ Sentencia del TEDH *Ponomaryovi v. Ukraine*, solicitud no. 5335/05, 21 de junio de 2011, par. 54.

⁶² Por ejemplo, el trato diferente era razonable y objetivo en *Bah c. el Reino Unido*, solicitud n° 56328/07, Sentencia de 27 de septiembre de 2011 (denegación de asistencia para encontrar alojamiento debido a la condición de inmigrante de su hijo y como resultado de una decisión libre); *Gouri c. Francia* (dec.), solicitud n° 41069/11, Sentencia de 23 de marzo de 2011 (denegación de asistencia para encontrar alojamiento debido a la condición de inmigrante). En cambio, hubo discriminación por razón de origen nacional sin “razones de peso” en *Koua Poirrez c. Francia*, solicitud n° 40892/98, Sentencia de 30 de septiembre de 2003 (denegación de una prestación por discapacidad por no ser el demandante ni nacional de la UE ni francés); *Dhahbi c. Italia*, solicitud n° 17120/09, sentencia de 8 de abril de 2014 (denegación de una prestación familiar por nacionalidad extranjera o permiso de residencia temporal); *Rangelov c. Alemania*, solicitud n° 5123/07, sentencia de 22 de marzo de 2012 (denegación de

De otro lado, en el ámbito del asilo, también recientemente se ha abierto el debate sobre la legitimidad del tratamiento diferenciado a raíz de la activación excepcional de la legislación de protección temporal para las personas provenientes del conflicto de Ucrania. Desde algunos sectores críticos se ha planteado la legitimidad de la misma en función del país de origen, dada su contradicción con la letra del artículo 3 de la Convención de Ginebra⁶³. La aplicación de la Directiva temporal⁶⁴ permite garantizar protección temporal de forma colectiva sin un examen individualizado de cada solicitud y por un período de hasta 3 años. Se permite un acceso a la protección inmediata para las personas llegadas desde Ucrania por medio de un conjunto de derechos, incluyendo el derecho a trabajar, a la educación y a la sanidad⁶⁵.

acceso a un programa de tratamiento a un ciudadano extranjero). Más ejemplos en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas son *Servet Kamberaj c. Istituto per l'Edilizia sociale della Provincia autonoma di Bolzano (IPES)* y otros [GC], C-571/10, Sentencia de 24 de abril de 2012, ECLI:EU:C:2012:233 (denegación de prestaciones de vivienda a nacionales de terceros países).

⁶³ Véase CASTILLA JUÁREZ, *op. cit.*, Peers, S., Temporary Protection for Ukrainians in the EU? Q and A, EU LawAnalysis, 27 February 2022, <http://eulawanalysis.blogspot.com/2022/02/temporary-protection-for-ukrainians-in.html>. Garcés Mascareñas, Blanca, “Por qué esta crisis de refugiados es distinta” en *CIDOB Opinión* 708, pp. 1-3. Consultado en: <https://www.cidob.org/publicaciones/serie_de_publicacion/opinion_cidob/2022/por_que_esta_crisis_de_refugiados_es_distinta>.

⁶⁴ Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida, DOUEL 212, 7 de agosto de 2001, pp. 12–23.

⁶⁵ Decisión de Ejecución (UE) 2022/382 del Consejo de 4 de marzo de 2022 por la que se constata la existencia de una afluencia masiva de personas desplazadas procedentes de Ucrania en el sentido del artículo 5 de la Directiva 2001/55/CE, DOUE» núm. 71, de 4 de marzo de 2022.

Por ejemplo, en el caso de España, a diferencia de la Decisión del Consejo, se permite ampliar este ámbito de aplicación para evitar tratamiento diferenciado a los nacionales ucranianos que se encontrasen en situación de estancia en España antes del 24 de febrero de 2022, a los nacionales de terceros países o apátridas que residieran legalmente en Ucrania o aquellos que se encontraban en situación irregular en España antes del inicio de la contienda y no pueden regresar a Ucrania⁶⁶.

Además, la Directiva de protección temporal permite una “inaudita” distribución territorial de las personas refugiadas en función no sólo de cada Estado miembro sino también acorde con la preferencia de las personas llegadas desde Ucrania al quedar exceptuadas no solo del régimen de Dublín y sus criterios⁶⁷ sino también porque ya no tenían la necesidad de visado para llegar y permanecer de forma regular en Europa hasta tres meses⁶⁸. No en vano, tal y como recuerda el Abogado Mengozzi, obtener el beneficio de la protección internacional en el Estado miembro de su elección “iría en contra de la estructura general del sistema establecido por la UE para determinar el Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional”⁶⁹.

⁶⁶ Orden PCM/169/2022, de 9 de marzo, por la que se desarrolla el procedimiento para el reconocimiento de la protección temporal a personas afectadas por el conflicto en Ucrania, BOE núm. 59 de 10 de marzo de 2022.

⁶⁷ Reglamento ((UE) n° 604/2013 del Parlamento 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 (Texto refundido), DOUE 29.6.2013, L 180/31-59.

⁶⁸ Reglamento (CE) n° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados DOUE L 243, 15 de septiembre de 2009).

⁶⁹ Véase las Conclusiones del Abogado General Mengozzi a la sentencia TJUE PPU Xy X/ *ÉtatBelge*, C-638/16, 7 de marzo de 2017, *ECLI:EU:C:2017:173*.

Sin embargo, esto no es así para el resto de personas solicitantes de asilo, dado que el Código de Fronteras Schengen⁷⁰ incluye una referencia general a la protección internacional y a las obligaciones internacionales, pero no hay disposiciones explícitas que regulen la entrada de personas solicitantes de asilo y por tanto garantizan el acceso general al procedimiento de asilo con garantías. Máxime, si los Estados miembros no están obligados, en virtud de la legislación de la UE, a conceder un visado humanitario a las personas que pretenden viajar a su territorio con la intención de solicitar asilo, los Estados gozan de total libertad según su legislación nacional.⁷¹ De hecho, el Tribunal de Luxemburgo, en su decisión de 7 de marzo de 2017, precisa que la legislación comunitaria no regula la expedición por los países de visados o permisos de residencia de larga duración a personas de terceros países por razones humanitarias. Por el momento, en sede parlamentaria solo se han propuesto sin éxito iniciativas legislativas de visados humanitarios europeos por el Parlamento europeo⁷² sobre la base del artículo 77, apartado 2, letra a), del TFUE.

En definitiva, el peso del enfoque territorial del procedimiento común de asilo europeo⁷³, deja patente la ausencia de esa po-

⁷⁰ Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen), DOUE L77/1 23 de marzo de 2016.

⁷¹ Véase sentencia TJUE *PPUXy X/ ÉtatBelge*, C-638/16, 7 de marzo de 2017, *ECLI:EU:C:2017:173*.

⁷² Véase informe del 6 de noviembre de 2018 con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre los visados humanitarios (2017/2270(INL)).

⁷³ Véase Directiva 2011/95/UE sobre requisitos para el reconocimiento de beneficiarios de protección internacional, y el contenido de la misma DOUE L 337 de 20 diciembre de 2011; Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o retirada de la protección internacional, DOUE L 180/60 29 junio de 2013; Directiva 2013/33/UE sobre normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional DOUE L 180 29 de

sibilidad de concesión de visados humanitarios en embajadas de la Unión Europea donde puedan trasladarse de forma segura al territorio europeo. De ahí que sea más evidente la voluntad “discrecional” y en cierto modo “arbitraria” de diferenciar sin una justificación “objetiva y razonable” la activación de este mecanismo de protección temporal solo para este conflicto, cuando en anteriores conflictos análogos no ha sido así.

IV. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES

Si bien las pretensiones del derecho internacional de los derechos de las personas migrantes, especialmente el instrumento convencional de 1990 cumple con los objetivos de incluir el principio de no discriminación, no lleva a cabo una ruptura con las dicotomías “nacional/extranjero”, “documentado/indocumentado” ni tampoco los *Global Compact* que refuerzan el binomio refugiado/migrante económico” no alcanzando máximos respecto a la protección de los derechos de las personas migrantes en situación administrativa irregular, aunque sea su aparente pretensión. La nacionalidad es precisamente el pilar operacional sobre el que se asienta la diferenciación o la equiparación restringida.

Si bien, tras su entrada en vigor, la Convención internacional constituye un paso hacia una dirección correcta, no deja de generar confusión si no se tienen en cuenta las causas subyacentes de la discriminación estructural. Todas ellas permanecen en el diseño de las políticas de inmigración y asilo y contribuyen a retroalimentar *sine die* su marco legislativo, especialmente de la Unión Europea. No solo la admisibilidad de un tratamiento diferenciado entre nacionales de terceros estados y familiares de ciudadanos de la Unión Europea está ampliamente consolidado y corroborado

junio de 2013; Reglamento 603/2013/UE relativo a EURODAC; Reglamento 604/2013/UE sobre determinación del Estado miembro responsable de examinar la solicitud (*Dublín III*) DOUE L 180, de 29 de junio de 2013.

en sede jurisprudencial sino que la justificación de una pretendida neutralidad tiende a invisibilizar formas de discriminación indirecta y múltiple cuando, *de iure*, una ley o una práctica se presenta en términos neutrales o bajo una aparente objetividad y razonabilidad, pero, *de facto*, perjudica a un grupo o grupos específico de personas y entre ciertos sujetos y grupos de personas migrantes especialmente vulnerables.

