



# LA EXCLUSIÓN DEL OTRO: DISCRIMINACIÓN Y PRIVACIÓN DE DERECHOS EN EL SIGLO XXI EN EL DERECHO DE LAS MIGRACIONES INTERNACIONALES

Dámaso Javier Vicente Blanco  
*Profesor de la Facultad de Derecho  
Instituto de Estudios Europeos  
Universidad de Valladolid*

*“La soledad y el silencio que la envolvía la hicieron consciente de la incertidumbre que acompañaba al paso que estaba dando.*

*Emigraba.*

*Lo abandonaba todo sin saber lo que se iba a encontrar al otro lado de la oscura barrera que traspasaba”.*

Miguel Pajares, *Cautivas*

*“Propongo considerar el estereotipo (en realidad, fobotipo) de ‘inmigrante ilegal’, aunque también valdría el examen de la condición de los diferentes status de extranjería, o la noción misma de inmigrante o la de refugiado”.*

Javier de Lucas<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN: POLÍTICAS MIGRATORIAS Y FOBOTIPOS DE INMIGRANTES

Para llevar a cabo un examen general de las políticas migratorias, partiendo de la experiencia española, debemos remontarnos a la última década del siglo XX y recorrer estos treinta años con la mirada puesta

<sup>1</sup> Lucas, J. de, “Identidad, ciudadanía y derecho: del estereotipo al fobotipo”, *Amnis. Revue d'études des Sociétés et Cultures Contemporaines Europe-Amérique*, número extraordinario 2018, en <https://journals.openedition.org/amnis/3244>.





en el tratamiento de los extranjeros y en el grado de respeto de sus derechos, así como el trato dado como inmigrantes, y el conjunto normativo que les afecta, resaltando la diferenciación con el trato dado a los nacionales (tanto formal como sustancial) y la justificación que se alega. En último término, como se decía tradicionalmente en los manuales de Derecho Internacional Privado de los años ochenta, el Derecho de extranjería, los derechos y libertades de los extranjeros en España, no es sino la otra cara de la moneda del Derecho de la nacionalidad, una condición negativa que se predica de los no nacionales, el estatuto de los no nacionales en el interior del Estado.<sup>2</sup>

La característica más clara de la legislación española (y occidental) durante todos estos años ha estado precisamente en la construcción de estereotipos negativos de los inmigrantes (incluso cuando adquieren la nacionalidad local),<sup>3</sup> a través de determinados instrumentos legales; fuera precisamente, en un inicio, la creación de lo que se llamó el *fobotipo* del “inmigrante ilegal o irregular”,<sup>4</sup> como lo denominó Javier de Lucas,<sup>5</sup> fuera con posterioridad el *fobotipo* del “inmigrante no integrable”, a partir de la generalización del modelo francés del contrato de integración o similares, como ya planteamos hace años en alguno de nuestros trabajos;<sup>6</sup> o, en la actualidad, la creación del *fobotipo*

<sup>2</sup> Ver Abarca Junco, P. et al, *Derecho Internacional Privado*, UNED, Madrid, 1987, pp. 219-220.

<sup>3</sup> El caso recientemente desvelado del comportamiento discriminatorio del sistema tributario de los Países Bajos en las ayudas a las familias por los niños, que implicó una persecución a los nacionales de origen extranjero por razón de sus apellidos, pone en evidencia que el *fobotipo* opera también aun cuando ya se haya adquirido la nacionalidad. En el caso, más de veintiséis mil familias, en su mayor parte de origen marroquí o turco, recibieron falsamente la acusación de fraude por parte de la administración tributaria y fueron obligadas a devolver el montante de las ayudas recibidas, por lo que se debieron endeudar e incluso entraron en situación de insolvencia. Ver “Países Bajos y el escándalo de las ayudas para los hijos: no todo son bicis y tolerancia”, *El País*, 24 de enero de 2021, en <https://elpais.com/ideas/2021-01-23/paises-bajos-y-el-escandalo-de-las-ayudas-para-los-hijos-no-todo-son-bicis-y-tolerancia.html>; y “Los temibles sobres azules de la Agencia Tributaria”, *El País*, 24 de enero de 2021, en <https://elpais.com/ideas/2021-01-23/los-temibles-sobres-azules-de-la-agencia-tributaria.html>.

<sup>4</sup> Las personas no son ilegales, por supuesto.

<sup>5</sup> Lucas, J. de, “La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración”, *Isegoría*, nº 26, 2002, pp. 59-84. Ver nuestro “Tratamiento del elemento extranjero y técnica jurídica: la legislación española de extranjería o a la pérdida de la experiencia”, en *El nuevo orden del caos: consecuencias socioculturales de la globalización*, coord. por Luis Díaz Viana, CSIC, Madrid, 2004, pp. 117-142.

<sup>6</sup> Véase nuestro trabajo “Una lectura del Derecho de extranjería e inmigración: la gestión





del refugiado, aplicado especialmente a los refugiados causados por las guerras de Oriente próximo, que ha derivado en el rechazo a la aceptación de refugiados por los Estados de la Unión Europea y a la vulneración de los tratados internacionales en materia de asilo y refugio.<sup>7</sup> Como veremos, la otra característica que se debe resaltar desde el ángulo occidental en el que nos situamos está en el rechazo a asumir obligaciones internacionales en relación con el trato a los extranjeros y el hecho de que ningún país del llamado primer mundo haya firmado la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de los trabajadores migrantes y sus familias.<sup>8</sup>

Lo que debe tenerse en cuenta, al abordar las cuestiones de extranjería e inmigración de cualquier Estado, es que en ellas se pone en juego no solo un aspecto secundario de la regulación general, sino el modo en que se va a articular la nueva sociedad en formación, ante la necesidad real de acoger inmigrantes y de integrarlos sin traumas en el elemento constitutivo del Estado que son sus pueblos. Ni más ni menos, por lo que una política discriminatoria y groseramente selectiva solamente podrá crear bolsas de miseria y exclusión, sin atender a la realidad social de quienes se arraiguen en el territorio, siendo utilizados como simple mano de obra barata, sin ofrecerles otras medidas de acogida e inserción.

Desde esta perspectiva no meramente formal, sino persiguiendo un análisis sustancial, y con el marco general de los derechos fundamentales de los extranjeros en España recogidos en la Constitución Española —concebidos a la luz de los tratados internacionales, y su interpretación por el Tribunal Constitucional—, abordamos pues el análisis del tratamiento de los extranjeros y las políticas migratorias en los últimos treinta años.

---

de la integración. ‘Derecho como Literatura’ en las leyes de integración social de los inmigrantes de las Comunidades Autónomas”, en *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*, coord. por Ignacio Álvarez Rodríguez; Francisco Javier Matía Portilla (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 56-96.

<sup>7</sup> Ver, por ejemplo, Lucas, J. de, “Un ‘Waterloo moral’, jurídico y político. La UE ante refugiados e inmigrantes”, en *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*, tomo 272, nº 1405, 2015, pp. 355-366, en file:///C:/Users/usuario/AppData/Local/Temp/9611-Texto%20del%20art%C3%ADculo-21007-1-10-20181031-1.pdf.

<sup>8</sup> Ver, por ejemplo, nuestro trabajo “Una lectura del Derecho de extranjería e inmigración: la gestión de la integración. ‘Derecho como Literatura’ en las leyes de integración social de los inmigrantes de las Comunidades Autónomas”, en *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*, coord. por Ignacio Álvarez Rodríguez; Francisco Javier Matía Portilla (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 56-96.





## I. - EL PUNTO DE PARTIDA: LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA, DE LA LEY ORGÁNICA 7/1985 A LA LEY ORGÁNICA 4/2000

### 1. ESPAÑA, DE PAÍS DE EMIGRACIÓN A PAÍS DE INMIGRACIÓN

La sorpresa de convertirse en un país de inmigración, mientras había sido tradicionalmente un país de emigración, le vino a España casi sin enterarse a finales de la década de los 80,<sup>9</sup> es decir, cuando aún estaban frescas en el imaginario colectivo nacional las estampas de los emigrantes españoles de los años cincuenta o sesenta asidos a sus raídas maletas en espera de su marcha al exterior. Ha dicho del siglo XX el escritor y crítico John Berger, que ha sido “el siglo del viaje forzado (...), el siglo de las desapariciones. El siglo en que miles de personas han visto a otras personas muy próximas desaparecer en el horizonte, sin poder evitarlo”.<sup>10</sup> Los emigrantes españoles fueron necesarios para equilibrar la balanza de pagos de una economía precaria, incapaz entonces de satisfacer las necesidades de su población.

En las últimas décadas, también los países en desarrollo han consentido y facilitado, de un modo u otro, la marcha de sus poblaciones como medio para aliviar la presión demográfica. Sin duda, esta experiencia traumática del viaje se ha mitigado o cambiado, entrados en el siglo XXI, en los Estados desarrollados, España incluida, aunque la crisis económica de 2010 supuso una suerte de renovación de la vieja necesidad práctica de la emigración entre los más jóvenes.<sup>11</sup> Pero, en su más cruda realidad, sigue siendo en los países en desarrollo, donde la gente se va —o se viene, al Norte— en busca de un futuro mejor. Resulta significativo que los estudios españoles sobre extranjería, anteriores al cambio de signo de las migraciones operado a comienzos de los años 90, e incluso los textos oficiales de la dictadura franquista, comenzaban por reafirmar la existencia de un derecho universal a los

<sup>9</sup> Ver Izquierdo Escribano, A., “España: la inmigración inesperada”, en *Mientras Tanto*, n° 49, marzo-abril, 1992, pp. 85-104.

<sup>10</sup> Ver Berger, J., *Cada vez que decimos adiós*, Ediciones de la Flor, Buenos Aires, 1997, p. 23.

<sup>11</sup> Ver, por ejemplo, Ortega-Rivera, E.; Domingo i Valls, A.; y Sabater i Coll A., “La emigración española en tiempos de crisis y austeridad”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. 20, n° 549/5, 2016, en <https://revistes.ub.edu/index.php/ScriptaNova/article/view/17206>. Sobre la crisis económica y las migraciones internacionales, puede verse Gil y Gil, J.L. (dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica*, Juruá, Lisboa, 2014.





desplazamientos internacionales.<sup>12</sup> El aumento paulatino de la presión migratoria que pasó a recibir el territorio español desde los países en desarrollo, no fue sin embargo inesperado, y las frágiles y mortales pateras que han cruzado desde hace treinta años el estrecho de Gibraltar de África a la Península Ibérica ya eran previsibles en el momento de incremento y generalización del fenómeno migratorio africano hacia Europa, ante la experiencia paralela de los “espaldas mojadas” en la frontera sur de los Estados Unidos.<sup>13</sup> Cuando hay necesidades imperiosas que cubrir, la simple restricción del fenómeno migratorio no produce otra cosa que un mercado negro de inmigrantes clandestinos de imposible control.<sup>14</sup>

## 2. LA LEY ORGÁNICA 7/1985, DE 1 DE JULIO: UNA APROXIMACIÓN PRAGMÁTICA ESENCIALMENTE RESTRICTIVA

La moderna experiencia legislativa española en materia de extranjería se inició en 1985, inmediatamente antes de la entrada del país a las Comunidades Europeas el 1 de enero de 1986, con la *Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*.<sup>15</sup> La Constitución Española de 1978 (CE) vino a establecer

<sup>12</sup> Ver, por ejemplo, Martínez Cachero, L.A., *Actualidad de la emigración española: comentarios a la ley de ordenación de la emigración española de 3 de mayo de 1962*, Ministerio de trabajo, Instituto español de emigración, Madrid, 1964; y Ministerio de Trabajo de España, *Emigración y justicia social*, Ministerio de Trabajo. Servicio de publicaciones, Madrid, 1971.

<sup>13</sup> Velásquez Flores, R., “Antecedentes y reflexiones en torno a la política migratoria de Estados Unidos”, *Revista de Relaciones internacionales*, nº. 64, oct.-dic. 1994, pp. 89-99; y Astor, A., “Unauthorized Immigration, Securitization and the Making of Operation Wetback”, *Latino Studies*, vol. 7, 2009, pp. 5-29.

<sup>14</sup> Ver Enzensberger, H.M., *La Gran Migración*, Madrid, Anagrama, 1992, p. 25. Y también, entre otros, Bauman, Z., *Confianza y temor en la ciudad. Vivir con extranjeros*, Arcadia, Barcelona, 2006; Blanco F. De Valderrama, C., *Migraciones. Nuevas movildades en un mundo en movimiento*, Anthropos, Barcelona, 2006; López Sala, A.M., *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Barcelona, 2005, pp. 51-66; Lucas, J. de, “Cómo introducir el principio de justicia en la políticas de inmigración”, en *Justicia, migración y Derecho* (Laura Miraut Martín, ed.), Dykinson, Madrid, 2004, pp. 15-54; Martínez De Pisón, “La (no) política de inmigración y el Estado de Derecho”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 10/2004, en [http://www.uv.es/CEFD/Index\\_10.htm](http://www.uv.es/CEFD/Index_10.htm); Mezzadra, S., *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Traficantes de sueños, Madrid, 2005; Montoya Melgar, A., “Editorial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, p. 7; y Naïr, S., *L’immigration est une chance*, Seuil, París, 2007.

<sup>15</sup> Sobre la regulación española de la extranjería desde la Ley Orgánica 7/1985 pueden





un marco normativo totalmente inédito en nuestra experiencia jurídica: otorgó rango constitucional a los derechos de los extranjeros, dotándolos de las mismas garantías constitucionales de las que se atribuían a los derechos de los españoles. El artículo 13.1 CE afirmaba expresamente que “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.<sup>16</sup> La función interpretativa de los Tratados internacionales no debe olvidarse, y conlleva además la sumisión de nuestro sistema jurídico a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo, creado en el marco del Convenio Europeo de Roma de 4 de noviembre de 1950, para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.<sup>17</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional 107/84, de 23 de noviembre de 1984 confirmó el carácter constitucional de los derechos de los extranjeros, viniendo a puntualizar que nuestra Carta Magna identificaba tres tipos de derechos en relación con los extranjeros:<sup>18</sup>

- a. derechos, relacionados con la dignidad de la persona, de los que eran por igual titulares españoles y extranjeros, y de los que no se podía privar en ningún caso a estos últimos (derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, etc...);
- b. derechos que en ningún caso resultaban atribuibles a los extranjeros, por su carácter vinculado a la condición de sujeto político del

---

verse Aja A, E., “La evolución de la normativa sobre inmigración”, en Aja E. y J. Arango (ed.), *Veinte años de inmigración en España*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006, pp. 17-44.

<sup>16</sup> Sobre los derechos de los extranjeros en España, pueden verse, por ejemplo, Vidal Fueyo, C., “La nueva Ley de extranjería a la luz del texto constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 21, nº 62, mayo-agosto de 2001, pp. 179-220; Vidal Fueyo, C., *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; Cano Bueso, J., “Los derechos de los extranjeros en España. Una perspectiva constitucional”, en VV.AA., *Multiculturalidad y extranjería*, UPV/EHU, Bilbao, 2007, pp. 73-93; y García Vázquez, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

<sup>17</sup> Ver, por ejemplo, Pérez Sola, N., *Defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales?*, INAP, Madrid, 2015; y Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español: la incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, 2007.

<sup>18</sup> Ver, por ejemplo, nuestro “Inmigración, derecho de extranjería y exclusión social: el modelo constitucional de derechos de los extranjeros en España”, en *Voces Escondidas II, Estudio sobre la situación socio económica y laboral de la población inmigrante en Castilla y León*, Delta, Madrid, 2009, pp. 319-371.





- ciudadano nacional, como son los derechos políticos, al sufragio activo y pasivo en las elecciones generales, o el ejercicio de función o actividad pública (cargos públicos que ejercer autoridad pública); y, por último,
- c. derechos cuyo ejercicio el legislador podía atribuir o no a los extranjeros, pero que, en su contenido y garantías, en caso de ser atribuidos, no podían diferir con el contenido de los derechos de los españoles.

Pese a la claridad de la decisión del Tribunal Constitucional, el legislador de la Ley de 1 de julio de 1985 reglamentó determinados derechos estableciendo diferencias de contenido para extranjeros. En particular, para el derecho de reunión por los extranjeros (artículo 7) se exigía autorización previa (lo que se prohibía expresamente en el artículo 21 de la Constitución) y en el derecho de asociación se contemplaba la posibilidad de suspensión gubernativa de las asociaciones de extranjeros (cuando el artículo 22 de la Constitución exigía resolución judicial motivada). Presentado recurso de inconstitucionalidad por el Defensor del Pueblo, la sentencia del Tribunal Constitucional 115/87, de 7 de julio de 1987 declaró inconstitucionales los artículos 7 y 8 de la Ley 7/85, así como el artículo 34 *in fine*, que impedía la suspensión de las actuaciones administrativas dictadas al amparo de la ley, lo que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, y hacía del procedimiento de expulsión de extranjeros un mecanismo de “expulsión automática”.<sup>19</sup>

Vista desde hoy, la Ley de 1985 tuvo un carácter marcadamente restrictivo, de gestión policial de la extranjería. El fenómeno migratorio era aún incipiente y España, candidata a la entrada en las Comunidades Europeas, quería ofrecer una imagen de dominio de sus fronteras, y no aparecer como una vía indirecta de entrada irregular de inmigrantes al espacio europeo, lo que se plasmó directamente en la legislación. Ya tomaba conciencia de pasar a constituir un *país frontera* del continente europeo, con una función precisa en el control de los flujos migratorios. La *discrecionalidad* de la Administración en el ejercicio de sus funciones (en particular, el Ministerio del Interior y el Ministerio de trabajo), así como la utilización de *conceptos jurídicos indeterminados* (por ejemplo, en el establecimiento de las infracciones

<sup>19</sup> Ídem.





que dan lugar a la expulsión del extranjero del territorio) constituían algunos de los caracteres más terminantes de la normativa. Es cierto que la ley vino a sistematizar y a clarificar técnicamente la legislación española sobre extranjería, sin embargo, su aproximación puramente restrictiva la hizo incapaz de afrontar la nueva realidad inmigratoria que se experimentaba en territorio español. Servía para controlar los flujos migratorios en frontera, pero no para dar un marco normativo a la inmigración.<sup>20</sup> La política española ante la inmigración se fue adoptando a través de soluciones *ad hoc*, como fue el establecimiento de cupos a partir de 1993. España carecía pues de un marco legal para el establecimiento de una verdadera política de inmigración, que solo se apuntó con el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprobaba un nuevo Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/85.<sup>21</sup> Esta norma, propiciada por los agentes sociales, y negociada por el gobierno con los movimientos de inmigrantes, recogía ya las previsiones de una política de inmigración a través de cupos de inmigrantes, pero se encontraba demasiado encorsetada bajo las limitadas normas de la Ley de 1985. El verdadero problema estaba en que la Ley 7/85 tenía una concepción de la inmigración como fenómeno transitorio o temporal, al servicio de la coyuntura económica y de los vaivenes del mercado de trabajo. Es por lo que un simple error administrativo, como la no renovación del permiso de trabajo, podía ser fundamento suficiente para la expulsión de un extranjero. No se consideraba el derecho del inmigrante a permanecer en España como un derecho prioritario. El sistema de sanciones constituía el eje fundamental alrededor del que se articulaba la Ley.

En este período de 15 años de vigencia de la Ley 7/85 (de 1985 al año 2000), no solo se desarrolló y masificó la inmigración en España, sino que también se desarrollaron en el marco de las Comunidades Europeas nuevas normas tendentes a reglamentar los flujos migratorios y el fenómeno mismo de la inmigración. Los Acuerdos de Schengen, y en particular el Convenio firmado el 19 de junio de 1990, de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1985, que entraría en vigor

<sup>20</sup> Ver Pajares, M., *La inmigración en España. Retos y propuestas*, Icaria, Barcelona, 1998.

<sup>21</sup> Sobre la política española de inmigración de la época, hasta mediados de la primera década del siglo XXI, puede verse López Sala, A.M., “La política española de inmigración en las dos últimas décadas. Del asombro migratorio a la política en frontera y la integración”, en VV.AA., *Inmigración en Canarias: contexto, tendencias y retos*, Fundación Pedro García Cabrera, Tenerife, 2007.







el 26 de marzo de 1995, establecieron entre un grupo de Estados comunitarios normas comunes sobre control de fronteras y flujos migratorios, que acentuaban el carácter restrictivo de la aproximación legal española.<sup>22</sup> El Tratado de Unión Europea de Maastricht, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993, preveía en su Tercer Pilar el establecimiento de una normativa europea que desarrollara una política común europea de inmigración. El Tratado de Unión Europea de Ámsterdam, en vigor desde el 1 de mayo de 1999, y que preveía la plena comunitarización de las normas de Schengen, daba un paso más en el proceso de crear una política europea de inmigración, al fijar el objetivo de establecer el llamado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, a través del nuevo Título IV del Tratado de la Comunidad Europea.<sup>23</sup> Esta regulación quedaría fijada en lo sustancial, con su plena comunitarización, en las modificaciones posteriores de los tratados fundacionales hasta el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.<sup>24</sup>

La realidad social, así como los desarrollos europeos, habían superado sobradamente el marco de la Ley de extranjería de 1985, por lo que a través de una iniciativa plural, guiada por el consenso político, se inició en el Parlamento, en la legislatura 1996-2000, el proceso de elaboración de una nueva Ley, que resultaría finalmente accidentado, y objeto de una animada controversia política.<sup>25</sup>

### 3. LA LEY ORGÁNICA 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL: EL OBJETIVO DE LA INTEGRACIÓN SOCIAL DEL INMIGRANTE

La falta de un grupo político con mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados propició que el proceso de elaboración de la nueva

<sup>22</sup> Ver nuestro “El Sistema de los Acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado (I). Perspectiva General y de Cooperación”, en *Revista de Estudios Europeos*, Número 10, mayo-agosto, 1995, pp. 47-80; y “El Sistema de los Acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado (y II). Perspectiva de Armonización y Conclusiones”, en *Revista de Estudios Europeos*, Número 11, septiembre-diciembre, 1995, pp. 91-119.

<sup>23</sup> Puede verse nuestro trabajo, “Una regulación integral de la inmigración para Europa”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 5, segundo semestre de 2003, pp. 91-113.

<sup>24</sup> Ver, por ejemplo, Carrera, S., Santos Vara, J., y Strik, T. (Eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2019.

<sup>25</sup> Ver Pajares, op cit.





norma se estableciese con criterios muy diferentes a los que inspiraban la Ley de 1985. En junio de 1998, se unificó el tratamiento parlamentario de las tres “Proposiciones de Ley” presentadas por los grupos del Congreso de Convergencia i Unió, Izquierda Unida y el Grupo Mixto, tomándose las tres en consideración. Existía consenso sobre la necesidad del cambio normativo, que debía abordarse para crear una verdadera política española de inmigración, que contemplara la acogida y la integración social de los inmigrantes. El grupo político gubernamental negoció la normativa en el Parlamento con el resto de grupos y la participación de agentes y movimientos sociales, mientras el propio Gobierno dejó hacer, y solo cuando a finales de 1999 se aprobó la tramitación parlamentaria de la Ley por vía de urgencia, intentó paralizar su tramitación y argumentó que resultaba una normativa inviable, cara para las arcas públicas y contraria a los compromisos internacionales suscritos por España. Con todo, el resto de grupos parlamentarios concluyeron a tiempo el procedimiento legislativo, aprobando en plazo la Ley como la última de la legislatura, sin incorporar en su encabezamiento una Exposición de Motivos que diese cuenta de las motivaciones, fundamentos e intenciones del legislador en su elaboración.

Puede decirse que los caracteres más relevantes de la normativa contenida en la Ley 4/2000 de 11 de enero de 2000 eran:<sup>26</sup>

- a. Se perseguía como objetivo fundamental la integración social del inmigrante, a través de la equiparación de derechos con los españoles, partiendo de un principio de extensión de los derechos. En primer lugar, se promovía la integración social del inmigrante, con objeto de evitar una bolsa de pobreza de trabajadores migrantes, que sumidos en la economía sumergida, tuviesen condiciones laborales inferiores, en un marco de precariedad laboral. La normativa restrictiva había mostrado que no permitía cubrir la oferta del mercado de trabajo de modo legal. También se propiciaba la integración social del inmigrante por medio de la extensión de derechos sociales relativos a la vivienda, el idioma, la sanidad o la educación de niños y adultos, con la intención de que no surgieran bolsas de pobreza y marginación por la falta de atención de los inmigran-

<sup>26</sup> Ver Lucas, J. de, Peña, S. y Solanes, A., *Trabajadores migrantes*, Germania, Valencia, 2001.





- tes. La ley, diferenciaba bien tres tipos diferentes de integración: la integración socioeconómica, la integración legal y la integración cultural.
- b. Establecía el criterio de “arraigo” como instrumento de regularización automática de la inmigración no regular. La prueba de la existencia de una integración social y económica conllevaría la integración legal, a través de la regularización.
  - c. Facilitaba también la reagrupación familiar al establecerla como derecho básico de todo no nacional.
  - d. La Ley limitó taxativamente la discrecionalidad de la administración, obligando a la motivación de sus actos y decisiones y sometiendo todos ellos al procedimiento administrativo y al control judicial.
  - e. Modificó decisivamente el sistema sancionador, estableciendo sanciones proporcionadas a las causas que las motivaban; redujo las expulsiones a casos excepcionales, debiendo ser decididas por resolución judicial; y las infracciones administrativas (como no estar en posesión del permiso de residencia) no fueron tratadas como delitos.
  - f. Supuso la aceptación del fenómeno inmigratorio como un fenómeno permanente, que precisaba del establecimiento de una política plena de inmigración (lo que supone no solo ofertas laborales, sino una política de acogida e integración socioeconómica y de regularización e integración legal a quienes se encuentren en situación de integración socioeconómica).

La Ley iba más allá de la simple aproximación instrumental que ya se experimentó en la Alemania de posguerra, y que había conllevado numerosos problemas sociales. El fenómeno inmigratorio interesa por razones económicas, instrumentales, por la necesidad de que los inmigrantes ocupen segmentos del mercado de trabajo que no van a ocupar los españoles, o porque el descenso demográfico exigirá mano de obra extranjera para mantener los niveles de bienestar y las prestaciones del Estado social, pero la reglamentación jurídica no puede fundarse solo en tales necesidades instrumentales, sin tomar en consideración que quienes se desplazan son seres humanos, sujetos de Derecho ellos mismos, no solo objeto de Derecho. Con todo, la Ley 4/2000 adolecía de ciertos problemas técnicos y fue muy duramente





criticada por la extensión de derechos que establecía para los inmigrantes en situación irregular.

En otro orden de cosas, la ley reglamentaba también todo lo relativo a la entrada de extranjeros y a la estancia, condicionándola a la posesión de visado, exigía la acreditación de medios suficientes de vida para el tiempo de permanencia, así como la tenencia de los permisos correspondientes para trabajar, antes del desempeño del trabajo, la autorización para la residencia y otras exigencias comunes con la normativa anterior.

## II.- LA “CONTRARREFORMA” DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 Y SU INCONSTITUCIONALIDAD

### 1. LA CONTRARREFORMA LLEVADA A CABO POR LA LEY ORGÁNICA 8/2000: RETORNO A LA DISCRETIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN Y A LA PERSPECTIVA INSTRUMENTAL

La aprobación de la Ley 4/2000 suscitó las más enérgicas y airadas críticas del sector mayoritario del gobierno popular, y motivó la retirada de la política del Ministro de Trabajo del PP que había promovido la Ley, así como de la Secretaria General de Asuntos Sociales, dependiente de su departamento.

Las dos críticas fundamentales que se hacían a la Ley desde el gobierno no eran reales, pero sirvieron para fundar en ellas su reforma inmediata, mediante una nueva Ley, tras la victoria del Partido Popular en las elecciones legislativas de marzo de 2000. La primera crítica era la contradicción de la nueva legislación española con los compromisos europeos asumidos por nuestro país, y en particular con las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere (Finlandia), de 15 y 16 de octubre de 1999, en las que se incluían los llamados “hitos o jalones” de Tampere, relativos a la construcción del nuevo Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia constituido por el Tratado de Ámsterdam. Decía el gobierno que la ampliación de derechos a los inmigrantes en situación irregular vulneraba algunos de los hitos de Tampere. Sin embargo, lo que los puntos redactados en la Conclusiones del Consejo Europeo preveían para el desarrollo de una política común de inmigración era “un trato justo para los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de los Estados miembros” (ja-





lón 18), y una política decidida de integración que creara un estatuto jurídico de los nacionales de terceros países de modo que “debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros”. A una persona que hubiera residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que contase con un permiso de residencia de larga duración, se le debía conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión” (jalón 21). Ninguna de las declaraciones del Consejo Europeo contrariaba las disposiciones de la Ley 4/2000, sino que antes al contrario promovía un enfoque global sobre la inmigración, a partir del cual se debían desarrollar las políticas de los Estados miembros.

La segunda crítica que se lanzó contra la Ley 4/2000 fue acusarla de que con las disposiciones favorables a la integración de los inmigrantes, la nueva Ley producía un *efecto llamada*, que promovía a los decididos a emigrar desde los países en desarrollo a hacerlo a España, dado que se daban unas condiciones legales favorables. El argumento no se sostenía de ninguna forma, pues los candidatos a emigrar carecen usualmente de la información jurídica suficiente como para saber el tenor de las normas que se terminan de aprobar en cualquier otro país del mundo. Y, en cuanto a las mafias que promueven la inmigración ilegal a los países desarrollados, para estas basta con que se produzca un simple cambio legislativo en un país para poder afirmar el carácter más beneficioso de la nueva reglamentación. No necesitan un verdadero cambio legislativo para trasladar la información de la benevolencia del país de acogida.

El hecho es que el grupo mayoritario en el Parlamento saliente de las elecciones de marzo de 2000, elaboró en breves meses una contrarreforma a la ley 4/2000, que se articuló a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000, que entró en vigor a comienzos del año 2001. La justificación que la Exposición de Motivos de la Ley 8/2000 aducía para su elaboración, y para la rápida modificación de la Ley 4/2000 estaba en que se habrían “detectado durante su vigencia aspectos en los que la realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma”, citando asimismo los compromisos asumidos por España en la Cumbre Europea de Tampere de diciembre de 1999. La debilidad de los argumentos, así como el tenor de los cambios introducidos en la legislación por la Ley 8/2000, ofrecían





el convencimiento de que más que una política de la inmigración la nueva Ley era un modo de hacer política con la inmigración. El clima de amenaza que se difundió desde el gobierno sobre los “riesgos” que acompañarían a la entrada en vigor de la Ley 4/2000 no permitía concluir otra cosa. El “efecto llamada”, la invasión de inmigrantes, la alteración del orden público, o la reducción de puestos de trabajo de los nacionales por la entrada de extranjeros, fueron los fantasmas que se airearon contra la “irresponsabilidad” de quienes aprobaron la Ley sin el beneplácito del gobierno popular.

La nueva Ley llevaba a cabo a una verdadera contrarreforma, pues procedía a restaurar la discrecionalidad manifiesta de la Administración en la adopción de decisiones sobre extranjería, recortaba de forma discutible determinados derechos de los extranjeros, de modo que cabía hablar de una nueva reglamentación inconstitucional, como luego se demostró y comentaremos. Y establecía un nuevo sistema de expulsión de extranjeros, donde esta se llevaba a cabo por vía de urgencia, a través de un mecanismo de ejecución inmediata de la orden administrativa de expulsión, mediante un sistema que recordaba el sistema de “expulsión automática” de la Ley 7/85, declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/87, de 7 de julio de 1987.

En particular, en cuanto a los derechos que la Ley 8/2000 recortaba, volvían a estar afectados algunos de los derechos que limitaba también la Ley 7/85 (y que restauró la sentencia 115/87 del Tribunal Constitucional), como el derecho de reunión y el derecho de asociación, así como el derecho de huelga. En todos ellos se atribuye su ejercicio a los extranjeros, pero se exige la estancia regular en nuestro país. De modo, que los extranjeros con estancia irregular veían privado todo derecho a hacer reclamaciones a través de los derechos de asociación o de reunión, o por medio del derecho de huelga. Tales extremos debían entenderse como muy graves, ya que colocaban en la indefensión a los más débiles. Privaban de medios de presión y de defensa a quienes acogía de la forma más precaria el mercado de trabajo español. Además de la precariedad y de la inseguridad en sus circunstancias vitales, se les prohibía acogerse a las asociaciones que podrían defenderlos (sindicatos), ejercer el derecho de manifestar públicamente su situación y el derecho de huelga frente a los abusos de los empresarios que les contratasen ilegalmente. En el fondo, la limitación del ejercicio





era una limitación del contenido, en todo punto incompatible con la doctrina mantenida por la jurisprudencia del Tribunal constitucional desde la sentencia ya mencionada 107/84, de 23 de noviembre de 1984. La nueva Ley puso las cosas en la necesidad de la vieja reclamación de los Derechos civiles, pues colocó a una parte de la población por irregular que fuera su situación, en la más absoluta indefensión frente a los abusos.

La Ley Orgánica 8/2000 se vio acompañada de otros instrumentos, como el *Programa gubernamental GRECO* (Programa Global de Coordinación y Regulación de la Extranjería y la Inmigración en España), aprobado por el Consejo de Ministros en marzo de 2001, el *Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derecho y deberes de los extranjeros en España y su integración social reformada por la Ley Orgánica 8/2000 de 22 de diciembre*, así como los Acuerdos concluidos con los principales países originarios de inmigración en territorio español. En un intento de endurecer el trato dado a los inmigrantes se produjeron situaciones insólitas. Las promesas dadas por el gobierno español al gobierno ecuatoriano de retorno de todos los ecuatorianos que se encontraban en España a su país para formalizar los trámites de regularización, costeados los viajes por España, colocaron al gobierno español en una posición peregrina, ante la imposibilidad de cumplirlo con los miles de ecuatorianos sin papeles en nuestro territorio, y tener que aceptar una regularización más barata ante las autoridades españolas sin desplazamiento al Ecuador.

Para mostrar el contexto de la reforma legal, también cabe recordar los dramáticos sucesos de El Ejido (Almería), de febrero de 2000, que mostraron lo que no debía haber constituido el modelo de política de inmigración en España: el abandono a su suerte de los inmigrantes irregulares, a la suerte que ofrecían los empleadores ilegales.<sup>27</sup> La legislación reformada no ofrecía soluciones adecuadas a la medida de los problemas.

<sup>27</sup> Ver, por ejemplo, Martín Díaz, E., “El Ejido, dos años después. Realidad, silencios y enseñanzas”, *Inmigrantes, ¿cómo los tenemos?: algunos desafíos y (malas) respuestas*, Talasa, Madrid, 2002, pp. 74-97; y Río Ruiz, M.A., “El disturbio de El Ejido y la segregación de los inmigrantes”, *Anduli: revista andaluza de ciencias sociales*, n.º. 1, 2002, pp. 79-108.





## 2. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRIVACIÓN DE DERECHOS A LOS “SIN PAPELES” EN LA LEY ORGÁNICA 8/2000

Desde el momento de la tramitación de la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero se sucedieron las opiniones sobre la inconstitucionalidad de la nueva normativa propuesta,<sup>28</sup> de modo que ante su entrada en vigor, tanto el Grupo Parlamentario Socialista, como siete Comunidades Autónomas,<sup>29</sup> presentaron ocho recursos de inconstitucionalidad contra su contenido,<sup>30</sup> centrados especialmente en la vulneración de determinados derechos fundamentales de los inmigrantes.<sup>31</sup>

En particular, se reclamaba que se declararan inconstitucionales, entre otras, las normas que regulaban los derechos de reunión y

<sup>28</sup> Ver, por ejemplo, “El Poder Judicial reprocha al Gobierno que la Ley de Extranjería favorecerá su arbitrariedad”, en *El País*, 25 de julio de 2000; “Oposición y sindicatos exigen al Gobierno que frene la reforma de la Ley de Extranjería”, en *El País*, 28 de julio de 2000; “El Consejo de Estado critica aspectos de la reforma de la Ley de Extranjería”, en *El País*, 29 de julio de 2000; “La mayoría piensa que la Ley de Extranjería vulnera derechos humanos”, en *El País*, 6 de marzo de 2001; “Aznar descarta cualquier cambio en la Ley de Extranjería y arremete contra el PSOE”, en *El País*, 15 de marzo de 2001; “CCOO también pide a Múgica que recurra la Ley de Extranjería”, en *El País*, 17 de marzo de 2001; “El Consejo de la Abogacía estima que la ley es inconstitucional”, en *El País*, 17 de marzo de 2001. Ver, desde una perspectiva técnica, Vidal Fueyo, C., “La nueva Ley de extranjería a la luz del texto constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 21, nº 62, mayo-agosto de 2001, pp. 179-220; y Cano Bueso, J., “Los derechos de los extranjeros en España. Una perspectiva constitucional”, en VV.AA., *Multiculturalidad y extranjería*, UPV/EHU, Bilbao, 2007, pp. 73-93.

<sup>29</sup> Ya fuese a través de su Asamblea Parlamentaria (las de Navarra y País Vasco), ya a través de su Gobierno autonómico (las de Andalucía, Aragón, Castilla-La Mancha, Extremadura, y las Islas Baleares).

<sup>30</sup> El Defensor del Pueblo, Enrique Múgica Herzog, rechazó sin embargo presentar un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 8/2000, lo que le hizo recibir muy duras críticas por su inactividad en defensa de los derechos fundamentales de los extranjeros. Véase, por ejemplo, el análisis de Carballo Armas, P., “Constitución y derechos de los extranjeros. La posición del Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad (Una reflexión sobre la actuación del *Ombudsman* español ante el caso de la *Ley de Extranjería*)”, en *Justicia, migración y Derecho* (Laura Miraut Martín, ed.), Dykinson, Madrid, 2004, pp. 201-215.

<sup>31</sup> Son las SSTC 260/2007 (Parlamento Vasco), 261/2007 (sesenta y cuatro Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso), 262/2007 (Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha), 263/2007 (Comunidad Autónoma de Aragón), 264/2007 (Junta de Extremadura) y 265/2007 (Principado de Asturias).







manifestación,<sup>32</sup> el derecho de asociación,<sup>33</sup> el derecho a la educación no obligatoria,<sup>34</sup> el derecho a la libertad sindical,<sup>35</sup> el derecho a la asistencia jurídica gratuita<sup>36</sup> y el derecho de huelga.<sup>37</sup> En estas cuestiones, relativas a las disposiciones declaradas inconstitucionales por el TC por razón de que privan a los extranjeros “sin papeles” del goce de los derechos “reconocidos” por la Constitución, centraremos nuestra exposición.

Dos sentencias establecieron el eje para dar respuesta a la reclamación por la vulneración de los derechos de los no residentes, las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, en las que el TC falló, respectivamente, sobre los recursos de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra (núm. 1707-2001), y el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía (núm. 1640-2001). La segunda sentencia se refería exclusivamente a lo relativo al derecho de huelga, mientras la primera resolvía lo referido a los otros derechos mencionados.<sup>38</sup>

En su sentencia 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, el Tribunal Constitucional, en el *Fundamento Jurídico Segundo*, trató unas consideraciones iniciales que condicionaban la solución que se daría

<sup>32</sup> El apartado 1 del art. 7 de la L.O. 4/2000, en el que se reconocía a los extranjeros el derecho de reunión, pero se somete su ejercicio a la circunstancia de haber obtenido autorización de estancia o residencia en España.

<sup>33</sup> El art. 8 de la L.O. 4/2000, que reconocía a todos los extranjeros el derecho de asociación, pero restringe su ejercicio a la obtención de la autorización de estancia y residencia en España.

<sup>34</sup> El apartado 3 del art. 9 de la L.O. 4/2000, que establecía solo para los extranjeros residentes el derecho a la educación de naturaleza no obligatoria.

<sup>35</sup> El art. 11.1 de la L.O. 4/2000, que reconocía la libertad sindical de los extranjeros en las mismas condiciones que los españoles, pero solo les atribuye el ejercicio cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España.

<sup>36</sup> El apartado 2 del art. 22 (antes 20) de la L.O. 4/2000, que limitaba la asistencia jurídica gratuita para todos los procedimientos y jurisdicciones a los extranjeros residentes.

<sup>37</sup> El artículo 11.2, de la L.O. 4/2000, que hacía depender el derecho de huelga de la tenencia de la autorización para trabajar.

<sup>38</sup> Paralelamente en seis sentencias de 20 de diciembre de 2007, el TC ha resuelto el resto de recursos de inconstitucionalidad contra la L.O. 8/2000, con remisión expresa a la argumentación de las dos sentencias mencionadas. Son los recursos de inconstitucionalidad núm. 1640-2001, interpuesto por la Junta de Andalucía, núm. 1644-2001, interpuesto por el Letrado Mayor del Parlamento Vasco, núm. 1668-2001, interpuesto por sesenta y cuatro Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso, núm. 1669-2001, interpuesto por el Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, núm. 1671-2001, interpuesto por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Aragón, núm. 1677-2001, interpuesto por el Letrado de la Junta de Extremadura, núm. 1679-2001, interpuesto por el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias y núm. 1707-2001, interpuesto por el Parlamento de Navarra.





a los recursos de inconstitucionalidad: (a) el grado de libertad del que goza el legislador al regular los derechos de los extranjeros, en concreto para establecer una diferencia de trato a los extranjeros por razón de la situación regular o irregular y su fundamentación, así como (b) la función que desempeñan los tratados internacionales al determinar los derechos de los extranjeros.

A) El grado de libertad del legislador al regular los derechos de los extranjeros

¿De cuánta libertad goza el legislador —de acuerdo con el artículo 13.1 de la Constitución Española—<sup>39</sup> a la hora de regular los derechos y libertades de los extranjeros y cuáles son “los límites a los que se ve sometido en el establecimiento de diferencias respecto de los nacionales”? La diferencia de trato en la que el legislador de la L.O. 8/2000 funda la atribución a los extranjeros del ejercicio de determinados derechos fundamentales está basada en la situación jurídica en la que se encuentre el extranjero, regular o irregular, es decir en que se posea la autorización de estancia o residencia en España. Y los recursos cuestionaban este condicionamiento.<sup>40</sup> EL TC partía del dato de que nuestro ordenamiento jurídico no desconstitucionaliza el régimen jurídico de los extranjeros, de modo que la primera fuente para interpretar los derechos de los extranjeros está en el propio texto constitucional,<sup>41</sup> en los preceptos del Título I, a través de una interpretación sistemática (junto con otros preceptos constitucionales). Deberá acudirse, por tanto, en primer lugar, a cada precepto reconocedor de derechos fundamentales, de modo que la titularidad y el ejercicio del derecho dependerá del derecho concreto

<sup>39</sup> Que dice literalmente: “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”.

<sup>40</sup> Afirma el Tribunal en su *Fundamento jurídico segundo*: “Se plantea así por primera vez ante este Tribunal la posible inconstitucionalidad de una ley que niega el ejercicio de determinados derechos no a los extranjeros en general, sino a aquéllos que no dispongan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Este dato ha de resultar decisivo para el enjuiciamiento que debemos efectuar, ya que si bien la Constitución no distingue entre los extranjeros en función de la regularidad de su estancia o residencia en España, sí puede resultar constitucional que el legislador atienda a esa diferencia para configurar la situación jurídica de los extranjeros siempre que al hacerlo no vulnere preceptos o principios constitucionales”.

<sup>41</sup> *Fundamento jurídico tercero*.





de que se trate. En segundo lugar, se debe acudir a las reglas del ya mencionado artículo 13, pues consagran el estatuto constitucional de los extranjeros en España. Al decir del Tribunal, los derechos mencionados en el artículo 13 (entendido en sentido amplio el término “libertades públicas”) se refieren “a todos los extranjeros”, con independencia de la situación jurídica en que se encuentren. Los derechos y libertades de los extranjeros son derechos de configuración constitucional y no se determinan exclusivamente por el legislador y los tratados internacionales.<sup>42</sup> El legislador no tendrá la misma libertad de actuación en los distintos derechos, sino que habrá que atender a cada uno de los derechos y a la regulación en los tratados internacionales. En este sentido, es relevante la diferenciación antes reseñada que hacía la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/84, de 23 de noviembre de 1984, entre derechos atribuibles en todo caso a los extranjeros, que afectan a la dignidad humana (“corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles”, “inherentes a la dignidad de la persona humana”);<sup>43</sup> los derechos en ningún caso atribuibles a los extranjeros, que tañen al estatuto del ciudadano; y los derechos que el legislador puede o no atribuir a los extranjeros, según sus decisiones de política legislativa.<sup>44</sup> La jurisprudencia del TC en relación con la primera categoría de derechos, los que corresponden en todo caso a los extranjeros porque afectan a la dignidad humana, era extensa y había permitido el reconocimiento de un buen número de derechos que corresponden a las personas como tales y que no se recogen en “una lista cerrada y exhaustiva”.<sup>45</sup>

<sup>42</sup> El Tribunal deja sentado que no cabe interpretar de ningún modo la remisión al legislador del artículo 13.1 (“Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley”) en el sentido de que los derechos de los extranjeros los determinen exclusivamente los tratados y el legislador: “una interpretación sistemática del repetido precepto constitucional [el art. 13.1] impide sostener que los extranjeros gozarán en España solo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador, dejando en manos de este la potestad de decidir qué derechos del Título I les pueden corresponder y cuáles no”. El Tribunal Constitucional cita las SSTC 107/1984, FJ 3; y 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2.

<sup>43</sup> STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 7.

<sup>44</sup> Ver *supra*, nota 18.

<sup>45</sup> Así, el TC se había referido con anterioridad al derecho a la vida, al derecho a integridad física y moral, al derecho a la intimidad, al derecho la libertad ideológica (mencionados en la STC 107/1984, FJ 3), al derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2), al





El TC admite que si la “dignidad humana” constituye el criterio para determinar si un concreto derecho pertenece a esta categoría, tal determinación no está exenta de dificultades, “por cuanto todos los derechos fundamentales, por su misma naturaleza, están vinculados a la dignidad humana”. No obstante, son aquellos derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizar la dignidad de la persona, dirá el TC, los que es necesario reconocer, ya que la dignidad de la persona constituye el fundamento del orden político y la paz social, de acuerdo con el art. 10.1 CE y se erige “en un mínimo invulnerable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido el legislador”. En consecuencia, las opciones políticas que adopte el legislador en materia de extranjería están limitadas por los imperativos constitucionales y por la consideración de si el ejercicio de un derecho es “imprescindible para garantizar la dignidad humana”, pues no se podrá negar su ejercicio a los extranjeros, con independencia de su situación, ni modular o atemperar su contenido, pues estos derechos “pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”.<sup>46</sup> Para tal identificación, también desempeñarán un papel importante la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales en la materia de los que España sea parte. En consecuencia, el Tribunal establece que la “dignidad de la persona”:

constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE.<sup>47</sup>

El segundo límite que considera el TC que debe tomar en consideración el legislador al regular los derechos fundamentales de los extranjeros a la libertad y a la seguridad (STC 95/2003, FJ 4) , al derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5) y al derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1).

<sup>46</sup> STC 99/1985, FJ 2.

<sup>47</sup> Fundamento jurídico tercero, *in fine*.





jeros está constituido por los derechos que la propia Constitución reconoce directamente a los extranjeros, pues el legislador no va a poder denegárselos, aunque pueda establecer y exigir “condicionamientos adicionales” para su ejercicio.<sup>48</sup> Sin embargo, el legislador debe someterse a las prescripciones constitucionales y respetar el contenido mínimo del derecho cuando haya sido reconocido directamente por la Constitución para los extranjeros, de forma que el contenido preceptivo del derecho se impone al legislador al regular su ejercicio por los extranjeros.<sup>49</sup> En estos casos, deberá atenderse al tenor literal de los preceptos constitucionales que reconocen los derechos para poder identificarlos y que utilizan diferentes expresiones, como “todos”, “todas las personas”, “se reconoce”, “se garantiza”, “los ciudadanos”, “los españoles”, etc.

Como última categoría de derechos atribuibles a los extranjeros, se encuentran los derechos de los que pueden ser titulares los extranjeros “en la medida y en las condiciones que se establezcan en los tratados y las leyes”.<sup>50</sup> El legislador goza, en este caso, de mayor libertad en su regulación, pero, sin embargo, no es ni absoluta ni incondicionada, pues no puede afectar al contenido delimitado para ese derecho por la Constitución o los Tratados internacionales suscritos por España.<sup>51</sup> Ello no significa que no puedan establecerse por el legislador diferencias entre españoles y extranjeros tomando en consideración el estatus jurídico del extranjero, exigiendo la autorización de estancia o residencia “como presupuesto para el ejercicio de algunos derechos constitucionales que por su propia naturaleza hacen imprescindible el cumplimiento de los requisitos que la misma ley establece para entrar y permanecer en territorio español”.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> Fundamento jurídico cuarto. El TC reproduce el siguiente pasaje de su Sentencia 91/2000, de 30 de marzo de 2000: “hemos de partir, en cada caso, del tipo abstracto de derecho y de los intereses que básicamente protege (es decir, de su contenido esencial, tal y como lo definimos en las SSTC 11/1981, de 8 de abril, 101/1991, de 13 de mayo y ATC 334/1991) para precisar si, y en qué medida, son inherentes a la dignidad de la persona humana concebida como un sujeto de derecho, es decir, como miembro libre y responsable de una comunidad jurídica que merezca ese nombre y no como mero objeto del ejercicio de los poderes públicos” (STC 91/2000, FJ 7).

<sup>49</sup> STC 115/1987, FJ 3.

<sup>50</sup> Fundamento jurídico cuarto.

<sup>51</sup> STC 242/1994, FJ 4.

<sup>52</sup> En tal situación se encuentran, al decir del TC y de su jurisprudencia, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a percibir una prestación de desempleo y, “con





En definitiva, la opción del legislador de establecer como condición para el ejercicio de los derechos la estancia o residencia está sometida a los límites constitucionales.<sup>53</sup> En resumen, el legislador goza de una notable libertad en la regulación de los derechos de los extranjeros en España, y puede establecer condiciones para su ejercicio. Pero debe tenerse en cuenta por el legislador: en primer lugar, “el grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana”, de acuerdo con los criterios anteriormente referidos; en segundo lugar, “el contenido preceptivo del derecho, cuando este venga reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución”; en tercer lugar, “y en todo caso, el contenido delimitado para el derecho por la Constitución y los tratados internacionales”; y demás, “las condiciones de ejercicio establecidas por la Ley deberán dirigirse a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos”, y, finalmente, “guardar adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida”.

A nuestro juicio, debe considerarse un acierto hacer fundar la atribución de los derechos a su vinculación con la “dignidad de la persona”. Lo que el Tribunal fija, a nuestro parecer, es precisamente que, más allá de que todos los derechos fundamentales se vinculen con la dignidad de la persona, lo que resulta determinante para su carácter y clasificación es “la forma” en que un concreto derecho fundamental, o los contenidos de los mismos, se vinculan a la dignidad de la persona, las consecuencias que la ausencia del reconocimiento del derecho tienen sobre la persona concreta, el extranjero, en sus específicas circunstancias.<sup>54</sup>

matizaciones, el derecho de residencia y libre circulación por territorio español”.

<sup>53</sup> Como razona el TC: “puesto que el incumplimiento de los requisitos de estancia o residencia en España por parte de los extranjeros no permite al legislador privarles de los derechos que les corresponden constitucionalmente en su condición de persona, con independencia de su situación administrativa. El incumplimiento de aquellos requisitos legales impide a los extranjeros el ejercicio de determinados derechos o contenidos de los mismos que por su propia naturaleza son incompatibles con la situación de irregularidad, pero no por ello los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España están desposeídos de cualquier derecho mientras se hallan en dicha situación en España”. Fundamento jurídico cuarto.

<sup>54</sup> Las críticas que se han realizado a este criterio, “no solo por la propia labilidad del concepto dignidad de la persona, sino porque todos los derechos fundamentales están vinculados, de una u otra forma, a dicha dignidad”, entendemos que deben ponderarse a la luz de esta sentencia. Ver Vidal Fueyo, C., “La nueva Ley de extranjería a la luz del texto constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 21, nº 62,





## B) El papel que desempeñan los tratados internacionales en la interpretación de los derechos fundamentales

El segundo argumento general que el TC consideró que debía examinar pues en él se apoyaba el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento de Navarra contra la Ley Orgánica 8/2000, se refiere a la función que desempeñan los tratados internacionales de los que España es parte en materia de derechos fundamentales, pues el recurso sostiene que la mayor parte de los preceptos legales impugnados son inconstitucionales porque entran en contradicción con la regulación dada en determinados tratados internacionales, fundándose en la norma prevista en el art. 10.2 CE.<sup>55</sup>

El TC señala que en su jurisprudencia anterior ha manifestado reiteradamente la utilidad de estos Convenios internacionales “para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 CE”.<sup>56</sup> El Tribunal aclara cuál es el significado del término “interpretación” que recoge el artículo 10.2 CE, en el sentido de que “no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales”. Al existir la proclamación constitucional de los derechos fundamentales, la constitucionalidad de las normas se mide a través de los expresos preceptos constitucionales donde se recogen los derechos y libertades para los que se reclama la protección, “siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional”.<sup>57</sup>

mayo-agosto de 2001, p. 190. Y también, citado por la profesora Vidal Fueyo, Solozábal Echavarría, J.J., “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, p. 88; idem, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 32, mayo-agosto 1991, pp. 73-114. Y también Vidal Fueyo, C., *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002; y García Vázquez, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

<sup>55</sup> El precepto dice: “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

<sup>56</sup> SSTC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4; y 84/1989, de 10 de mayo, FJ 5.

<sup>57</sup> STC 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4 a.





En consecuencia, los tratados internacionales son un instrumento de interpretación de los derechos recogidos en la constitución. Si las leyes u otras disposiciones normativas entran en contradicción con los tratados internacionales sobre derechos fundamentales y libertades ratificados por España, puede llegar a fundamentarse en esa contradicción la inconstitucionalidad de las leyes, pero no por la contradicción “en sí misma”, ni porque el tratado se convierta en una medida o parámetro de constitucionalidad de la ley, sino porque el precepto constitucional que proclama y reconoce el derecho, que constituye el verdadero parámetro de constitucionalidad de las leyes, debe ser “interpretado, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el tratado o acuerdo internacional”.<sup>58</sup> En consecuencia, el legislador, al regular los derechos de los extranjeros, sí estará limitado en su actuación, a causa del artículo 10.2 CE, por las normas internacionales, pero porque como cualquier poder del Estado, el legislador está obligado a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades reconocidos por la Constitución de acuerdo con las normas internacionales sobre la materia de las que España sea parte.<sup>59</sup>

C) La declaración de inconstitucionalidad de las normas sobre derechos fundamentales en la formulación de seis derechos de la Ley Orgánica 8/2000

La aplicación práctica del extenso planteamiento anterior la desarrolló el Tribunal Constitucional declarando inconstitucional la regulación que la Ley Orgánica de seis derechos,<sup>60</sup> en particular, los derechos

<sup>58</sup> STC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5.

<sup>59</sup> Y concluye el TC su argumentación sobre la función de las normas internacionales en la interpretación de los derechos fundamentales de la constitución afirmando que el Tribunal, al examinar la constitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000, debe determinar si el legislador ha respetado los límites establecidos por el art. 10.2 que le obligan a interpretar de acuerdo con las normas internacionales los derechos y libertades consagrados en la Constitución Española, sin que por ello tales normas internacionales sean por sí mismas un canon de constitucionalidad: “Las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España, interpretados de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. En consecuencia, solo podrá declararse su inconstitucionalidad si aquellas normas con rango de ley vulneran el contenido constitucionalmente declarado de tales derechos y libertades” (Fundamento jurídico quinto, *in fine*).

<sup>60</sup> Cinco en la sentencia 236/207 y uno en la sentencia 259/2007.







de reunión y manifestación, el derecho de asociación, el derecho a la educación no obligatoria, el derecho de sindicación, el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho de huelga. Lo primero que hizo el Tribunal fue organizar el método de análisis que iba a seguir para comprobar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de cada una de las normas sobre derechos fundamentales de los extranjeros. La estructura del razonamiento era tripartita: análisis del contenido esencial del derecho, incluido el enunciado constitucional; precisión de en qué medida era imprescindible para la dignidad humana; y recurso al apoyo en la DUDH y en los tratados internacionales de los que España es parte.<sup>61</sup> Simplificando mucho, dado que hemos desarrollado con cierto detenimiento los planteamientos básicos, haremos un tratamiento unificado seis derechos referidos.

En todas las normas referidas a estos derechos, el legislador exigía la condición de que los extranjeros debían tener autorización de estancia o residencia en España para poder ejercerlos. A juicio del TC, en todos y cada uno de los seis derechos, la condición que se establecía para su ejercicio, de que los extranjeros debían tener autorización de estancia o residencia en España, carecía de cobertura constitucional, pues se atribuían, con una u otra fórmula, a “todos”, incluyendo a los extranjeros. El ejercicio de tales derechos se encontraba, para el TC, vinculada con la dignidad de la persona y su privación suponía un menoscabo a la misma. En consecuencia, en todos y cada uno de esos supuestos se declaró la inconstitucionalidad de los preceptos, aunque el alcance terminó siendo diferente. En los casos del derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y del derecho a la asistencia jurídica gratuita, en la sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, y en el caso del derecho de huelga, en la sentencia 259/2007, de 19 de diciembre, no se da la posibilidad de condicionalidad del derecho para los extranjeros no residentes, de modo que la inconstitucionalidad del precepto conduce a la nulidad de la obligación de estar en situación regular en España, bien por la tenencia de las correspondientes autorizaciones de estancia, residencia o para trabajar en España, exigidas en los respectivos preceptos.<sup>62</sup> Aquí, en consecuencia, inconstitucionalidad equivale a nulidad de tales requisitos.

<sup>61</sup> Fundamento jurídico sexto. Cita la STC 91/2000, FJ 3.

<sup>62</sup> STC 236/2007, fundamento jurídico decimoséptimo, y STC 259/2007, fundamento jurídico noveno.





Sin embargo, en los supuestos de los derechos de reunión, asociación y sindicación, en la sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, el TC consideró, en primer lugar, que no podía declarar la nulidad de los preceptos completos impugnados, porque ello conduciría a un vacío legal que tendría como consecuencia la denegación de tales derechos para todos los extranjeros, con independencia de su situación.<sup>63</sup> La otra posibilidad, la declaración de nulidad en cada uno de los artículos afectados de los correspondientes incisos “y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”, consideraba el TC que tampoco procedía, pues ello supondría suplantar la voluntad del legislador equiparando plenamente a todos los extranjeros con independencia de su situación, en supuestos en los que cabe establecer una determinada condicionalidad. Como medio de evitar suplantar la voluntad del legislador el TC optó por declarar la inconstitucionalidad de los preceptos pero no su nulidad, instando al legislador para que “establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Y ello sin perjuicio del eventual control de constitucionalidad de aquellas condiciones, que corresponde a este Tribunal Constitucional”.<sup>64</sup> Sería el legislador, en su Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, el que retiraría tales condicionantes y dejaría resuelta la cuestión.

### III.- LA CONSTRUCCIÓN SOCIAL DEL INMIGRANTE POR LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA Y EL *FOBOTIPO* DEL INMIGRANTE ILEGAL

Lo primero que cabe decir es que cada Derecho, cada ordenamiento jurídico, cada Estado, construye a través de las normas jurídicas su propia imagen y representación del fenómeno de la inmigración. Es la legislación de extranjería la que recoge y proyecta la concepción que una sociedad dada tiene de los inmigrantes. Y lo hace de un modo concluyente, pues al llevarse a cabo la recepción conceptual en la nor-

<sup>63</sup> Fundamento jurídico decimoséptimo.

<sup>64</sup> Fundamento jurídico decimoséptimo.





ma jurídica, se trata de una concepción en acción, socialmente relevante, poniéndose a su servicio las técnicas y los mecanismos jurídicos coactivos y de obligado cumplimiento, de modo que una valoración negativa por esa concepción de un hecho dado se traducirá en un mecanismo técnico-jurídico de exclusión o de reprobación en la práctica.

Lo que cabe observar es que un fenómeno global, como la inmigración, inserto dentro de la lógica de la economía global,<sup>65</sup> recibe respuestas diferentes en su tratamiento local por los Derechos nacionales. Cada Derecho, cada ordenamiento jurídico, cada sociedad se enfrenta a él desde sus propias premisas culturales y sociales.

El extranjero inmigrante aparece de este modo con una representación social, una construcción conceptual, que se refleja en la reglamentación. La norma jurídica proyecta así, como un espejo, la concepción del inmigrante que ofrece en un momento dado la sociedad de la que emana, y contribuye a su difusión, tanto hacia la propia comunidad, creando un modelo de extranjero inmigrante y de estándar de comportamiento y respuesta hacia él para sus ciudadanos, como para los potenciales inmigrantes en su territorio.<sup>66</sup>

El régimen jurídico de la extranjería proyecta con él todo el discurso de legitimación construido a su alrededor, y a propósito del que Riva Kastoriano se ha referido como “una guerra de palabras”, en la que los “términos”, como cuchillos, constituyen la punta de lanza de la representación, tomando el Derecho como referente: “ilegales”,

<sup>65</sup> Como refiere Ridao, J. M.: “La férrea regulación del mercado internacional de trabajo persigue ese mismo propósito: mantener una reserva estable de mano de obra barata, de manera que los capitales puedan acudir donde su rentabilidad sea mayor. La diferencia radica en que, al haber optado en principio por una barrera geográfica y no legal, la actual ortodoxia no previó que algunos de los agentes económicos de los países ricos –cuyos capitales no son móviles, bien por su exiguo tamaño, bien por la naturaleza de su actividad– ajustarian sus decisiones a las leyes del mercado, lo mismo que los trabajadores de los países pobres, dando lugar al flujo migratorio que hoy está desmintiendo la división internacional del trabajo prevista por el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial. Así, de la misma manera que la decisión de debilitar el Estado y adelgazar sus instituciones dio como resultado una acelerada fragmentación social con la que no se contaba, la desregulación de los flujos financieros y la liberalización del comercio ha provocado una reacción inesperada en el mercado internacional del trabajo, cuya manifestación más palpable es esta transferencia de mano de obra desde los países pobres hacia los ricos”, en *La elección de la barbarie*, Tusquets, 2002, pp. 144-145. Ver también Martínez, D.; y Vega Ruiz, M.L., *La globalización gobernada*, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 101-103, 191-195, 206-207 y 266-269.

<sup>66</sup> Ver Lucas, J. de, “Una oportunidad perdida para la política de inmigración. La contrarreforma de la Ley 8/2000 en España”, en Lucas, J. de, Peña, S. y Solanes, A., *Trabajadores migrantes*, Germania, Valencia, 2001, pp. 33 y 36.





“extranjeros ilegales”, “inmigración ilegal”, “clandestinos”, “refugiados económicos”, “falsos demandantes de asilo”... Términos que se acompañan, al tiempo, con la idea de invasión, de ocupación territorial por los extranjeros, y por la criminalización y la vinculación con la inseguridad ciudadana.<sup>67</sup> La inmigración se configura, así como “amenaza” y como “problema”.

Como se ha dicho, el extranjero no comunitario, inmigrante pobre que viene para trabajar, constituye el elemento nuclear de la construcción legal/social de la inmigración.<sup>68</sup> Y en esta construcción se ha llegado a plasmar un modelo de inmigrante “bueno”, frente a los inmigrantes “malos”, entendiendo los primeros como aquéllos que cumplen dos condiciones: ser útiles para el mercado de trabajo y ser integrables con facilidad, porque culturalmente están más próximos a nuestra esfera cultural.<sup>69</sup> En esta categoría entran, en términos generales, los de Estados europeos del Este no miembros para los países de la Unión Europea, y los latinoamericanos para España, tal y como se ha reiterado por las autoridades gubernamentales españolas. Frente a ellos, los inmigrantes “malos” serían aquéllos que se consideran incompatibles con los derechos humanos:<sup>70</sup> o, en otros términos, los que plantean problemas de integración cultural, los musulmanes e islámicos en la construcción de Giovanni Sartori.<sup>71</sup>

Como ha resaltado de Lucas, el paradigma, el resumen de esta construcción, vendría dado por el *fobotipo* del inmigrante irregular,<sup>72</sup> como estereotipo que recoge las fobias sociales, sobre la base de su situación no acorde con determinadas premisas legales. El inmigrante irregular vendría a ser una suerte de chivo expiatorio, como diría René Girard.<sup>73</sup> La gran paradoja es que el endurecimiento de las soluciones legales

<sup>67</sup> El caso español ha sido paradigmático, ante los mensajes que emitía el gobierno de José María Aznar de que el aumento de la delincuencia se debía a la inmigración, pese a la evidencia. Ver Gómez, L., “Culpables y víctimas de la violencia”, *El País Domingo*, 16.06.2002, p. 9.

<sup>68</sup> Lucas, J. de, “Las propuestas sobre políticas de inmigración en Europa. El debate en España”, en *Construcción de Europa, democracia y globalización*, coord. por Ramón Máiz Suárez, vol. 2, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago, 2001, pp. 741-760.

<sup>69</sup> Esta era la posición de Sartori, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001.

<sup>70</sup> Ver Lucas, J. de, “Las propuestas sobre políticas...”, *op.cit.*, p. 745.

<sup>71</sup> Sartori, G., *op.cit.*, pp. 52-53 y 114-119.

<sup>72</sup> Ver Lucas, J. de, *op.cit.*, p. 745.

<sup>73</sup> Girard, R., *El chivo expiatorio*, Anagrama, Madrid, 1986.





(en España, la contrarreforma de la Ley 4/2000 por la Ley 8/2000), se hizo con el argumento de acabar con la inmigración ilegal, o limitarla, cuando el endurecimiento daría lugar a más número de inmigrantes en situación irregular (más *ilegales*).

La regulación que establecía la Ley Orgánica 8/2000 proyectaba un mensaje inequívoco a la sociedad: los inmigrantes irregulares eran sujetos fuera del Derecho. Lo que la situación jurídica de los inmigrantes planteaba era que el nuevo Derecho de extranjería se había convertido en una verdadera piedra de toque del Estado de Derecho, al mostrar la existencia de sujetos despojados de derechos, y la quiebra del derecho a la igualdad, en una lógica que comparte con los “espacios no sometidos al Derecho” creado por el gobierno estadounidense en Guantánamo, o por las técnicas de persecución y “juicio secreto” (¿sumarísimo?) a musulmanes en los Estados Unidos tras el 11 de septiembre y la ocupación de Afganistán.<sup>74</sup>

En este contexto resulta un dato revelador el hecho de que ningún Estado de los países desarrollados haya firmado ni ratificado la Convención internacional de las Naciones Unidas sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, hecha en Nueva York, el 18 de diciembre de 1990, que establece obligaciones para los Estados en relación con el trato dado a los extranjeros migrantes y un mínimo estándar de trato que garantiza determinados derechos mínimos.<sup>75</sup> Resulta sintomático que los Estados desarrollados no quieren asumir compromisos internacionales expresos en relación con los derechos mínimos que deben conceder a los inmigrantes en su territorio, ante el riesgo de que sean un obstáculo a su libre gestión de los flujos migratorios y de las políticas de inmigración. Este hecho muestra que la restricción o la exclusión de derechos a los inmigrantes aparecen para los Estados desarrollados, desde una perspectiva utilitarista, como una política posible y susceptible de ser utilizada.

<sup>74</sup> Puede verse el lúcido y riguroso estudio de Fernández, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003; y el comentario de Oliván López, F., “De Sevilla a Guantánamo. Una reflexión sobre los derechos humanos”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, nº 1, noviembre de 2002, pp. 123-124.

<sup>75</sup> Véase nuestro trabajo “Una lectura del Derecho de extranjería e inmigración: la gestión de la integración. ‘Derecho como Literatura’ en las leyes de integración social de los inmigrantes de las Comunidades Autónomas”, en *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*, coord. por Ignacio Álvarez Rodríguez; Francisco Javier Matía Portilla (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 56-96.





El resultado es lo que el filósofo del Derecho Giorgio Agamben llamó la “nuda vida”, el vaciamiento de la vida y su integración en el campo del Derecho en el Estado democrático, la contradicción de la democracia finisecular, cuya herencia mantenemos, que por un lado reclama y enuncia de modo general y abstracto los derechos y libertades para todos y por otro, establece, de forma natural, sujetos concretos privados de derechos.<sup>76</sup> De ahí que afirmemos, como ya hemos hecho más arriba, que el Derecho de extranjería e inmigración se convierte en la actualidad en una verdadera piedra de toque del Estado de Derecho.

#### IV.- EL MODELO DEL CONTRATO DE INTEGRACIÓN Y LOS INMIGRANTES “NO INTEGRABLES” COMO RENOVACIÓN DEL FOTOTIPO MIGRATORIO

Las nuevas corrientes en materia de política de extranjería e inmigración trajeron como resultado una nueva categoría de instrumentos: los contratos de integración, Esta nueva técnica supone que los Estados no han dirigido sus esfuerzos a asegurar las condiciones mínimas de integración socioeconómica de los inmigrantes, que deberían garantizar los poderes públicos del país de acogida a los trabajadores extranjeros que recibe, sino a imponer a los inmigrantes obligaciones de integración cultural.<sup>77</sup>

En el contexto de la comunitarización de las políticas de inmigración en la Unión Europea apareció un nuevo enfoque. Con el Tratado de Unión Europea de Ámsterdam de 1997 (en vigor desde el 1 de mayo de 1999) y las previsiones del Programa de Tampere,<sup>78</sup> la fundamental Comunicación de la Comisión de 22 de noviembre de 2000, titulada *Una política comunitaria en materia de inmigración*,<sup>79</sup> contempló la idea básica de que se debía “reconocer que la integración es un proceso *bidireccional* que implica la adaptación tanto por parte del inmigrante como de la sociedad de acogida”.

<sup>76</sup> Agamben, G., *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pretextos, Valencia, 1998, pp. 17-20.

<sup>77</sup> Puede verse, Sales Ten, A., *Inmigración, integración cívica y obligación en la Unión Europea: El contrato de integración*, Universitat de València, Valencia, 2020.

<sup>78</sup> Véase nuestro trabajo, “Una regulación integral de la inmigración para Europa”. En *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 5, segundo semestre de 2003, pp. 91-113.

<sup>79</sup> COM (2000) 757, de 22.11.2000.





En este marco, bajo el amparo del Programa de La Haya,<sup>80</sup> que se adoptó en el Consejo Europeo del 4 y 5 de noviembre de 2004, se aprobaron de forma inmediata los llamados *Principios Comunes Básicos sobre Integración*, por el Consejo de Ministros de Justicia y Asuntos de Interior en Bruselas, el 19 de noviembre de 2004.<sup>81</sup> Y en ese catálogo de *Principios Comunes Básicos sobre Integración* se incorporó, en el cuarto de los principios, una referencia a otras exigencias de integración, al considerar indispensable haber interiorizado con cierta profundidad determinados aspectos culturales del país de acogida: “Un conocimiento básico del idioma, la historia y las instituciones de la sociedad de acogida es indispensable para la integración; permitir a los inmigrantes adquirir ese conocimiento básico es esencial para que la integración tenga éxito”. Es cierto que en ese momento, la enunciación se hacía de forma positiva para los inmigrantes, pero, en la práctica ha terminado por constituir un verdadero “deber de integración” de los inmigrantes que vino a desactivar en la práctica la consideración de la integración como un “proceso bidireccional”, puesto que al poner el acento en la conducta del inmigrante se eclipsan las exigencias de integración socioeconómica, que obligan al país de acogida, y el papel del Estado en su realización.<sup>82</sup>

La referencia a estas exigencias de integración cultural ha seguido manteniéndose en la documentación europea,<sup>83</sup> de forma que, junto a los mecanismos de exclusión basados en la “irregularidad” de los inmigrantes, se ha venido a sumar un nuevo elemento excluyente, la consideración de la ausencia de integración cultural, pues las estrategias

<sup>80</sup> *Comunicación de la Comisión, Programa de la Haya: diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia*, COM (2005) 184 final de 10.5.2005. Ver *El programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea* (2005/C 53/01), DOUE, C 53 de 3.3.2005, pp. 1-14.

<sup>81</sup> Consejo de la Unión Europea, sesión nº 2618 del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior, Bruselas, 19.11.2004, 14615/04.

<sup>82</sup> Ver Carrera, S., “Programas de integración para inmigrantes: una perspectiva comparada en la Unión Europea”, *Migraciones*, nº 20, 2006, pp. 37-73. Dice este autor “La integración” parece haberse transformando en un proceso unidireccional en el que las responsabilidades se ponen exclusivamente en la parte de los inmigrantes” (p. 51).

<sup>83</sup> Ver Solanes Corella, A., “Sobre las condiciones para la integración de y con los inmigrantes: del ámbito formal al material”, *Integración y Derechos en tiempos de crisis. Human Right, Investigation & Human Mobility. 3rd Human Rights Centres and Research Institutes International Meeting*. 15-16 de Noviembre de 2012. IDH Valencia. En [http://www.uv.es/immigracio/PrometeoGVA/III\\_Encuentro\\_files/ASC.pdf](http://www.uv.es/immigracio/PrometeoGVA/III_Encuentro_files/ASC.pdf).





que se utilizan para comprobar integración y su consecución llevan a cabo un gestión compulsiva o coercitiva y no utilizan la opción de modalidades asertivas. Este constituye, a nuestro juicio, un verdadero *fobotipo* de exclusión, que opera en la práctica como un instrumento que imposibilita el acceso a plenos derechos.<sup>84</sup>

Sin llevar a cabo un desarrollo exhaustivo, sí cabe decir que un buen número de Estados europeos —tales como Alemania, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Países Bajos, Reino Unido, Suiza y Suecia— fueron incorporando a su legislación exigencias referidas al conocimiento del idioma y de aspectos culturales, que en numerosas ocasiones se articulaban a través de los llamados “contratos o cursos de integración”, que hacen descansar mayoritariamente sobre el inmigrante el peso de la integración.<sup>85</sup> Así, se establecían en la legislación distintas modalidades de exámenes de civismo y ciudadanía, cursos o contratos de integración,<sup>86</sup> en algunos casos con programas de integración de carácter vinculante, que pusieron en marcha una nueva estrategia de exclusión que evalúa las posibilidades de integración de los inmigrantes a la luz del hipotético peligro que podrían suponer para la seguridad y la unidad nacional.<sup>87</sup> Los casos de los Países Bajos,<sup>88</sup> Alemania,<sup>89</sup> Reino Unido,<sup>90</sup> Austria,<sup>91</sup> Di-

<sup>84</sup> Ver Gil Araujo, S.: *Las argucias de la integración. Políticas migratorias, construcción nacional y cuestión social*. Iepala Editorial, Madrid, 2010; y Houdt, F. van; Suvarierol, S.; Schinkel, W.: “Neoliberal communitarian citizenship: Current trends towards ‘earned citizenship’ in the United Kingdom, France and the Netherlands”, *International Sociology*, n° 26, mayo de 2011, pp. 408-432

<sup>85</sup> Solanes Corella, A., *op.cit.* 2012

<sup>86</sup> Véase también sobre la materia Solanes Corella, A., “¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley autonómica valenciana 15/2008”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n° 20, 2009, pp. 47-75. También puede verse Sales Ten, A., *op.cit.*, pp. 59-126.

<sup>87</sup> Ver Rudolph, Ch., *National Security and Immigration: Policy Development in the United States and Western Europe Since 1945*. Stanford University Press, Stanford, 2006.

<sup>88</sup> Para el caso holandés ver Carrera, S., *op.cit.*; Gil Araujo, S., *op.cit.*; Michalowski, I., *Modelos de acogida en Alemania, Francia y los Países bajos: diseño y efectividad de los programas de acogida e integración*, en Biles, J.; Michalowski, I. Y Winnemore, L., *Políticas y modelos de acogida. Una mirada transatlántica: Canadá, Alemania, Francia y los Países bajos*. Serie Migraciones, núm. 12, Barcelona: Fundació CIDOB, pp. 67-92; Sales Ten, A., *op.cit.*, pp. 61-68.

<sup>89</sup> Para el caso alemán, puede verse Sales Ten, A., *op.cit.*, pp. 81-88.

<sup>90</sup> Para el caso británico ver Gil Araujo, S., *op.cit.*; y Solanes Corella, A., *op.cit.*, 2009, y Sales Ten, A., *op.cit.*, pp. 74-81.

<sup>91</sup> Para el caso austriaco ver Carrera, S., *op.cit.* y Sales Ten, A., *op.cit.*, pp. 88-95.







namarca<sup>92</sup> o Francia<sup>93</sup> han aparecido como los más representativos de la tendencia.

Lo que estos instrumentos expresan es el carácter “unidireccional” de las nuevas políticas, haciendo caer sobre el inmigrante el peso de la integración, que en buena parte de los casos también cargan sobre el propio inmigrante los costes de los programas de integración. Lejos de tratarse de un instrumento efectivo de integración que facilite la cohesión social, el largo itinerario que en ocasiones obligan a seguir los programas de integración proyecta una imagen negativa de los inmigrantes hacia la población autóctona. Esta imagen negativa proyectada tiene verdadero valor performativo, pues el principio de sospecha que establece el Derecho con los inmigrantes, a través de los contratos y programas, se traslada como principio de sospecha a toda la sociedad.

En el caso español, estos instrumentos se desarrollaron por las Comunidades Autónomas, espacialmente a partir del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009 (BOE de 30 de abril de 2011), que vino a modificar el panorama español, aproximando nuestro sistema a los sistemas contractuales, al incorporar un llamado “informe acreditativo del esfuerzo de integración”, que debe emitir la Comunidad Autónoma del lugar de residencia del extranjero.<sup>94</sup> Este Reglamento establece un modelo de informe no obligatorio, atenuado en cuanto a sus efectos, pero que transfiere al inmigrante la carga del esfuerzo integrador, alejando así la regulación del modelo de la integración como proceso bidireccional, teóricamente predicado por los *Principios* comunitarios. Como se dice por Matía Portilla, el informe “sitúa al afectado en un plano distinto al de cualquier persona

<sup>92</sup> Para el caso danés, ver Carrera, S., *op.cit.* y Sales Ten, A., *op.cit.*, pp. 101-108.

<sup>93</sup> Para el caso francés, ver Araujo, S., *op.cit.*; Haba Morales, J. de la: “Trabajadores inmigrantes y acción colectiva: una panorámica sobre las relaciones entre inmigrantes y sindicalismo en Europa”. En *Papers: Revista de sociología*, 2002, núm. 66, pp. 155-186; La Spina, E., “El ‘modelo’ francés como un posible contraejemplo del marco jurídico-político de la integración en España, en *VII Congreso sobre las Migraciones Internacionales en España*, Bilbao, abril de 2012, en [http://nadiesinfuturo.org/IMG/pdf/LA\\_SPINA\\_E.pdf](http://nadiesinfuturo.org/IMG/pdf/LA_SPINA_E.pdf); Ver Carrera, S., *op.cit.*; Sales Ten, A., *op.cit.*, pp. 68-73; y Solanes Corella, A., *op.cit.*

<sup>94</sup> Ver, Matía Portilla, F.J.: “Los informes autonómicos (y/o municipales) relacionados con la inmigración: exégesis y sentido”, en *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*, coord. por Ignacio Álvarez Rodríguez; Francisco Javier Matía Portilla (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp.255-292.





sometida al *imperium* del Estado español”, de forma que discrimina al inmigrante frente al tratamiento dado a cualquier otra persona.<sup>95</sup>

En el caso de las Comunidades Autónomas, con el antecedente de la Ley 15/2008 de integración de las personas inmigrantes en la Comunidad Valenciana,<sup>96</sup> y la posterior Ley 3/2013, de 28 de mayo de integración de los inmigrantes en la sociedad de Castilla y León,<sup>97</sup> resalta el caso catalán, donde la Ley 10/2010 de acogida de las personas inmigradas y de las regresadas a Cataluña, en una pirueta orwelliana, calificaba el sistema de evaluación de la integración de los inmigrantes como “servicios de primera acogida”, y a los inmigrantes susceptibles de aceptación o rechazo como “sujeto beneficiario” o como “persona titular del derecho de acceso al servicio de primera acogida”, como si en lugar de una, restricción, una traba o un obstáculo que puede impedir gozar de la integración fuera un beneficio y el inmigrante, realmente damnificado por el sistema, el titular de un derecho subjetivo.<sup>98</sup>

En consecuencia, todo el sistema del contrato de integración —o los sistemas similares— aparece como una traba fruto de la desconfianza y la prevención hacia un nuevo *fobotipo* imaginario, el del “inmigrante no integrable”, sean los musulmanes en la mayor parte de Europa, sean los latinoamericanos en Cataluña si no aprenden catalán.

#### CONCLUSIONES: LA EXCLUSIÓN DEL OTRO. EUROPA Y LA CRISIS DE LOS REFUGIADOS: LA VULNERACIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE REFUGIO Y ASILO

Como colofón, queremos resaltar que creemos haber demostrado que las normas sobre migraciones que hemos examinado constituyen un arriesgado instrumento que posibilita la exclusión y que tras el *fobotipo* del inmigrante irregular, institucionalizado por la contrarreforma de la Ley 8/2000, al privar a estos extranjeros de sus derechos bási-

<sup>95</sup> *Idem.*

<sup>96</sup> Ver Ortega Giménez, Alfonso; Alarcón Moreno, José; y Alonso García, Esther: “Las Escuelas de Acogida: un nuevo modelo de integración de los inmigrantes en la Comunidad Valenciana”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 8, febrero de 2012, pp. 249-283; y Ver Carrera, Sergio, *cit.* y Sales Ten, A., *op.cit.*, pp. 150-155.

<sup>97</sup> Puede verse Sales Ten, A., *op.cit.*, pp. 169-174.

<sup>98</sup> Ver nuestro “Una lectura... *op.cit.* pp. 80-85; y también Sales Ten, A., *op.cit.*, pp. 159-166.





cos, cuestión que fue resuelta por el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 2007 y por el legislador por su reforma legal de 2009, vino a aparecer, de inmediato, un nuevo *fobotipo* migratorio a través de sistemas como el del contrato de integración o similares. El hecho es que, en España, al finalizar un *fobotipo*, nació otro, más complejo, pero igual de real.

La nueva realidad de los movimientos transfronterizos de personas ha estado en los últimos años en la crisis de los refugiados en Europa, en las costas mediterráneas, en Italia y Grecia, a partir de 2013 y, particularmente, entre 2015 y 2017, pero aún sin resolver.<sup>99</sup> Como se ha dicho, el fracaso de la política europea de refugiados, a través del llamado Sistema Europeo Común de Asilo (SECA),<sup>100</sup> vino con el cumplimiento irrisorio de la llamada política de cuotas de reubicación que se adoptó en septiembre de 2015.<sup>101</sup> El propio reconocimiento de las instituciones europeas de su fracaso se produjo en marzo de 2017, ante la oposición de los Estados miembros al cumplimiento de las cuotas, incluidos Dinamarca, Austria, Países Bajos, Francia, la propia Alemania y los llamados países del Centro y Este de Europa.<sup>102</sup> Un

<sup>99</sup> Una explicación de la crisis puede verse en Morales A., *No somos refugiados*, Círculo de Tiza, Madrid, 2017. Puede verse también el reportaje Foppoli, C., “Una crisis sin solución a la vista”, *La Vanguardia*, 17 de junio de 2019, en <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20190617/462512229388/crisis-refugiados-fracaso-sistema-cuotas-europa.html>.

<sup>100</sup> Puede verse Arenas-Hidalgo, N., “Derecho internacional y europeo de las personas refugiadas”, en Fernando M. Mariño Menéndez; Carmen Pérez González y Alicia Cebada Romero (Coords.). *Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional*, Trotta, Madrid, 2017, pp. 177-202. Una visión optimista puede verse en González Vega, J. A. (2017). Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional(a propósito de la “crisis de los refugiados”). *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 56, 2017, pp. 27-75.

<sup>101</sup> Lucas, J. de, “Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas migratorias y de asilo como emblemas de la necropolítica)”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 36, 2017, en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/11217>. Ver también Ferrero-Turrión, R., “Europa sin rumbo. El fracaso de la UE en la gestión de la crisis de refugiados”, *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, nº. 21, 2016, pp. 159-176; Moraes Mena, N.; Romero Ramos, H., *La crisis de los refugiados y los deberes de Europa*, La Catarata, Madrid, 2016; Sanahuja, J.A., “La Unión Europea y la crisis de los refugiados: fallas de gobernanza, securitización y ‘diplomacia de chequera’”, en Manuela Mesa (coord.), *Retos inaplazables en el sistema internacional. Anuario 2015-2016*, Fundación Cultura y Paz, 2016, en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/37328/1/3.SANAHUJA-Anuario%20CEIPAZ15-16.pdf>.

<sup>102</sup> Ver, por ejemplo, Goig Martínez, J.M., “La Política Común de Inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 32, enero - junio 2017, pp. 71-111.





fracaso que en la práctica implicó el incumplimiento de las obligaciones jurídicas derivadas de los tratados internacionales en materia de asilo y refugio y, en particular, de la Convención de Ginebra de 1951 sobre los refugiados, transformando a los potenciales solicitantes de asilo en sujetos no merecedores de ayuda, en excluidos del sistema jurídico internacional que debía servir para su protección.<sup>103</sup> Para Javier de Lucas, esto los convirtió en parte de lo que Bauman llamaba la “industria del desecho humano” y con un modo de proceder que debería entenderse se integra dentro de lo que se ha venido en llamar la “necropolítica”, una política que conduce a la muerte de los superfluos, los que no importan.<sup>104</sup>

Siguiendo a Javier de Lucas, la mencionada crisis de los refugiados de los años 2015 a 2017 transmitió el mensaje de que, si se otorgaba derechos a los refugiados, los ciudadanos europeos verían recortados los suyos, de forma que la disyuntiva legitimó el cierre de fronteras y el rechazo de la ayuda, creando un nuevo sujeto de exclusión para los demandantes de asilo y refugio.<sup>105</sup> La situación en la que se hallan los llamados “refugiados” es que ni siquiera pueden llegar a tener la categoría de refugiados, pues con el Acuerdo con Turquía no se les permite llegar a realizar la demanda de asilo.<sup>106</sup> Del mismo modo, se transforma a la víctima a proteger en una amenaza frente a la que es necesario protegerse, de forma que se los estigmatiza y se los excluye a priori de su derecho de asilo. Así mismo, se vacía el contenido del derecho de asilo, pues los instrumentos de devolución pactados con Turquía impiden el ejercicio. Todo ello altera el marco jurídico de los Convenios de Ginebra y de Nueva York, de los que los Estados de la Unión Europea son parte.<sup>107</sup> Y todo a través

<sup>103</sup> Kipping, K., *Refugiados del infierno. Un modelo de acogida para la reconstrucción de Europa*, Muñoz Moya, Madrid, 2018; y Naïr, S., *Europa en la encrucijada*, Universitat de València, Valencia, 2018.

<sup>104</sup> Lucas, J. de, *op.cit.* 2017. Ver también Sanahuja, J.A., *op.cit.*

<sup>105</sup> Lucas, J. de, *op.cit.* 2017.

<sup>106</sup> Ver Morales A., *op.cit.*

<sup>107</sup> Ver González Vega, J.A., “El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la declaración UE-Turquía”, en VVAA, *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE. Causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, asilo, marco jurídico*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Vitoria, 2017, pp. 149-189; y Gortázar Rotaache C, “La contradicción de Europa. ‘Políticas realistas’ versus derechos humanos en la denominada ‘Crisis de los Refugiados’”, *TSN. Transatlantic Studies Network: Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, n.º. 4 (Julio-diciembre), pp. 135-143.





del procedimiento de denigrar a los refugiados, de cosificarlos, de no reconocerlos como humanos, como iguales, a través de la reificación que diría Axel Honneth, por medio de su exclusión de los instrumentos jurídicos que debían protegerlos.<sup>108</sup> Como se ha dicho, todo ello en un contexto en el que los demandantes de asilo no son europeos, a diferencia de los que sucedió en el momento posterior a la Segunda Guerra Mundial y de la Guerra Fría, cuando apareció la regulación internacional hoy vigente.<sup>109</sup>

En consecuencia, desde el sambenito que se cuelga al inmigrante irregular, denigrándolo, pasando por la construcción de una verdadera gestión de la sospecha a través de un instrumento kafkiano como el contrato de integración y los llamados cínicamente por las normas catalanas “servicios de primera acogida” de los que serían “beneficiarios” los inmigrantes susceptibles de rechazo, hasta la neutralización del sistema internacional de asilo y refugio, implican la utilización del Derecho, de toda la panoplia de instrumentos jurídicos, desde las leyes a las decisiones administrativas y, en ocasiones, las judiciales, contra los derechos. Sí, el Derecho contra los derechos, así lo ha llamado Javier de Lucas. Las estigmatizaciones, los *fobotipos*, los desechos humanos... Toda una realidad que desafía las construcciones de nuestros Estados de Derecho. Una verdadera piedra de toque del Estado de Derecho.

#### OBRAS CITADAS

- Abarca Junco, P. et al, *Derecho Internacional Privado*, UNED, Madrid, 1987  
Agamben, G., *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pretextos, Valencia, 1998  
Aja E. y J. Arango (ed.), *Veinte años de inmigración en España*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006  
Arenas-Hidalgo, N., “Derecho internacional y europeo de las personas refugiadas”, en Fernando M. Mariño Menéndez; Carmen Pérez González y Alicia Cebada Romero (Coords.). *Instrumentos y Regímenes de Cooperación Internacional*, Trotta, Madrid, 2017  
Astor, A., “Unauthorized Immigration, Securitization and the Making of Operation Wetback”, *Latino Studies*, vol. 7, 2009  
Bauman, Z., *Confianza y temor en la ciudad. Vivir con extranjeros*, Arcadia, Barcelona, 2006  
Berger, J., *Cada vez que decimos adiós*, Ediciones de la Flor, Buenos Aires, 1997

<sup>108</sup> Ver Honneth, A., *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*, Katz, Buenos Aires, 2007.

<sup>109</sup> Lucas, J. de, Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas migratorias y de asilo como emblemas de la necropolítica)”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 36, 2017, en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/11217>.





- Biles, J.; Michalowski, I. Y Winnemore, L., *Políticas y modelos de acogida. Una mirada transatlántica: Canadá, Alemania, Francia y los Países bajos*. Serie Migraciones, núm. 12, Barcelona: Fundació CIDOB
- Blanco F. De Valderrama, C., *Migraciones. Nuevas movilidades en un mundo en movimiento*, Anthropos, Barcelona, 2006
- Carballo Armas, P., “Constitución y derechos de los extranjeros. La posición del Defensor del Pueblo en el recurso de inconstitucionalidad (Una reflexión sobre la actuación del *Ombudsman* español ante el caso de la *Ley de Extranjería*”, en *Justicia, migración y Derecho* (Laura Miraut Martín, ed.), Dykinson, Madrid
- Carrera, S., Santos Vara, J., y Strik, T. (Eds.), *Constitutionalising the External Dimensions of EU Migration Policies in Times of Crisis*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2019
- Carrera, S., “Programas de integración para inmigrantes: una perspectiva comparada en la Unión Europea”, *igraciones*, n° 20, 2006
- Fernández, E., *Igualdad y Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 2003
- Ferrero-Turrion, R., “Europa sin rumbo. El fracaso de la UE en la gestión de la crisis de refugiados”, *Revista de Estudios Internacionales Mediterráneos*, n°. 21, 2016
- Foppoli, C., “Una crisis sin solución a la vista”, *La Vanguardia*, 17 de junio de 2019, en <https://www.lavanguardia.com/vida/junior-report/20190617/462512229388/crisis-refugiados-fracaso-sistema-cuotas-europa.html>
- García Vázquez, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007
- Gil Araujo, S.: *Las argucias de la integración. Políticas migratorias, construcción nacional y cuestión social*. Iepala Editorial, Madrid, 2010
- Gil y Gil, J.L. (dir.), *Migraciones internacionales e impacto de la crisis económica*, Juruá, Lisboa, 2014.
- Girard, R., *El chivo expiatorio*, Anagrama, Madrid, 1986
- Goig Martínez, J.M., “La Política Común de Inmigración en la Unión Europea en el sesenta aniversario de los Tratados de Roma (o la historia de un fracaso)”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 32, enero - junio 2017
- González Vega, J. A. (2017). Mitos y mistificaciones: la Unión Europea y la protección internacional(a propósito de la “crisis de los refugiados”).*Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 56, 2017
- , “El marco jurídico internacional y europeo de acogida de los refugiados y la incidencia de la declaración UE-Turquía”, en VVAA, *La crisis de las personas refugiadas y su impacto sobre la UE. Causas, impactos, asilo, políticas de inmigración, asilo, marco jurídico*, Consejo Vasco del Movimiento Europeo, Vitoria, 2017
- Gortázar Rotaeché, C., “La contradicción de Europa. ‘Políticas realistas’ versus derechos humanos en la denominada ‘Crisis de los Refugiados’”, *TSN. Transatlantic Studies Network: Revista de Estudios Internacionales*, vol. 2, n°. 4
- Haba Morales, J. de la, “Trabajadores inmigrantes y acción colectiva: una panorámica sobre las relaciones entre inmigrantes y sindicalismo en Europa”. En *Papers: Revista de sociología*, 2002, núm. 66
- Honneth, A., *Reificación: un estudio en la teoría del reconocimiento*, Katz, Buenos Aires, 2007
- Houdt, F. van, Suvarierol, S., Schinkel, W.: “Neoliberal communitarian citizenship: Current trends towards ‘earned citizenship’ in the United Kingdom, France and the Netherlands”, *International Sociology*, n° 26, mayo de 2011  
<https://elpais.com/ideas/2021-01-23/paises-bajos-y-el-escandalo-de-las-ayudas-para-los-hijos-no-todo-son-bicis-y-tolerancia.html>  
<https://elpais.com/ideas/2021-01-23/los-temibles-sobres-azules-de-la-agencia-tributaria.html>
- Izquierdo Escribano, A., “España: la inmigración inesperada”, en *Mientras Tanto*, n° 49, marzo-abril, 1992





- Kipping, K., *Refugiados del infierno. Un modelo de acogida para la reconstrucción de Europa*, Muñoz Moya, Madrid, 2018
- La Spina, E., “El ‘modelo’ francés como un posible contraejemplo del marco jurídico-político de la integración en España, en *VII Congreso sobre las Migraciones Internacionales en España*, Bilbao, abril de 2012, en [http://nadiesinfuturo.org/IMG/pdf/LA\\_SPINA\\_E.pdf](http://nadiesinfuturo.org/IMG/pdf/LA_SPINA_E.pdf)
- López Sala, A.M., *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Barcelona, 2005
- , “La política española de inmigración en las dos últimas décadas. Del asombro migratorio a la política en frontera y la integración”, en VV.AA., *Inmigración en Canarias: contexto, tendencias y retos*, Fundación Pedro García Cabrera, Tenerife, 2007
- Lucas, J. de, “La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración”, *Isegoría*, n° 26, 2002
- , “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en *Justicia, migración y Derecho* (Laura Miraut Martín, ed.), Dykinson, Madrid, 2004
- , “Un ‘Waterloo moral’, jurídico y político. La UE ante refugiados e inmigrantes”, en *Razón y fe: Revista hispanoamericana de cultura*, tomo 272, n° 1405, 2015, pp. 355-366, en <file:///C:/Users/usuario/AppData/Local/Temp/9611-Texto%20del%20art%C3%ADculo-21007-1-10-20181031-1.pdf>
- , “Negar la política, negar sus sujetos y derechos (Las políticas migratorias y de asilo como emblemas de la necropolítica)”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 36, 2017, en <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/11217>
- , “Identidad, ciudadanía y derecho: del estereotipo al fobotipo”, *Amnis. Revue d'études des Sociétés et Cultures Contemporaines Europe-Amérique*, número extraordinario 2018, en <https://journals.openedition.org/amnis/3244>
- Lucas, J. de, Peña, S. y Solanes, A., *Trabajadores migrantes*, Germania, Valencia, 2001
- Martín Díaz, E., “El Ejido, dos años después. Realidad, silencios y enseñanzas”, *Inmigrantes, ¿cómo los tenemos?: algunos desafíos y (malas) respuestas*, Talasa, Madrid, 2002
- Martínez Cachero, L.A., *Actualidad de la emigración española: comentarios a la ley de ordenación de la emigración española de 3 de mayo de 1962*, Ministerio de trabajo, Instituto español de emigración, Madrid, 1964
- Martínez De Pisón, “La (no) política de inmigración y el Estado de Derecho”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n° 10/2004, en [http://www.uv.es/CEFD/Index\\_10.htm](http://www.uv.es/CEFD/Index_10.htm)
- Martínez, D.; y Vega Ruiz, M.L., *La globalización gobernada*, Tecnos, Madrid, 2002
- Matía Portilla, F.J.: “Los informes autonómicos (y/o municipales) relacionados con la inmigración: exégesis y sentido”, en *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*, coord. por Ignacio Álvarez Rodríguez; Francisco Javier Matia Portilla (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014
- Mezzadra, S., *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Traficantes de sueños, Madrid, 2005
- Ministerio de Trabajo de España, *Emigración y justicia social*, Ministerio de Trabajo. Servicio de publicaciones, Madrid, 1971
- Montoya Melgar, A., “Editorial”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, n° 63, 2006, p. 7;
- Morales A., *No somos refugiados*, Círculo de Tiza, Madrid, 2017
- Moraes Mena, N.; Romero Ramos, H., *La crisis de los refugiados y los deberes de Europa*, La Catarata, Madrid, 2016
- Naïr, S., *L’immigration est une chance*, Seuil, París, 2007.
- , *Europa en la encrucijada*, Universitat de València, Valencia, 2018
- Oliván López, F., “De Sevilla a Guantánamo. Una reflexión sobre los derechos humanos”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, n° 1, noviembre de 2002





- Ortega Giménez, Alfonso; Alarcón Moreno, José; y Alonso García, Esther: “Las Escuelas de Acogida: un nuevo modelo de integración de los inmigrantes en la Comunidad Valenciana”. En *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 8, febrero de 2012
- Ortega-Rivera, E.; Domingo i Valls, A.; y Sabater i Coll A., “La emigración española en tiempos de crisis y austeridad”, *Scripta Nova. Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. 20, n° 549/5, 2016, en <https://revistes.ub.edu/index.php/ScriptaNova/article/view/17206>
- Pajares, M., *La inmigración en España. Retos y propuestas*, Icaria, Barcelona, 1998
- Pérez Sola, N., *Defensa convencional de los derechos en España. ¿Es posible el diálogo entre tribunales?*, INAP, Madrid, 2015
- Ridao, J.M., *La elección de la barbarie*, Tusquets, 2002
- Río Ruiz, M.A., “El disturbio de El Ejido y la segregación de los inmigrantes”, *Anduli: revista andaluza de ciencias sociales*, n°. 1, 2002
- Ripol Carulla, S., *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español: la incidencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el ordenamiento jurídico español*, Atelier, 2007
- Rudolph, Ch., *National Security and Immigration: Policy Development in the United States and Western Europe Since 1945*. Stanford University Press, Stanford, 2006
- Sanahuja, J.A., “La Unión Europea y la crisis de los refugiados: fallas de gobernanza, securitización y ‘diplomacia de chequera’”, en Manuela Mesa (coord.), *Retos inaplazables en el sistema internacional. Anuario 2015-2016*, Fundación Cultura y Paz, 2016, en <https://eprints.ucm.es/id/eprint/37328/1/3.SANAHUJA-Anuario%20CEIPAZ15-16.pdf>.
- Sales Ten, A., *Inmigración, integración cívica y obligación en la Unión Europea: El contrato de integración*, Universitat de València, Valencia, 2020
- Sartori, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001
- Solanes Corella, A., “Sobre las condiciones para la integración de y con los inmigrantes: del ámbito formal al material”, *Integración y Derechos en tiempos de crisis. Human Right, Investigation & Human Mobility. 3rd Human Rights Centres and Research Institutes International Meeting*. 15-16 de Noviembre de 2012. IDH Valencia. En [http://www.uv.es/immigracio/PrometeoGVA/III\\_Encuentro\\_files/ASC.pdf](http://www.uv.es/immigracio/PrometeoGVA/III_Encuentro_files/ASC.pdf).
- , “¿Integrando por ley?: de los contratos europeos de integración al compromiso de la Ley autonómica valenciana 15/2008”, *Revista de derecho migratorio y extranjería*, n°. 20, 2009
- Solozábal Echavarría, J.J., “Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991
- Velásquez Flores, R., “Antecedentes y reflexiones en torno a la política migratoria de Estados Unidos”, *Revista de Relaciones internacionales*, n°. 64, oct.-dic. 1994
- Vicente Blanco, D. J. “El Sistema de los Acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado (I). Perspectiva General y de Cooperación”, en *Revista de Estudios Europeos*, Número 10, mayo-agosto, 1995
- , “El Sistema de los Acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado (y II). Perspectiva de Armonización y Conclusiones”, en *Revista de Estudios Europeos*, Número 11, septiembre-diciembre, 1995
- , “Una regulación integral de la inmigración para Europa”. En *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n° 5, segundo semestre de 2003
- , “Tratamiento del elemento extranjero y técnica jurídica: la legislación española de extranjería o a la pérdida de la experiencia”, en *El nuevo orden del caos: consecuencias socioculturales de la globalización*, coord. por Luis Díaz Viana, CSIC, Madrid, 2004
- , “Inmigración, derecho de extranjería y exclusión social: el modelo constitucional de derechos de los extranjeros en España”, en *Voces Escondidas II, Estudio sobre la si-*







- tuación socio económica y laboral de la población inmigrante en Castilla y León*, Delta, Madrid, 2009
- , “Una lectura del Derecho de extranjería e inmigración: la gestión de la integración. ‘Derecho como Literatura’ en las leyes de integración social de los inmigrantes de las Comunidades Autónomas”, en *Nuevos retos para la integración social de los inmigrantes*, coord. por Ignacio Álvarez Rodríguez; Francisco Javier Matía Portilla (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014
- Vidal Fueyo, C., “La nueva Ley de extranjería a la luz del texto constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 21, n° 62, mayo-agosto de 2001
- , *Constitución y extranjería*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002
- VV.AA., *Multiculturalidad y extranjería*, UPV/EHU, Bilbao, 2007

