Extraordinaria nº 7, 2024
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Migraciones y Derechos: Teoría e Ideología

Migration and Rights: Theory and Ideology

José Luis Monereo Pérez *Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.Universidad de Granada*
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social
Director de las Revistas de Derecho de la Seguridad Social y Crítica de las Relaciones de Trabajo, Laborum
https://orcid.org/0000-0002-0230-6615

Cita Sugerida: MONEREO PÉREZ, J.L.: «Migraciones y Derechos: Teoría e Ideología». *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*. Extraordinaria nº 7 (2024): 51-116.

Resumen

El fenómeno migratorio es una realidad compleja y proteiforme: constituye un "hecho social total". Inevitablemente, las políticas del Derecho también lo son, pues han de atender a la complejidad de la realidad social sin ser un mero reflejo de ella: políticas de inmigración y de emigración (oscilantes o cíclicas en su variabilidad y desenvolvimiento); migraciones por razones de persecución o por causas principalmente económicas; políticas de integración/inclusión en las diversas vertientes socio-laborales, económicas, culturales, políticas y jurídicas en el enfoque y "lenguaje de los derechos", lo que nos lleva no sólo a grandes declaraciones ideales y morales de justificación, sino también, y ante todo, a normas internacionales y constitucionales que los garantizan e imponen (y no solo legitiman) deberes de acción positivas de actuación de los poderes públicos internacionales y estatales. Las migraciones constituyen un exponente privilegiado para captar la entidad las transformaciones sociales, culturales e institucionales que se están produciendo en las sociedades fragmentadas del capitalismo tardío en un contexto transnacionalizado.

Palabras clave

Migraciones; derechos de las personas migrantes; refugiados y exiliados; políticas de integración; políticas defensivas; "criminalización de los más débiles"; expulsiones; "derecho a tener derechos"; derecho humano al desarrollo

Abstract

The migratory phenomenon is a complex and proteiform reality: it constitutes a "total social fact". Inevitably, the policies of the Law are also so, since they have to attend to the complexity of the social reality without being a mere reflection of it: immigration and emigration policies (oscillating or cyclical in their variability and development); migration for reasons of persecution or mainly economic causes; integration/inclusion policies in the various socio-labor, economic, cultural, political and legal aspects in the approach and "language of rights", which leads us not only to great ideal and moral declarations of justification, but also, and above all, to international and constitutional norms that guarantee them and impose (and not only legitimize) positive duties of action on the part of international and state public authorities. Migrations constitute a privileged exponent to capture the entity of the social, cultural and institutional transformations that are taking place in the fragmented societies of late capitalism in a transnationalized context.

Keywords

Migrations; migrants' rights; refugees and exiles; integration policies; defensive policies; "criminalization of the weakest"; expulsions; "right to have rights"; human right to development

"Rechazar las exigencias de derechos humanos por su factibilidad incompleta significa ignorar que un derecho no realizado del todo es todavía un derecho que exige reparación. La no realización no hace por sí misma que un derecho reclamado sea un no derecho. En su lugar, mueve a la acción social".

Amartya Sen[1]

[1] Sen, A.: La idea de justicia (2009), Madrid, Taurus/Santillana, 2010, pág. 417. Sobre las ideas de libertad y de justicia, véase también Honneth, A.: El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática, Madrid, Katz/Capital intelectual, 2014.

1. LAS POLÍTICAS MIGRATORIAS DEFENSIVAS Y SU LÓGICA INTERNA: ENTRE LIBERALIZACIÓN Y CONTROL INSTRUMENTAL DE LOS FLUJOS MIGRATORIOS

El fenómeno migratorio es una realidad compleja y proteiforme: constituye un "hecho social total". Inevitablemente, las políticas del Derecho también lo son, pues han de atender a la complejidad de la realidad social sin ser un mero reflejo de ella: políticas de inmigración y de emigración (oscilantes o cíclicas en su variabilidad y desenvolvimiento); migraciones por razones de persecución o por causas principalmente económicas; políticas de integración/inclusión en las diversas vertientes socio-laborales, económicas, culturales, políticas y jurídicas en el enfoque y "lenguaje de los derechos", lo que nos lleva no sólo a grandes declaraciones ideales y morales de justificación, sino también, y ante todo, a normas internacionales y constitucionales que los garantizan e imponen (y no solo legitiman) *deberes* de acción positivas de actuación de los poderes públicos internacionales y estatales. Las migraciones son un fenómeno connatural a las comunidades y sociedades humanas[2]. Por ello mismo, constituyen un exponente privilegiado para captar la entidad las transformaciones sociales, culturales e institucionales que se están produciendo en las sociedades fragmentadas del capitalismo tardío en un contexto transnacionalizado, donde entran en tensión permanente las lógicas y enfoques nacionales y transnacionales ante los dilemas que plantea el fenómeno migratorio.

Las migraciones constituyen un elemento consustancial a la historia de la humanidad, y en particular ha sido y es un elemento esencial de la "identidad europea" y, en general, de los países desarrollados. Europa es un continente de inmigración[3]. En la crisis mundial ecológica y del empleo, los trabajadores migrantes son una *población de riesgo,* especialmente vulnerable en términos de conjunto. Los trabajadores inmigrantes se enfrentan a una disminución de las oportunidades de empleo y migración, empeoramiento de las condiciones de vida y de trabajo, y aumento de la xenofobia, el racismo y la discriminación racial. También ante situaciones de retorno y de expulsión a los países de origen. Por tanto, la crisis está teniendo repercusiones importantes sobre las personas inmigrantes y puede determinar la tentación de convertir a la Unión Europea en una suerte de "Europa fortaleza". La elaboración de las políticas migratorias de la Unión Europea y de los países que forman parte de la misma se orienta decididamente hacia un enfoque selectivo y jerarquizado respecto del reconocimiento de los derechos de ciudadanía; y especialmente en la coyuntura de crisis económica se impulsan y promueven medidas más restrictivas de admisión y de expulsión y retorno incentivado de las personas inmigrantes (migraciones frustradas y de retorno desde los países de destino a los países de origen). Una Europa que utiliza una racionalidad económica instrumental respecto de las personas migrantes en su conjunto y que no ha sabido impedir la expansión de un mercado de trabajo informal donde se explota a ciudadanos de terceros países en situación irregular. Todos los años varios cientos de miles de personas son objeto de tráfico ilegal hacia el interior de la Unión Europea (en adelante, UE). Sería una catástrofe apartar el pensar de esa realidad y ponerlo fuera del mundo y de la historia. Ante esa realidad no se debe poner un "velo de ignorancia".

En la actual coyuntura global tras la pandemia Covid-19, no cabe la menor duda que se han restringido los movimientos migratorios[4], por un lado, y por otro, se ha criminalizado y precarizado

[2] Véase Castles, S. y Miller, M.J.: La era de la migración, México, Universidad Autónoma de Zacatecas-Ed. Porrúa, 2004; BADE, K.J.: Europa en movimiento. Las migraciones desde finales del siglo XVIII hasta nuestros días, trad. Mercedes García Garmilla, Barcelona, Crítica, 2003.

[3] Sassen, S.: Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa Fortaleza, Madrid, Siglo XXI de España editores, 2013, poniendo de relieve el papel extraordinario de los flujos migratorios en la construcción de las sociedades europeas contemporáneas. Igualmente, Sassen, S.: Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global, Madrid, Katz, 2015.

[4] Los Estados para hacer frente a la extensión de la pandemia Covid-19 han decidido en la mayoría de los países un cierre o restricción severa de sus fronteras exteriores, que ha hecho prácticamente imposible o dificultado enormemente la migración internacional. Por otra parte, la crisis económica ocasionado por la paralización o cierre de actividades y el confinamiento masivo han provocado el desempleo y colocado en situaciones de extrema

a las personas migrantes en todos los ámbitos: restringiendo los derechos de refugio y asilo, precarizándolos en el mercado de trabajo (secundario y en la economía sumergida o irregular), creación de gestos en la periferia urbana, discriminaciones en el acceso real a los bienes culturales, etcétera. En otras palabras, los efectos globales de la pandemia Covid-19 han facilitado (y pretendidamente "justificado") la materialización de políticas regresivas que convierte a las personas migrantes en víctimas de las medidas de expulsión y segregación contrarias a las políticas de integración e inclusión social que serían las más coherentes con la tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social de Derecho. El trato digno a las personas migrantes forma parte del llamado -no sin imprecisión- el "modelo social europeo"; un modelo que exige una verdadera plena constitución social europea que sea capaz de establecer un sistema de equilibrios de garantizas y de fuerzas con la ya potente constitución económica de la Unión. Por momento el sistema de los Tratados opera en términos jurídico-políticos como una "constitución material" de la Unión que se impone con fuerza jurídica bilateral sobre las constituciones económicas y sociales de las Estados miembros. Esto hace primar la racionalidad económica sobre la racionalidad social[5].

La estela secuencial de acontecimientos, siempre presentes, en los países del sur del Mediterráneo implican para millones de personas que viven en países vecinos de la UE la esperanza de una vida mejor, así como de un mayor respeto de los derechos humanos, el pluralismo, el Estado de Derecho y la justicia social. Estas transformaciones históricas refuerzan la necesidad de que la Unión Europea disponga de una política común en materia de inmigración y asilo, al mismo tiempo que intensificar la cooperación de la UE con los terceros países[6]. Se trata de una cooperación para el desarrollo y no sólo para la regulación instrumental de los flujos migratorios. En un mundo globalizado (con plena liberalización de capitales, finanzas y mercancías) y con gran capacidad de generar riqueza y recursos de todo tipo, es inadmisible que millones de seres humanos estén sumidos en la miseria y en permanente riesgo de morir de hambre o de enfermedad curables. Esas personas se ven obligadas a emigrar de su país de origen y a menudo ser objeto de un trato degradante en los países de destino (que cada vez menos de "acogida" en sentido humanista), mercantilizados, o incluso al extremo de ser degradados a una situación de esclavitud por mafias dedicadas al tráfico ilegal de personas. Es en este contexto donde adquiere de nuevo sentido la reflexión de Hannah Arendt sobre *el derecho a tener derechos*[7], por parte de aquellas personas que en encuentra injustamente privados de ellos o de su ejercicio efectivo. Esta realidad crítica es la que subyace cuando hablamos de la "cuestión social" de las migraciones, porque lo que une a los individuos no es la existencia de vínculos naturales sino el tener los mismos derechos, es decir, ese derecho a tener derechos como atributo fundamental de la persona.

---

precariedad a miles de personas migrantes a nivel mundial. Es una situación que va a dominar a corto plazo, pero que puede ser reversible a medio plazo atendiendo a la superación del impacto de la pandemia.

5 En este sentido, ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 160 (2013), págs.17-62; Monereo Pérez, J.L.: La metamorfosis del Derecho del Trabajo, Albacete, Bomarzo, 2017, especialmente, págs. 103-109, y Cap. IV, págs. 213 y sigs.

6 COMISIÓN EUROPEA: "Comunicación sobre migración", de 4 de mayo 2011, COM (2011) 248 final, pág. 2. Mientras tanto, para España, Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

7 Arendt, H.: Los orígenes del totalitarismo, 2 vols., trad. Guillermo Solana, Barcelona, Planeta-De Agostini, 1994, cap. IX, págs. 343 y sigs. Para Hannah Arendt existe un "derecho a tener derechos": "Llegamos -afirma- a ser conscientes de la existencia de un derecho a tener derechos (y esto significa vivir dentro de un marco donde uno es juzgado por las acciones y las opiniones propias) y de un derecho a pertenecer a algún tipo de comunidad organizada, sólo cuando emergiendo millones de personas que habían perdido y que no podían recobrar estos derechos por obra de la nueva política global" (ibid., vol. I, pág. 375). En este sentido con referencia a Hannah Arendt, Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 2016, págs. 166 y sigs.

Es bien sabido que la inmigración internacional y el proceso de globalización de la economía mundial son fenómenos visiblemente conexos e interrelacionados. La globalización es una realidad multidimensional; un hecho económico-social y cultural que determina el movimiento de capitales, de culturas y de personas. Ahora bien, mientras la libertad de circulación de capitales, bienes y servicios se ha ampliado, impulsado y acelerado con la globalización neoliberal, la libertad de circulación de las personas -señaladamente la circulación por motivos laborales- es sometida a numerosas restricciones tantos a nivel estatal como a escala supranacional, como es el caso de la Unión Europea respecto a los ciudadanos de terceros países. Por otra parte, el desplazamiento de personas conduce a hacia un flujo migratorio en dirección a los países donde existe un crecimiento económico y un mercado de trabajo expansivo. Pero hay más: mientras se incrementan los flujos migratorios hacia países en expansión, los países de acogida o destino de las personas migrantes no garantizan -en términos generales- el disfrute efectivo de sus derechos fundamentales, entre los cuales se encuentran los *derechos laborales de Seguridad Social y más ampliamente los derechos de protección social pública.*

La globalización es una fase de intensificada del proceso de internacionalización y mundialización de la "economía-mundo" que convierte de las migraciones de personas en un fenómeno estructural y persistente -aunque pueden apreciarse fases diacrónicas y oscilantes-. Ya no se trata sólo de "oleadas" -que también las hay o se producen-, sino de flujos permanentes de desplazamientos transnacionales de personas trabajadoras.

Esta reconfiguración del proceso de mundialización ha determinado más que en otras fases del desarrollo histórico una manifiesta falta de adaptación entre los *mercados internacionalizados y las migraciones internacionales* y las formas políticas y jurídicas de regulación de los mismos y del desplazamiento de personas, la cual continúa estando ubicada principalmente bajo el orden político clásico del "Estado nacional" (que a partir de la segunda postguerra mundial se configuró en los países más desarrollados como "Estado nacional social"). Las aporías son apreciables porque el fenómeno de la globalización agudiza las tensiones latentes entre la forma Estado-nación y la gestión de los flujos migratorios y tratamiento y estatuto de los derechos de las personas migrantes fuertemente residenciado, sobre todo en cuanto a su eficacia real, en los Estados nacionales. No es de extrañar que la respuesta de los Estados haya sido impotente y decididamente inadecuada respecto al control de los flujos migratorios (la ya en sí significativa, "presión migratoria"[8]), y se asista a un escenario de desbordamiento político-institucional. En este sentido los Estados se mueven entre dos lógicas en tensión -porque no son siempre conciliables o armonizables-: la derivada del juego del principio de soberanía y la vinculada a los principios de cooperación y solidaridad internacional o transnacional. Dado que la intensificación del proceso de globalización -en cualquiera de sus formas- tendrá como consecuencia el incremento de la movilidad transnacional de personas, resulta obvio que las políticas de control de los flujos migratorios y las políticas encaminadas a la garantía efectiva de sus derechos han de tener un marco regulador -en el plano político, institucional y estrictamente jurídico- que vaya más allá (que sobrepase) la forma política del Estado nacional social. De este modo "lo político" en la migración de personas tal como se nos ofrece a escala transnacional hace aconsejable que niveles de decisión política y jurídica sean no sólo nacionales sino principalmente transnacionales. Sería, pues, necesario crear instituciones internacionales eficientes para el buen gobierno democrático de las

[8] Véase OCDE (2024), Perspectives des migrations internationales 2024, Éditions OCDE, Paris, https://doi.org/10.1787/4fa9de98-fr. Consúltese, asimismo, INFORME SOBRE LAS MIGRACIONES EN EL MUNDO 2024. https://worldmigrationreport.iom.int/es
https://webmail.ugr.es/c/?_task=mail&_frame=1&_mbox=INBOX&_uid=157341&_part=1&_action=get&_extwin=1
FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES: Situación de las personas migrantes y refugiadas en España informe anual 2023.
https://webmail.ugr.es/c/?_task=mail&_frame=1&_mbox=INBOX&_uid=157341&_part=2&_action=get&_extwin=1

migraciones internacionales para afrontar la nueva cuestión social de las migraciones internacionales. Una cuestión social, desde luego, distinta a la "obrera" pero situada en el problema de la exclusión, marginación y explotación del ser humano.

Por lo demás, la coyuntura actual de crisis económica (en el ciclo corto que comprende el crack de 2008 y la actual pandemia covid-19, la cual, como "crisis social total", abarca todas las dimensiones de la existencia humana) ha incidido decisivamente sobre la inmigración económica. En realidad, la crisis económica se traduce en una crisis de empleo, con la destrucción sistemática de puestos de trabajo en todos los niveles y ámbitos productivos y de servicios. En este contexto es manifiesta la complejidad y elevada conflictividad del fenómeno de los flujos migratorios y de los posibles modelos de regulación, afectando potencialmente al sistema democrático. Y es que en el marco de la Unión Europea se vislumbra una reorientación de las políticas migratorias nuevamente restrictivo no sólo de los umbrales migratorios sino ante todo de los derechos sociolaborales señaladamente, los de Seguridad Social y protección social pública). Por lo demás, para la población inmigrante que logra entrar -o evitar la salida forzada del país de acogida a través de las "políticas de retorno" voluntario (Directiva de retorno de 2008, que apuesta por la expulsión de los inmigrantes "excedentes")[9]-, solo queda ubicarse en los mercados secundarios de trabajo, donde domina la precarización laboral y el subempleo de los inmigrantes; una discriminación objetivamente negativa que se traduce derivativa y correlativamente en un detrimento de los derechos de protección social. No cabe duda de que existe el riesgo de "involución" en los tímidos y modestos pasos alcanzados hacia las políticas de "normalización" y de "integración" social y jurídica (es decir, a través de los derechos fundamentales) puestas en práctica en las dos últimas décadas. Hay motivos de preocupación cuando se están reformando los marcos reguladores (y replanteando la regulación legal, a menudo sin respetar los condicionamientos establecidos en los textos constitucionales e internacionales que garantizan los derechos humanos de las personas inmigrantes), se restringen derechos de protección social de las personas inmigrantes y se tiende a "criminalizar" la inmigración irregular (reubicada mayormente en la economía sumergida o informal, cuyo espacio se ha acrecentado aprovechando la cobertura que ofrece el relajamiento en la exigibilidad de las reglas de orden público laboral en el contexto de la crisis económica).

En este sentido, en la tradición del constitucionalismo democrático-social (y su forma política del Estado Social de Derecho) debería superarse el enfoque de las políticas migratorias de control de los flujos centrado en la dimensión económica (lógica mercantil) y transitar hacia las políticas de integración socio-económica, jurídica y cultural, dando lugar la configuración de un estatuto jurídico social encaminado a garantizar la integración plena de la población migrante que reside en los países de acogida. Y atendiendo a que estamos ante desplazamientos transnacionales de personas ello debe conducir a una intensificación de los procesos de "*comunitarización*" o "europeización" de las políticas migratorias, como condición para que sean realmente puestas en práctica de modo eficiente. De lo contrario será inevitable la progresión hacía una suerte de "eclipse de Europa"[10].

---

[9] Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular.
Mahía, R. y Medina, E. (2024). Análisis del impacto económico de la discriminación y la desigualdad entre la población autóctona y la extranjera residente en España. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia - OBERAXE

[10] Monereo Pérez, J.L.: La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo, Albacete, Bomarzo, 2009, págs. 228-232; Monereo Pérez, J.L.: "Derecho de los extranjeros y crisis económica", en Revista universitaria de ciencias del trabajo, núm. 15 (2014) (Ejemplar dedicado a: Derecho del trabajo, constitución y crisis económica: Estudios en homenaje al Profesor Fernando Valdés Da-Ré), págs. 165-200.

En este orden de ideas, tiene que establecerse una nueva relación entre inmigración y ciudadanía transitando desde la ciudadanía tradicional a la de persona residente, esto es, una "ciudadanía inclusiva", que pasa por la garantía de los derechos fundamentales y en particular, por lo que ahora más interesa, por la garantía de los derechos de Seguridad Social de la persona inmigrante[11]. Y esa garantía debe partir del respeto al principio de igualdad real de trato en la atribución de tales derechos, y, lógicamente, contrarrestando las tendencias recientes a la reducción de los estándares que trabajosamente han venido alcanzándose. Una "ciudadanía inclusiva" tiene que sustentarse en la plena reconocimiento de todos los derechos fundamentales. Y en esta lógica inclusiva, los derechos sociales son el pilar básico de la ciudadanía social[12]. Es más, su garantía es condición indispensable de la democracia constitucional. Es así que la inmigración transforma la ciudadanía y los derechos de ciudadanía desvinculándola de la condición de nacionalidad como requisito de la titularidad de los derechos fundamentales. La inmigración internacional plantea una fuerte tensión entre territorio y ciudadanía (la cual no debería reservarse ni equipararse a la "nacionalidad"), en otras palabras, la inmigración internacional como realidad permanente supone una ruptura con la concepción liberal de la ciudadanía y su percepción del fenómeno migratorio. Las personas -y por tanto los inmigrantes- debe ser sujetos universales de los derechos fundamentales; y deben de serlo más allá de la regularidad de su situación administrativa en el país receptor o de acogida. En tal sentido, para que la noción no tenga una dimensión excluyente es preciso que sea replanteada como ciudadanía plural y multicultural, realzando su dimensión positiva incluyente frente a su dimensión negativa excluyente[13]. En todo caso, hay que tener mucho cuidado cuando se pretende unidireccionalmente "liquidar" sin más una noción político-jurídica central de la modernidad ilustrada y democrática como ha sido la ciudadanía.

Por otra parte, cada vez resulta más visible que hay diversos títulos de atribución de la ciudadanía, como es la condición de residente extranjero o la de trabajador inmigrante en particular. Un ejemplo significativo de ello es la misma Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que establece un estatuto de derechos con independencia de la nacionalidad de un país miembro de la Unión. Esto ya en sí es una "forma de ciudadanía" (o si se quiere una forma de atribución de derechos distinta a la clásica ciudadanía liberal acotada en el marco del Estado-nación; y por consiguiente reservada a los ciudadanos de una Estado miembros) no vinculada a la nacionalidad sino a la condición de residencia (residente de larga duración). Precisamente, ese estatuto de residente de larga duración supone la garantía expresa de la igualdad de trato (art. 1), y en particular los residentes de larga duración gozarán del mismo trato que los nacionales en lo que respecta a las "prestaciones de Seguridad Social, de la asistencia social y de la protección social tal como se definen en la legislación nacional"[art. 1.d)]. Esto pone de manifiesto que, en un sentido amplio, la ciudadanía como dotación estrictamente vinculada a la ciudadanía como pertenencia a un Estado ya no es viable políticamente, ni se corresponde con la realidad de una ciudadanía más plural. De ahí la apertura hacia una concepción más personalistas, universalista e inclusiva de la ciudadanía, pues se vincula persona y derechos humanos respecto a todos los Estados en su conjunto. Los derechos humanos son derechos de inclusión. En este sentido, las grandes declaraciones y textos internacionales de derechos humanos vinculan los derechos a la

[11] Monereo Pérez, J.L.: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", en Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, núm. 41 (2016) (BIB 2016, 760).

[12] Para delimitación y tecnificación de este concepto de los derechos sociales de la ciudadanía, su sentido político-jurídico y la distinción entre "ciudadanía de los derechos" y "ciudadanía de los poderes colectivos", profundizando y ampliando la concepción de T.H. Marshall, véase Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico de España, 1996, págs. 27 y sigs., y Capítulo III ("Estado del Bienestar y ciudadanía social: los derechos sociales como derechos de la ciudadanía"), págs. 159 y sigs.: Monereo Pérez, J.L.: "La política social en el Estado del Bienestar. Los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de "desmercantilización", en Revista de Trabajo y Seguridad Social, núm. 19 (1995), págs. 7-46. Para la concepción tradicional de Marshall, T.H. y Bottomore, T.: Ciudadanía y clase social, Madrid, Alianza, 1998.

[13] En general, Kymlicka, W.: Ciudadanía Multicultural, Barcelona, Paidós, 1996; Kymlicka, W.: Las odiseas multiculturales. Las nuevas políticas internacionales de la diversidad (2007), Barcelona, Paidós, 2007.

persona para hacerlos más fuertes y eficaces. Por eso es necesario transferir el vínculo de la ciudadanía desde el ámbito tradicional de la nacionalidad hacia la persona del inmigrante (aunque, transitoria o provisionalmente, se reclame la noción de residencia para contribuir a alcanzar esa transición). La igualdad de derechos es la condición previa -o presupuesta- de una democracia constitucional. Ahora bien: un modelo de auténtica integración social exige la defensa de los derechos fundamentales (civiles, políticos y sociales), no siendo suficiente el reconocimiento meramente formal. Se hace necesaria una actitud "proactiva" de los poderes públicos para propiciar una efectiva y plena integración de las personas inmigrantes, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona.

En el actual "momento político", corren tiempos difíciles para las personas inmigrantes -las cuales en su inmensa mayoría lo son por razones económicas vinculadas a los mercados de trabajo-[14]. Prácticamente todos los países europeos de referencia han endurecido sus políticas migratorias. También el problema de los refugiados y asilados por las guerras y por la violencia ejercida por los Estados totalitarios. E incluso en la Unión Europea todavía predomina un enfoque defensivo basado en una lógica de seguridad respecto de la ordenación de los flujos migratorios. La crisis económica está influyendo en el tratamiento de los flujos migratorios y en las condiciones de vida de las personas inmigrantes, pues la lógica imperante en la política migratoria viene siendo su sometimiento a las exigencias del mercado interior (dominado por la racionalidad económica mercantilizadora). No se dispone de una auténtica política común europea e internacional sobre la inmigración, y los Gobiernos de los países europeos responden al fenómeno migratorio con medidas cada vez más defensivas y de carácter principalmente represivo; y al mismo tiempo restringiendo las medidas de integración. Ponen en práctica la lógica de la seguridad interior frente a la entrada y permanencia de personas extracomunitarias en situación irregular y endureciendo la política de protección social. De ahí que se haga visible la centralidad de un debate centrado ahora en cómo "proteger mejor las fronteras" del gran espacio europeo y de los respectivos espacios nacionales. Más que nunca se hace necesario instrumentar una política común europea de inmigración no basada exclusiva ni principalmente en una estrategia defensiva. Y ello ha de ser así tanto por razones de coherencia con el Estado Social y Democrático de Derecho (que en la tradición del constitucionalismo democrático-social incorpora los derechos fundamentales de la persona) como por razones pragmáticas, porque el enfoque basado exclusivamente en la seguridad no funcionará al tiempo al menos en condiciones propias de un sistema democrático.

Resulta manifiesto que afrontar el problema de la inmigración exige la predisposición de políticas del Derecho encaminadas a implantar garantías sociopolíticas y jurídicas que no pueden confiarse nunca al mercado (incapaz de articularlas por su propia lógica interna -mercantilizadora- y por estar dominado por los poderes económicos), pero tampoco a cada Estado singular miembro del espacio político de la Unión Europea. Ello implica abordar de manera más decidida políticas de planificación pública de las migraciones y la protección sociolaboral de las personas migrantes. De suyo, supondría elaborar un estatuto europeo de derechos básicos para las personas extranjeras.

Las personas inmigrantes integran uno de los colectivos que más están padeciendo la elevada tasa de desempleo en gran parte de los países europeos, y, entre ellos, señaladamente nuestro país. Una expresión actual de ese enfoque instrumental viene constituida por el endurecimiento de las políticas de expulsión y el énfasis en la exigencia del retorno de los extranjeros extracomunitarios en situación irregular (la llamada migración de retorno)[15]. Ese retorno puede ser voluntario (aunque, de ordinario,

[14] Monereo Pérez, J.L: "Políticas de inmigración y mercados de trabajo inclusivos", en Porras Ramírez, J.M. (Dir.): La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos, Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2021, págs. 179-258.

[15] Véase COMISIÓN EUROPEA: "Comunicación sobre una política común de emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos", de 17 de junio de 2008. COM (2008) 359 final; COMISIÓN EUROPEA: "Comunicación

compelido por la necesidad de hacerlo), asistido o forzoso, retorno que se inscribe señaladamente en los programas de lucha contra la inmigración ilegal[16], aunque debería contemplarse como un derecho fundamental de la persona cuya efectividad debe ser garantizado por los poderes públicos (que es como se reconoce en la normativa internacional de los derechos humanos). Pero, en realidad, la garantía efectiva de este derecho exige una política de cooperación entre los países de origen y los países de acogida, teniendo en cuenta que este es un ámbito relativamente comunitarizado.

Los programas de organización de los flujos migratorios en la Unión Europea más allá de sus retóricas expresiones tienen una orientación marcadamente defensiva y de racionalidad económica instrumental. En este sentido se sitúan las Comunicaciones de la Comisión Europea por la que se establecen Programas marco de Solidaridad y Gestión de los Flujos Migratorios. Por lo pronto es de realzar que la "solidaridad" que se incorpora al título y a los programas de acción no es precisamente la de carácter "social", sino la que atiende a los costes económicos que han de soportar los Estados. Por otra parte, se trata de programas marco que engloban diversos programas específicos (Fondo Europeo de Retorno; Fondo para las Fronteras Exteriores; Fondo Europeo para la Integración de Nacionales de Terceros Países; y Fondo Europeo para los Refugiados). Se desarrolla su objeto reforzando la solidaridad -esencialmente de apoyo económico e institucional- entre los Estados miembros. Presenta varias líneas de actuación: la gestión integrada de las fronteras exteriores, con la creación de un Fondo para las Fronteras Exteriores; la política de asilo, con la prolongación del Fondo Europeo para los Refugiados; la integración social, cívica y cultural de los nacionales de terceros países, con la creación de un Fondo Europeo para la Integración; y la lucha contra la inmigración ilegal y el retorno de los nacionales de terceros países que residen ilegalmente en el territorio de la UE, con la creación de un Fondo Europeo de Retorno. Esta dirección de política del Derecho migratorio se continúa y refuerza a través de instrumentos normativos europeos. Así, la importante Decisión núm. 575/2007/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de mayo, por la que se estableció el Fondo Europeo para el Retorno para el período 2008-2013 como parte del Programa general "Solidaridad y Gestión de

sobre migración", de 4 de mayo 2011, COM (2011) 248 final, aparte de reiterar la gobernanza de Schengen y de prevenir la inmigración irregular, aunque bien es cierto que esta última realza un enfoque global de la migración (págs. 15 y sigs.) y la idea de construir una sociedad inclusiva integrando a los inmigrantes (págs. 13 y sigs.). Pero también subraya los mecanismos de control de los flujos de "emigrantes irregulares" (emigrantes económicos que intenta atravesar ilegalmente las fronteras de la UE), respecto de los cuales es preciso "prever los instrumentos adecuados para evitar que un gran número de inmigrantes por razones económicas atraviesen las fronteras de manera irregular. Persiguiendo estos objetivos, la gestión eficaz de sus fronteras es una condición necesaria para su credibilidad tanto en el interior como en el exterior de la Unión" (págs. 2 y 4). Esta última Comunicación insiste en que hay que mejorar el equilibrio entre los tres ámbitos principales de la intervención estratégica: a) Organizar la inmigración legal; b) reforzar la lucha contra la inmigración irregular; y c) potenciar al máximo los beneficios mutuos de la inmigración para el desarrollo. Pero también se destaca la necesidad de reforzar la dimensión humana de las políticas de migración y desarrollo mediante la adopción de un planteamiento centrado en el emigrante (pág. 16). Véase también la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 8 de octubre de 2008 - Reforzar el planteamiento global de la migración: aumentar la coordinación, la coherencia y las sinergias [COM(2008) 611 final).

16 Véase la Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (es la conocida como "Directiva de retorno"), y los diversos "Programas de retorno" instrumentados por las políticas comunitarias. Puede consultarse, Pérez Campos, A.I.: "El retorno de inmigrantes en la Unión Europea: estado de la cuestión y propuestas de reforma", en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105), 2013, págs. 47 y sigs.; Charro Baena, P., y Sánchez Trigueros, C.: "Las políticas públicas a favor del retorno voluntario de inmigrantes", Revista General de Derecho del Trabajo, núm. 28 (2012); Charro Baena, P.: "El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica: La capitalización del desempleo", en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, núm. 105 (2013), págs. 69 y sigs.; Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.A.: "El modelo de política jurídica de inmigración y mercado de trabajo en España", en Revista de Derecho Migratorio, núm. 29 (2012); íd.: "Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012: Sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social", en Civitas. Revista de derecho del trabajo, núm. 157 (2013).

los Flujos Migratorios. Nuevamente, se trata de facilitar los medios necesarios para el "retorno" de las personas inmigrantes[17]. En el art. 2 de la Decisión el objetivo del Fondo es apoyar los esfuerzos realizados por los Estados miembros para mejorar la gestión del retorno en todas sus dimensiones mediante el uso del concepto de la gestión integrada y disponiendo lo necesario para que los Estados miembros pueden ejecutar las acciones comunes o las acciones nacionales que persigan los objetivos comunitarios con arreglo el principio de solidaridad, teniendo en cuenta la legislación comunitaria en este ámbito y respetando plenamente los derechos fundamentales. El Fondo participará en la financiación de asistencia técnica por iniciativa de los Estado miembros o de la Comisión. Todo ello se inserta dentro de un Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la UE, en una dirección presidida por la lógica de la seguridad y el control de fronteras, asilo y expulsión de inmigrantes del territorio europeo. Y es que se vive una verdadera emergencia migratoria y de asilo desde mucho antes del advenimiento de la actual pandemia Covid-19, y lo más preocupante es la respuesta defensiva y no integradora y garantista dada por las instituciones políticas de la Unión.

Hay que tomar en consideración el Reglamento (UE) 2021/1147, de 7 de julio, por el que se crea el Fondo de Asilo, Migración y Integración. Se indica que el objetivo político del Fondo consiste en contribuir a la gestión eficaz de los flujos migratorios y a la aplicación, el refuerzo y el desarrollo de la política común de asilo y de la política común de inmigración, de conformidad con el acervo de la Unión pertinente y respetando plenamente las obligaciones las obligaciones internacionales de la Unión y de los Estados miembros derivadas de los instrumentos internacionales de los que son parte. En el marco de ese objetivo político, el Fondo contribuirá a los objetivos específicos siguientes: a) reforzar y desarrollar todos los aspectos del Sistema Europeo Común de Asilo, incluida su dimensión exterior; b) reforzar y desarrollar la migración legal hacia los Estados miembros de acuerdo con sus necesidades económicas y sociales, y promover y contribuir a la integración efectiva y la inclusión de los nacionales de terceros países; c) contribuir a la lucha contra la migración irregular, mejorando el retorno y la readmisión efectivos, seguros y dignos, así como contribuir a la reintegración inicial efectiva en terceros países y promoverla; potenciar la solidaridad y el reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros, en particular respecto de los más afectados por los desafíos migratorios y de asilo, también mediante la cooperación práctica (art. 3. "Objetivos del Fondo"). El Capítulo II, regula el "Marco financiero y de ejecución"[18].

Es posible, por lo demás, que estas políticas atiendan en exceso a elementos coyunturales, y tiendan a olvidar los elementos estructurales que a medio y largo plazo pondrán de relieve que la inmigración laboral será un componente necesario de las estrategias de empleo y de las políticas de crecimiento en el contexto de la globalización económica y de la dinámica expansiva del mercado interior europeo. En tal sentido no deja de ser significativa la posición crítica de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) respecto a las políticas defensivas y de promoción del retorno, precisamente atendiendo a que no han venido acompañadas de un análisis y diagnóstico subsiguiente

[17] En su Exposición de Motivos, se indica que "Una política de retorno eficaz es un complemento necesario de una política de asilo e inmigración legal digna de crédito, así como un importante de la lucha contra la inmigración ilegal. Los Estados miembros consagran presupuestos considerables a la aplicación de programas de retorno y realización de operaciones de retorno forzoso. Unas acciones comunes de la Unión Europea en este campo, respaldadas por los adecuados medios financieros procedentes de la Comunidad, podrían apoyar a labor de los Estados miembros, subrayar la necesidad de retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular y reforzar la solidaridad entre Estados miembros". Esta política de gestión de los flujos migratorios se explicita en el extenso (126 páginas) documento de la Comisión Europea: "Proposal for a Decision of the European Parliament and Council establishing the European Return Fund fort the period 2007-2013 as part of the General programme "Solidarity and Management of Migration Flows". SEC (2005) 435. COM/2005/0123 final -COD 2005/0049.

[18] Conforme al art. 9, apartado 1, el apoyo prestado en virtud del Fondo complementará las intervenciones nacionales, regionales y locales y se centrará en aportar valor añadido de la Unión para la consecución de los objetivos del fondo.

sobre las necesidades de trabajadores en una situación post-crisis. Entonces, cabría inquirir sobre si las políticas migratorias restrictivas (de inadmisión, expulsión y promoción del retorno de inmigrantes) actuales no constituirán al tiempo un impedimento para la recuperación y la fase expansiva (Y no vale decir, de modo simplista, que siempre habrá mano de obra extranjera disponible para emigrar hacia el espacio europeo, porque, aparte de la tragedia personal, lo que se pierde con el retorno de personas ya integradas -o con elevada integración en el país de acogida- no siempre será fácil que sea sustituido en términos de formación y experiencia). No parece que sea ni razonable ni sostenible políticas de inmigración que se orienten preferentemente por situaciones coyunturales y que dejen de lado razones de justicia social de personas migrantes que han contribuido decisivamente al crecimiento de los países de acogida durante la larga fase expansiva de la economía en épocas precedentes. Pero, a mayor abundancia, hay factores demográficos de envergadura que interesa retener en todo esto: "en ciertas regiones las tendencias demográficas sugieren que la inmigración puede ser un factor importante en la solución a largo plazo de los problemas previstos debido al envejecimiento de la población. Paralelamente a la elevación de la productividad laboral y al aumento de la participación en la fuerza de trabajo, especialmente de los trabajadores de edad, cada país tendrá que considerar la posibilidad de aceptar un número mayor de inmigrantes para evitar un declive de los niveles de asistencia social. Incumbe evidentemente a los dirigentes políticos responsables promover el consenso sobre estas cuestiones a largo plazo, ya que la inmigración exige siempre una adaptación social que debe contar con el respaldo de una política pública apropiada"[19]. Y sin embargo la dura realidad de las políticas de inmigración a nivel mundial y de Europeo, pone de manifiesto los límites intrínsecos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pues como es bien sabido, el derecho migratorio es un *derecho incompleto,* porque conforme al art. 13.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se garantiza un derecho a la emigración como derecho de libertad de la persona a salir de su país de origen o de cualquier otro país de residencia, pero ese derecho a emigrar no viene acompañado de un necesario derecho a inmigrar, en el sentido de crear en el país de destino o acogida un deber jurídico de entrada o acogida. Son, por el contrario, los Estados nacionales los que tiene el poder soberano de admitir o no a las personas migrantes en su territorio.

Se ha asistido al fin de una ilusión según la cual la (hiper)globalización neoliberal conduciría sin más al universalismo de los derechos humanos, mientras la experiencia muestra la racionalidad económica del mercado viene siendo refractaria a la consagración de la universalidad de los derechos de las personas[20] y especialmente proclive la mercantilización de todas las cosas y seres humanos. Por

[19] ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO: En busca de un compromiso equitativo para los trabajadores migrantes en la economía globalizada. Informe VI de la Conferencia Internacional del Trabajo, 92.ª reunión, 2004, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2004, pág. 45. En el documento de la OIT sobre el Trabajo Decente: "Trabajadoras y trabajadores migrantes: Hacia una igualdad de derechos y oportunidades", Ginebra, OIT/ Oficina de Igualdad de Género/Servicio de Migraciones Internacionales, 2009, se indica, acertadamente, que "Los migrantes representan un capital para cada país al que llevan su trabajo. Démosles la dignidad que se merecen como seres humanos y el respeto que se merecen como trabajadores" (pág. 1), haciéndose eco de la reflexión de Juan Somavía, Director general de la Organización Internacional del Trabajo. Véase también ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES: Políticas públicas sobre migración laboral. Herramientas y buenas prácticas, México, Organización Internacional para las Migraciones, 2010, págs. 16 y sigs. La vinculación con el desarrollo humano, en NACIONES UNIDAS: "Segundo diálogo de alto nivel sobre migración y desarrollo de Naciones Unidas" (DAN 2013), llevado a cabo los días 3 y 4 de octubre de 2013, donde se establece como una de las cinco prioridades: "Aprovechar el impulso del diálogo de alto nivel para generar una mayor integración de la migración en la agenda de desarrollo global, especialmente en la agenda de desarrollo post-2015". Véase NACIONES UNIDAS: Informe de las Naciones Unidas sobre Migración Internacional y Desarrollo, preparado para la 65ª sesión de la Asamblea General (A/65/203), 2 de agosto de 2010, http: //daccess-dds-ny. Un.ºrg/doc/UNDOC/GENN10/470/07/PDF/N1047007.pdf?OpenElement; ASAMBLEA DE LAS NACIONES UNIDAS: "Reuniones de alto nivel del 68° período de sesiones de la Asamblea General 3 y 4 de octubre de 2013 - Diálogo de Alto Nivel sobre la Migración Internacional y el Desarrollo: «Conseguir que la migración funcione».

[20] De Lucas, J.: "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos (en el 50 Aniversario de la Declaración del 48)", en Jueces para la Democracia, núm. 32 (1998), págs. 3 a 9; De Lucas, J.: "Las globalizaciones

lo demás, esa tendencia anti-universalista de los derechos humanos en las políticas del Derecho se ha venido acrecentando en la práctica con la presente coyuntura de crisis que ha agudizado las tendencias latentes al predominio absoluto de la racionalidad económica sobre la razón de la sociedad. A ello se añade, por lo demás, la instrumentación ideológico-política de la cuestión migratoria como problema de orden público, de racismo y xenofobia, desde la nueva derecha y de las corrientes populistas, con relevantes réditos electorales (cuando, paradójicamente, se repara en el dato estadístico de que los extranjeros extracomunitarios tan sólo son el cinco por ciento de la población de la Unión Europea, y no tampoco resulta excesivo -aunque siempre difícil de precisar por razones obvias- el número de inmigrantes en situación administrativa de irregularidad)[21].

El contraste de esta realidad política y jurídica con el marco del Derecho internacional es manifiesto cuando se repara en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, que garantiza la *universalidad* de los derechos humanos y las libertades fundamentales "de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión" (art. 1.3), y la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (artículos 1 y 2) y su materialización positiva en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; la Convención Internacional de la Organización de las Naciones Unidas de 1990, sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios. Estas normas internacionales parten de la idea-fuerza de vincular los derechos humanos a la persona más allá de la condición estricta de la nacionalidad, por un lado, y por otro, plantean su garantía efectiva como una condición de legitimidad de cualquier sociedad civilizada. Plantean una concepción antropológica de ser humano (una imagen del hombre) como especie y parte de una misma comunidad pluralista. Preside la idea-fuerza de "desnacionalización" de su reconocimiento y garantía "existencial".

Por otra parte, una política migratoria orientada hacia los derechos humanos no puede desligarse de la idea del desarrollo humano y de las garantías de las capacidades fundamentales de las personas[22] en el sentido definido ya en gran medida por los diferentes *Informes sobre el Desarrollo Humano de las Naciones Unidas*[23]. Estos Informes insisten en garantizar el desarrollo humano a través de una política de reducción de la pobreza y situaciones de desventaja social y fomento de la integración de las personas inmigrantes. Es una política que debería respetar las normas internacionales en materia de derechos humanos y que presupondría la colaboración activa entre los países de origen y los países de destino o acogida[24]. La apuesta por el Desarrollo Humanos sostenible es oficialmente nítida por parte de las Naciones Unidas: vinculando desarrollo con justicia social, erradicación de la pobreza, pleno empleo, trabajo decente, la universalidad de los derechos humanos y el trato igual de todas las

y los derechos", en Enrahonar, núm. 40-41 (2008), págs. 55 y sigs.; De Lucas, J.: Mediterráneo: El naufragio de Europa, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

21 Datos del 1 de enero de 2019, 4.9% de la población de la UE-27. Estadísticas ofrecidas por la UE.

22 Véase Nussbaum, M.: Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión, Barcelona, Paidós, 2007; Sen, A.: Desarrollo y libertad, Barcelona, Ed. Planeta, 2000; Monereo Atienza, C.: Desigualdades de género y capacidades, Granada, Comares, 2005; RIBOTTA, S.: Las desigualdades económicas en la teoría de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2010.

23 Véase Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al desarrollo (Artículos 28 DUDG; 1 del PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Granada, Comares, 2014, págs. 951-983, y bibliografía allí citada: Monereo Pérez, J.L.: Ciudadanía y derechos de las personas mayores, Granada, Comares, 2013. Para la consideración del desarrollo como derecho, véase Gómez Isa, F.: El derecho al desarrollo humano en el ámbito jurídico internacional, Bilbao, Universidad de Deusto, 1999; Ángulo Sánchez, N.: El Derecho Humano al Desarrollo frente a la mundialización del Mercado. Concepto, contenido, objetivos y sujetos, Madrid, IEPALA, 2005.

24 Naír, S.: Y vendrán… Las migraciones en tiempos hostiles, Barcelona, Bronce-Planeta, 2006; VV.AA.: Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea, M.I. Ramos Quintana (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2010.

personas migrantes[25]. Crecimiento con empleo y distribución de la riqueza[26]. Esta orientación puede hacer realidad efectiva el derecho al desarrollo, aunque la garantía del derecho al desarrollo debería implicar de suyo una identificación y remoción de las causas reales que provocan el infra desarrollo y las situaciones de injusticia social para una gran parte de la población mundial.

E incluso en el marco de las iniciativas de la Unión Europea continúa prevaleciendo la racionalidad económica instrumental de regular la inmigración bajo el prisma unidireccional de las exigencias del mercado de trabajo europeo, pasando a un segundo plano la dimensión garantista del Derecho migratorio de la Unión (Véase, por ejemplo, los instrumentos habilitados para el ejercicio del control de los flujos migratorios de extranjeros extracomunitarios; e incluso Directivas como la de 2009/50/CE del Consejo, de 25 de mayo, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, presentan este sesgo instrumental al servicio de la necesidades del "buen funcionamiento" del mercado interior europeo; y su confrontación con el control de flujos migratorios de mano de obra menos cualificada o respecto a trabajadores en situación irregular[27]; Directiva 2009/52/CE, de18 de junio, sobre sanciones a los empleadores; y en la misma lógica predominante de la "seguridad interior" de la Unión se sitúa el "Pacto europeo sobre inmigración y asilo", Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 24 de septiembre de 2008[28]). Y, en gran medida, lo mismo cabe decir de la Comunicación al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre un Nuevo Pacto de Migración y Asilo[29]. A este Pacto la sigue el 2024, con entrada en vigor en 2026. El Consejo de la Unión Europea adoptó el Pacto de la UE. Hay un cambio importante del marco regulador y se mantiene la externalización de la gestión migratoria. Por lo demás, se indica que la Unión Europea también seguirá cooperando estrechamente con terceros países para abordar las causas profundas de la migración irregular. Se trata de una reforma de envergadura del sistema europeo de migración y asilo. Una revisión completa.

El Consejo ha adoptado hoy un total de diez actos legislativos que reforman todo el marco europeo para la gestión de la migración y el asilo. El *Reglamento sobre el Control* permitirá a las autoridades nacionales remitir al procedimiento pertinente a los migrantes irregulares y a los

25 NACIONES UNIDAS: Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2011, ONU, Nueva York, 2011 (Documento electrónico disponible en Internet).

26 Véase Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al desarrollo (Artículos 28 DUDG; 1 del PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.): El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Granada, Comares, 2014, págs. 951-983, y bibliografía allí citada.

27 Véase Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre de 2008, traspuesta en nuestro ordenamiento interno por la Ley Orgánica 2/2009, y el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, Consejo de la Unión Europea 13440/08/, Bruselas, 2 de septiembre de 2008, ratificado por el Consejo Europeo de 15-16 de octubre de 2010; Directiva 2011/98/UE, de 13 de diciembre, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro (La llamada Directiva de "permiso único").

28 En dicho texto el paso de la estrategia de seguridad interior y también la lógica de la racionalidad económica instrumental de los flujos migratorios. Son cinco compromisos fundamentales que han de traducirse en acciones concretas: -organizar la inmigración legal teniendo en cuenta las prioridades, las necesidades y la capacidad de acogida determinadas por cada Estado miembro, y favorecer la integración; - combatirla inmigración irregular, garantizando, entre otras cosas, el retorno a su país de origen o a un país de tránsito de los extranjeros en situación irregular; - fortalecer la eficacia de los controles en las fronteras; - construir una Europa de asilo; - crear una colaboración global con los países de origen y de tránsito que favorezca las sinergias entre la migración y el desarrollo. Véase también COMISIÓN EUROPEA: Comunicación sobre III Informe Anual sobre Inmigración y Asilo (2011), Bruselas, 30 de mayo de 2012. COM (2012) 250 final, en la que predomina el enfoque de seguridad interior y el impulso a iniciativas de política del Derecho europeo orientadas al control preventivo y reparador (retorno/expulsión) de los inmigrantes.

29 Bruselas, 23.9.2020 COM (2020) 609 final.

solicitantes de asilo en una frontera exterior y garantizará que los controles de identificación, seguridad y vulnerabilidad y la evaluación sanitaria se lleven a cabo de manera uniforme. Las nuevas normas relativas a la base de datos Eurodac actualizada permitirán recopilar datos más precisos y completos (también datos biométricos) sobre diversas categorías de migrantes, entre ellos los solicitantes de protección internacional y las personas que llegan a la UE de forma irregular. Esto contribuirá a fundamentar la elaboración de políticas y a mejorar el control de la migración irregular y los desplazamientos secundarios. El *Reglamento sobre los Procedimientos de Asilo* racionaliza el procedimiento europeo de asilo e introduce un procedimiento fronterizo obligatorio en casos bien definidos. El *Reglamento sobre el Procedimiento Fronterizo de Retorno* se ocupa de los retornos de las personas cuya solicitud en este procedimiento fronterizo se ha rechazado. El *Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración* determina qué Estado miembro es responsable del examen de las solicitudes de protección internacional e introduce por primera vez un reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros. Gracias al *Reglamento sobre Crisis*, la UE estará mejor preparada para tramitar las solicitudes de asilo en circunstancias excepcionales. El *Reglamento de Reconocimiento* y la *Directiva sobre las Condiciones de Acogida* establecen normas uniformes para los criterios relativos a la concesión de protección internacional y las normas para la acogida de los solicitantes de asilo. Estas normas también deberían contribuir a reducir los desplazamientos secundarios entre los Estados miembros. Por último, el *Reglamento sobre el Reasentamiento* aborda las vías legales y seguras hacia la UE mediante el establecimiento de normas comunes para el reasentamiento y la admisión humanitaria.

El Reglamento sobre los Procedimientos de Asilo, el Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, el Reglamento Eurodac, el Reglamento sobre el Control y el Reglamento sobre Crisis son componentes del nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, que la Comisión (en concreto, la comisaria Yvla Johansson) propuso el 23 de septiembre de 2020[30].

-El Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo de la UE afronta el serio problema consistente en que "Mientras que algunos Estados miembros siguen enfrentándose al reto de la gestión de las fronteras exteriores, otros deben hacer frente a las llegadas a gran escala por tierra o por mar, o tienen que gestionar centros de acogida superpoblados, y otros siguen enfrentándose a un elevado número de movimientos no autorizados de migrantes. Se necesita un marco europeo nuevo y duradero para gestionar la interdependencia entre las políticas y las decisiones de los Estados miembros y para ofrecer una respuesta adecuada a las oportunidades y retos en tiempos normales, en situaciones de presión y en situaciones de crisis: un marco que pueda ofrecer seguridad, claridad y unas condiciones dignas a los hombres, mujeres y niños que llegan a la UE, y que también permita a los europeos confiar en que la migración se gestiona de manera eficaz y humana, en plena consonancia con nuestros valores".

-También propone, ciertamente, una intensificación de la lucha contra el tráfico ilícito constituye un reto común que exige cooperación y coordinación a escala internacional, así como una gestión eficaz de las fronteras. El correcto funcionamiento de la política de migración y asilo dentro de la UE exige mecanismos de coordinación y solidaridad y acción compartida entre los Estados

[30] Reglamento Eurodac, 26.4.2024; Reglamento sobre los Procedimientos de Asilo, 26.4.2024 ; Reglamento por el que se establece un procedimiento fronterizo de retorno, 26.4.2024; Reglamento por el que se establece el Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria, 26.4.2024 ; Reglamento por el que se abordan las situaciones de crisis y de fuerza mayor, 26.4.2024; Reglamento sobre el Control, 26.4.2024; Reglamento sobre la Gestión del Asilo y la Migración, 26.4.2024 ; Reglamento sobre Modificaciones de Coherencia relacionadas con el Control, 26.4.2024 ; Directiva sobre las Condiciones de Acogida, 26.4.2024 ; Reglamento de Reconocimiento, 26.4.2024. Los textos de estos instrumentos normativos están disponibles en https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2024/05/14/the-council-adopts-the-eu-s-pact-on-migration-and-asylum/

miembros. Asimismo, requiere también de una cooperación reforzada en materia de migración con socios de fuera de la UE.

Subyace la idea de que la migración de refugiados y solicitantes de asilo adquiere niveles extraordinarios y que esos flujos de personas refugiadas pueden desbordar a las sociedades a las instituciones. Esto permitiría "legitimar" las políticas restrictivas y las externalizaciones de la gestión migratoria.

No obstante, en un Informe reciente de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) se concluye en una valoración crítica: El nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asílo[31] (que está previsto que entre en vigor en 2026) no aborda las principales deficiencias que desde hace décadas impiden la construcción de un verdadero Sistema Europeo Común de Asilo y debilita el necesario equilibrio entre la solidaridad y las responsabilidades compartidas entre los Estados miembros. Lejos de un enfoque garantiza centrado en la protección de las personas, se afirma, la reforma plantea graves riesgos para el derecho de asilo y los derechos humanos poniendo el foco en las medidas de *externalización* de fronteras y retorno a terceros países. El objetivo prioritario es impedir que las personas lleguen y se llegan, expulsarlas lo más rápido posible y a toda costa[32]. Predomina el enfoque de "seguridad interior" y la tendencia a la externalización de las fronteras a terceros Estados que no respetan los derechos humanos, lo cual entraña el riesgo de compeler a los solicitantes de asilo, refugiados y apátridas a arriesgar la vida en viajes cada vez más peligrosos. En segundo lugar, debería predominar, por el contrario, un enfoque basado en la garantía de los derechos, el principio de solidaridad respecto a los que se ven obligados a la migración, pero también una política exterior europea que afronte las *causas reales* de las migraciones y promueva la paz y el derecho humano al desarrollo económico y social de los países de origen[33]. Si no se atiende a las causas (la guerra, órdenes económicos, y estructuras de desigualdad que no garantizan la posibilidad de subsistir o de salir de la pobreza, etcétera). Los flujos migratorios son expresión de un *"hecho social total"* y, por tanto, son cuestiones tanto de política "exterior" como de política "interior" en el espacio geopolítico de la Unión Europea.

Para fundamentar este enfoque garantista de los derechos (y dando por supuesto la existencia del sistema internacional de garantía multinivel de los derechos fundamentales de las personas migrantes) en la Unión Europea sería suficiente recordar el grupo normativo formado por una serie de artículos de la CDFUE: artículos 1 ("Dignidad humana")[34], 2 ("Derecho a la vida")[35], 18 ("Derecho de

[31] Como se indicó, el Consejo de la Unión Europea adoptó el Pacto de la UE sobre Migración y Asilo el 14 de mayo de 2024.

[32] COMISIÓN ESPAÑOLA DE AYUDA AL REFUGIADO (CEAR): El Pacto Europeo sobre Migración y Asilo. Retos y amenazas para los derechos humanos, Madrid, Servicio de Investigación y Estudios del Área de Incidencia de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR), 2024, págs. 63.

[33] Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al Desarrollo (artículo 28 DUDH; artículo 1 PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el desarrollo y Normas concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): El Sistema Universal de los Derechos Humanos. Estudio Sistemático de la declaración universal de los derechos humanos, el pacto internacional de los derechos civiles y políticos, el pacto internacional de los derechos económicos, sociales y culturales y textos internacionales concordantes, Granada, Comares, 2014, págs. 951-983. En esa dirección se sitúa Sen, A.: Desarrollo y libertad, Barcelona, Planeta, 2000, pág. 75, que subraya que en la lucha por la efectividad de los derechos humanos quedan vinculados los principios de igualdad y de libertad, pues la libertad hace posible que los individuos se sientan "como seres que participan activamente -si se les da la oportunidad- en la configuración de su propio destino, no como meros receptores pasivos de los frutos de ingeniosos programas de desarrollo". Ampliamente, Sen, A.: La idea de justicia (2009), Madrid, Taurus/Santillana, 2010, págs. 255 y sigs., y 351 y sigs.

[34] Según el cual "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida".

[35] El cual garantiza que "1. Toda persona tiene derecho a la vida. 2. Nadie podrá ser condenado a la pena de muerte ni ejecutado".

asilo")[36], 19 ("Protección en caso de devolución, expulsión y extradición")[37], entre otras disposiciones sobre derechos fundamentales garantizados en este instrumento con rango equiparado a los Tratados fundacionales de la UE, en virtud de lo expresamente establecido en ellos (art. 6.1 TUE)[38].

Cabría interrogarse sobre qué mundo "civilizado" es el que cabe esperar teniendo en cuenta el carácter estructural y permanente del fenómeno de las migraciones internacionales. Las migraciones ponen aprueba nuestros valores fundamentales y las políticas económicas, sociales y políticas de la democracia constitucional pluralista. Ponen a prueba el modelo de sociedad que queremos y las condiciones objetivas de las políticas reguladoras de los flujos migratorios que han sido una constante en la historia de las sociedades contemporáneas. Es, a la vez, política "interior" y política "exterior" en un mundo globalizado.

En las iniciativas comunitarias continúan predominando la lógica de las políticas de seguridad y control de las fronteras sobre la racionalidad jurídica de la integración a través de la garantía de los derechos fundamentales de las personas inmigrantes en condiciones de igualdad con los atribuidos a las personas que ostentan la ciudadanía europea.

Una regulación comunitaria de "seguridad" y tan sólo de débil orientación garantista no permite proteger tampoco a las personas extranjeras extracomunitarias que quedan fuertemente desprotegidas en sus derechos en los ordenamientos jurídicos nacionales. Resulta evidente que el déficit de tutela efectiva (más allá de la importancia extraordinaria de su reconocimiento jurídico-normativo en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) implica en la práctica jurídica la pervivencia de una "nacionalización" de los derechos humanos, que son objeto de garantía muy diversa en cada Estado miembro. Una "nacionalización" de los derechos en permanente tensión con la exigencia de "comunitarización" o "europeización" de los mismos.

Los derechos de las personas inmigrantes quedan cuestionados muy especialmente cuando se trata de inmigrantes considerados "ilegales" o "irregulares". Los caminos ya transitados por Estados como Italia, Francia, Grecia, etcétera se sitúan en una peligrosa dirección de "Estado de Seguridad" o "Estado penal" o "Estado policial", en cuyo marco se adopta la dialéctica schmittiana amigo-enemigo y su proyección en el llamado "Derecho penal del enemigo"[39], que combina el tratamiento de la enemistad absoluta y el cuestionamiento como "persona" titular de derechos. El enemigo es "el otro, el extranjero", potencialmente peligroso, objeto de medidas preventivas y de control y situado fuera de la comunidad y mirado y tratado como enemigo en una deriva correctora de componentes autoritarios de difícil acomodación al Estado constitucional de derecho puesto en discusión por el Estado punitivo. La política de la desconfianza hacia los inmigrantes incluso los legalmente establecidos. Ciertamente, las políticas actuales se inspiran, en no poco, en las construcciones aportadas por Günther Jakobs, sobre el "Derecho penal del enemigo"[40], a su vez influenciada por la construcción

[36] A cuyo tenor: "Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado de la Unión Europea y con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea".

[37] Conforme al art. 19 ("Protección en caso de devolución, expulsión y extradición"). 1. Se prohíben las expulsiones colectivas. 2. Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes".

[38] Véase los recogidos en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): La Europea de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012.

[39] Véase Zaffaroni, E.R.: El enemigo en el Derecho penal, Madrid, Dykinson, 2006.

[40] Jakobs, G., y Cancio Meliá, M.: Derecho penal del enemigo, Madrid, Cuadernos Civitas, 2003; Ibid., "La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente", en La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo milenio, Conde Muñoz, F. (Coord.),Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.Sobre su pensamiento, véase Montealegre,L. (Dir.) et altri: El funcionalismo en Derecho penal. Libro homenaje a Günther Jakobs, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

schmittiana sobre la realidad existencia de "lo político" como tensión dialéctica entre amigo-enemigo. Esta doctrina jurídico penal plantea una fuerte tensión -e incluso contradicción- con la lógica política que corresponde al Estado constitucional de Derecho. Esa cuestión del enemigo adquiere una gran y visible actualidad en el momento político-jurídico presente como resultado de las legislaciones de emergencia en materia de terrorismo (pero también respecto a la criminalización de los pobres y de los inmigrantes), planteando un gran debate a nivel internacional. La lógica de la enemistad fricciona con el Estado constitucional de Derecho, siendo más propia de un Estado fuerte de tipo autoritario o de orientación autoritaria, siendo en este sentido expresiva de la lógica extrema de la enemistad formulada y elaborada por Schmitt. Ello conecta con la fuerte tendencia a transitar de la sociedad de la inclusión a otra de exclusión[41]. Bajo la nueva mirada autoritaria el "otro" es considerado como un potenciar enemigo externo o un sujeto desviado. Todo esto conduce a una "criminalización" de los inmigrantes como sujetos más débiles en el marco de las políticas migratorias defensivas de la UE[42].

En estas políticas públicas migratorias impera la racionalidad excluyente y represiva, con el redescubrimiento de la idea de *"peligrosidad" social*, que reciben un tratamiento de población inferior con una negación de derechos básicos y objeto de formas de control represivo. Se establecen, en tal sentido, mecanismos de expulsión por el sólo hecho de la irregularidad administrativa de ser un "inmigrante ilegal", y por la simple pertenencia a un colectivo: la expulsión se inserta en un sistema de control y de punición, por no decir de criminalización. Los extranjeros inmigrantes tienden a ser desposeídos de derechos[43]. Muchos de ellos son los nuevos colectivos de "desposeídos" en las estructuras jerarquizadas de nuestras sociedades. Las mismas palabras que se utilizan (y a menudo casi todos hemos utilizado en alguna ocasión) reflejan esa idea de criminalización: efectivamente se habla -y hablamos- de "inmigrantes ilegales", incidiendo en una idea en sí inadmisible que consistiría en afirmar la "ilegalidad de las personas", y no a sus actos, lo cual supone una criminalización y deshumanización del ser humano, convirtiéndolo en "un mal antisocial". Se criminaliza a las personas inmigradas de modo irregular, indocumentado o "sin papeles" (infra-grupo social), con la atribución de un estatuto similar a un delincuente, el cual es tratado desde la "enemistad absoluta", como enemigo para el orden público. Es un criminalización que surge por una irregularidad administrativa, y que permite la persecución y la expulsión de la persona del inmigrante El carácter extendido de esta terminología da cuenta de su penetración en todas las esferas del discurso social y político-jurídico (*v. gr.*, Comisión Europea, "Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales", de 10 de abril de 2002; Comisión Europea, "Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal", de 2004, que utiliza la expresión "inmigrantes ilegales"; la STC de 7 de noviembre

41 Young, J.: La sociedad "excluyente". Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía, trad. Roberto Bergalli y Ramiro Sagarduy, Madrid, Marcial Pons, 2003, especialmente, págs. 9 y sigs.; Wacquant, L.: Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social, trad. Margarita Polo, Barcelona, Gedisa, 2010, especialmente., págs. 79 y sigs.

42 Monereo Pérez, J.L.: Espacio de lo político y orden internacional. La teoría política de Carl Schmitt, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 551 y sigs., y 603 y sigs.

43 Véase De Lucas, J.: Globalización e identidades, Barcelona, Ed. Icaria, 2003, pág. 60; Ibid., "Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes", en Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales, Portilla Contreras, G. (Coord.), Madrid, Ed. Akal, 2005; De Lucas, J.: Mediterráneo: El naufragio de Europa, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016; Añon, M.J.: "Integración: una cuestión de derechos", en Arbor, núm. 774 (2010), págs. 625 y sigs.; Aja, E.: Inmigración y democracia, Madrid, Alianza editorial, 2012, págs. 21 y sigs. De interés, en una perspectiva más holística, Monereo Pérez, J.L.: Simone Weil. Filosofía del trabajo y teoría crítica social, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2023; Ibid., "Filosofía social y del Trabajo y crítica política en Simone Weil", estudio preliminar a Weil, S.: Raíces del Existir. Preludio a una declaración de deberes hacia el ser humano, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, Ibid., "El sentido del trabajo y su centralidad en las sociedades democráticas: pensamiento y acción en Simone Weil". Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 13(2), (2023) 1-126. https://doi.org/10.46661/lexsocial.8197, etcétera.

de 2007, que tanto ha contribuido a dignificar el estatuto jurídico de las personas migrantes, hace referencia a "extranjeros ilegales")[44].

Es de señalar que la Convención internacional sobre la protección de todos los trabajadores migratorios y de sus familias (Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, ratificada actualmente por un gran número de Estados, ninguno de los cuales es miembro de la Unión Europea)[45] contiene un estándar de derechos y diversos mecanismos de control (En su Parte III, artículos 8 a 35, contiene un estándar de "Derechos humanos de los trabajadores migratorios y de sus familias", con independencia de su estatus migratorio, regular o irregular). En la misma dirección se sitúan los dos grandes instrumentos europeos de protección de los derechos fundamentales: La Convención Europea de Derechos Humanos de 1950; la Carta Social Europea Revistada de 1996; la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Desde 2007, con fuerza jurídica vinculante equiparable a los Tratados fundacionales de la Unión ex art. 6 del TUE; en adelante CDFUE). Ambos instrumentos normativos garantizan un conjunto de derechos a todas las personas sin distinción y, en otros casos, como personas trabajadoras sin más. Incluidos los derechos económicos, sociales y culturales[46].

Ahora bien: Aunque es cierto que la CDFUE garantiza un conjunto de derechos a todas las personas o, en su caso, a todos los trabajadores, sin embargo, se muestra insuficiente para garantizar los derechos de las personas inmigrantes irregulares. Resulta altamente criticable, que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no aluda expresamente a los derechos de las personas inmigrantes ilegales (de ahí que sea constante la referencia a las personas o trabajadores en situación de residentes legales), y que incluso pudiera justificar la exclusión de derechos para estas personas[47]. En la lógica de la seguridad interior la cuestión social migratoria es convertida en un problema de orden público en una Europa que parece quedar limitada a los ciudadanos de la Unión y a las personas residentes legales (sobre la base de una realidad económica), mientras que a los demás se les tiende a negar el estándar de derechos de ciudadanía (Resulta paradigmática la privación de derechos en sanidad, o el desempleo de personas y trabajadores en situación irregular en España y en otros países de la UE). El proceso migratorio es objeto de un control policial de las fronteras exteriores y sus instrumentos coercitivos. Esa política de orden público se construye doblemente, en una doble dimensión: a escala de la Unión Europea y en los respectivos espacios nacionales que aducen al respecto la soberanía estatal. Los inmigrantes ilegales son tratados como enemigos (del mismo modo que también tiende a criminalizarse la pobreza y a las personas en situación de miseria y exclusión

[44] Véase Chueca Sancho, A.G.: "Derechos, migración y derechos humanos: El marco general", en Diaz Barrado, C.M., Rodríguez Barrigón, J.M. (Dir.) y Díaz Silveira, C. (Coord.): Migraciones internacionales y codesarrollo, Madrid, Universidad Rey Juan Carlos/Centro de Estudios de Iberoamérica, 2011; Ibid., (Coord.): Derechos Humanos, Inmigrantes en situación irregular y Unión Europea, Valladolid, Lex Nova, 2010, págs. 25 y sigs.

[45] El 1 de julio de 2003 entró en vigor la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares. La Convención es un tratado internacional amplio centrado en la protección de los derechos de los trabajadores migratorios. En él se pone de relieve la vinculación entre la migración y los derechos humanos, un tema de interés general al que se presta cada vez mayor atención en todo el mundo.

[46] Véase Convención Sobre el Estatuto de los Refugiados, Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950, Capítulo IV ("Bienestar"), págs. 20 ("Racionamiento"), 21 ("Vivienda"), 22 ("Educación pública"), 23 ("Asistencia pública"), 24 ("Legislación del trabajo y seguros sociales"), y Capítulo V ("Medidas administrativas"), artículos 31 ("Refugiados que se encuentren ilegalmente en el país de refugio"), art. 32 ("Expulsión"), 33 [("Prohibición de expulsión y devolución ("refoulement")"] y 34 ("Naturalización"). Véase Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.
https://www.boe.es/boe/dias/1978/10/21/pdfs/A24310-24328.pdf

[47] Puede consultarse Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (directores u coordinadores): La Era de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012.

social). A ellos se aplica la lógica de la excepción permanente y selectiva. Con ello se pone en cuestión la virtualidad de la universalidad de los derechos humanos de la persona e incluso de los derechos laborales de la persona extranjera en situación de irregularidad. Por lo demás, incluso las personas inmigrantes extracomunitarios en situación regular se les dota de un estatuto mínimo que supone una minoración del estándar de derechos de los ciudadanos nacionales de los países miembros de la Unión. Los ciudadanos "legales" son los verdaderos ciudadanos libres, mientras que los individuos "ilegales" son objeto de políticas de control y de atribución de derechos limitados. Este enfoque cuestiona las bases de la democracia liberal y del Estado de Derecho.

A pesar del avance civilizatorio innegable que ha supuesto la CDFUE, esta no ha podido favorecer la garantía de los derechos de los trabajadores migrantes; no ha podido blindarles con una protección suficiente y adecuada frente a las propias políticas comunitarias sobre inmigración y de los países de la Unión que vienen presentando un marcado carácter defensivo y represivo (Son muchos los exponentes de ello. Así, por ejemplo, la Decisión 2004/573/CE, de 29 de abril, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión; Directiva 2008/115/CE, de 16 de diciembre, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular -es la llamada Directiva "de la vergüenza", que, entre otras medidas restrictivas, permite el internamiento de los extranjeros a expulsar durante 18 meses como máximo, con la consiguiente privación de libertad simplemente por razones administrativas; la Directiva 2009/52/CE, de 18 de junio, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables los empleados de nacionales de terceros países en situación irregular; a la que ha impuesto límites la STJUE de 28 de abril de 2011, asunto "El DRIDI")[48].

En cualquier caso, interesa destacar que la Carta Social Europea (revisada), hecha en Estrasburgo el 3 de mayo de 1996, establece garantías reforzadas respecto de los derechos sociales de las personas migrantes. Señaladamente, el art. 19 ("Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a recibir protección y asistencia"): "Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a recibir protección y asistencia en el territorio de cualquier otra Parte, las Partes se comprometen: 1. a mantener o a cerciorarse de que existen servicios gratuitos adecuados para ayudar a estos trabajadores, y particularmente para proporcionarles informaciones exactas, y adoptar las medidas oportunas en tanto que lo permitan las leyes y reglamento nacionales, contra toda propaganda engañosa sobre emigración e inmigración; 2. a adoptar, dentro de los límites de su jurisdicción, medidas apropiadas para facilitar la salida, el viaje y la acogida de estos trabajadores y sus familias, y a proporcionarles durante el viaje, dentro de los límites de su jurisdicción, los servicios sanitarios y médicos necesarios, así como unas buenas condiciones de higiene; 3. a promover la colaboración, requerida en cada caso, entre los servicios sociales, públicos o privados, de los países de emigración e inmigración; 4. a garantizar a esos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo referente a las materias que se expresan a continuación, en tanto que las mismas estén reguladas por leyes o reglamentos o se hallen sometidas al control de las autoridades administrativas, a saber: a) remuneración y otras condiciones de empleo y trabajo; b) afiliación a las organizaciones sindicales y disfrute de las ventajas que ofrezcan los convenios colectivos; c) alojamiento; 5. a garantizar a esos trabajadores, cuando se encuentren legalmente dentro de su territorio, un trato no menos favorable que el que reciben sus propios nacionales en lo concerniente a impuestos, tasas y contribuciones relativos al trabajo, a cargo del trabajador; 6. a facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador

[48] Véase también COMISIÓN EUROPEA: "Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales". COM (2002) 175 final, 10.4.2002; COMISIÓN EUROPEA: "Estudio sobre los vínculos entre la migración legal e ilegal". COM (2011) 248 final, 4.5.2011.

extranjero a quien se le haya autorizado a establecerse dentro del territorio; 7. a garantizar a dichos trabajadores que se encuentren legalmente dentro de su territorio un trato no menos favorable que a sus propios nacionales en lo relativo a las acciones judiciales sobre las cuestiones mencionadas en el presente artículo; 8. a garantizar a dichos trabajadores, cuando residan legalmente dentro de su territorio, que no puedan ser expulsados, excepto si amenazan la seguridad del Estado o atentan contra el orden público o las buenas costumbres; 9. a permitir, dentro de los límites fijados por las leyes, la transferencia de cualquier parte de las ganancias o ahorros de tales trabajadores migrantes que éstos deseen transferir; 10. a extender las medidas de protección y asistencia previstas en el presente artículo a los trabajadores migrantes que trabajen por cuenta propia, en tanto que las mismas les sean aplicables; 11. a promover y facilitar la enseñanza de la lengua nacional del Estado de acogida o, en caso de existir varias, de una de ellas a los trabajadores migrantes y a los miembros de su familia; 12. a promover y facilitar, en tanto que sea posible, la enseñanza de la lengua materna del trabajador migrante a los hijos de éste"[49]. Es especialmente relevante porque tiene un valor normativo reforzado bajo el control de aplicación del Comité Europeo de Derechos Sociales[50].

En una reflexión de más largo alcance, cabe decir que la ciudadanía nacional ha tenido históricamente un elevado papel integrador de los miembros de una misma unidad política, pero también se ha revelado como una noción con una fuerte dimensión excluyente. Su sentido histórico y actual, pues, ha sido ambivalente[51]. Ya resulta significativo que incluso cuando se opera con el Sistema de los Tratados constitutivos[52] y en la propia CDFUE con el concepto de "ciudadanía de la Unión", esta suponga en sí misma una exclusión de los extranjeros extracomunitarios.

Se trata de un proceso de construcción del "extranjero" desde una lógica excluyente y de orden público, lo que se inserta también en el proceso de "normalización de la emergencia" que

[49] Véase Charro Baena, P.: "Derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia (artículo 19 de la Cartas Social Europea)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.) et altri: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, págs. 745-758.

[50] Monereo Pérez, J.L.: "El valor jurídico de la Carta Social Europea Revisada y su significación"; Salcedo Beltrán, C.: "Rumbo a la Carta Social Europea: navegando en aguas procelosas hacia el reconocimiento de los derechos sociales y sus garantías"; Díaz Rodríguez, J.M.: "La interpretación y aplicación de la Carta Social Europea, en particular en materia de extinción del contrato de trabajo; Jimena Quesada, L.: "El Comité Europeo de Derechos Sociales: valor jurídico de sus resoluciones"; Miñarro Yannini, M.: "Nuevos horizontes en las políticas relativas a las personas refugiadas a la luz de la Carta Social Europea"; Cristobal Roncero, R.: "La influencia de la Carta Social Europea en la jurisprudencia española", en Documentación Laboral, Nº. 125, 2022. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8524974. Asimismo, Jimena Quesada, L.: "La Carta Social Europea como tratado europeo de los derechos sociales por excelencia y su mayor relevancia en el contexto de la pandemia de Covid-19", Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF, núm. 460, 2021; Salcedo Beltrán, C.: "La Carta Social Europea. Unde venis et quo vadis?", en Salcedo Beltrán, C. (Dir.) et altri: La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021; Monereo Pérez, J.L. "La garantía de los derechos sociales en la Carta Social Europea como 'Constitución Social' de la Europa amplia", Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum. núm. 4 (2022): 215-326. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/622/706

[51] Se ha aportado una definición estipulativa y funcional de ciudadanía para centrar la atención en una faceta precisa de la realidad político-jurídica: la relación entre la pertenencia de una persona a una comunidad política y los derechos y obligaciones de los que ella disfruta en esa comunidad. Importan señalar que, en esta perspectiva, se evita una posible y extendido equívoco, pues al hablar de comunidad política no hay que identificarla con el Estado. E l Estado no es un fenómeno eterno. Es tan sólo la forma moderna de la comunidad política. El Estado es soberanía, burocracia, unidad de mando en el territorio: es una síntesis de elementos que difícilmente se pueden encontrar en las formas políticas de las sociedades premodernas. Cfr. Costa, P.: "Ciudadanía y patrones de pertenencia a la comunidad política", en Costa, P. y Aláez Corral, B.: Nacionalidad y ciudadanía, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2008, págs. 20-21.

[52] Resulta harto significativo lo establecido en el art. 20.1 del TFUE, a cuyo tenor "Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro. La ciudadanía de la Unión se añade a la ciudadanía nacional, sin sustituirla".

preside la *gubernamentalización* de la sociedad contemporánea[53]. Pues, en efecto, se está produciendo una mundialización y generalización de la *política del Derecho de la "tolerancia cero"* (vinculadas formalmente a la finalidad de mantenimiento del orden por parte de los poderes públicos). La doctrina de la "tolerancia cero" (que paradigmáticamente fue puesta en práctica en los programas de control y punición llevados a cabo en la ciudad de Nueva York), ha sido un instrumento de legitimación de la gestión represiva y judicial de los pobres, personas marginales, "grupos étnicos" y de los extranjeros inmigrantes, excluidos o con precaria y débil inclusión en la comunidad política (se trate de cada país en particular o de ámbitos geopolíticos supranacionales, como de la Unión Europea)[54].

En las políticas de *"tolerancia cero"* se refleja un deslizamiento entre lo social hacia lo penal o punitivo, y de manera simétrica de la tolerancia hacia la intolerancia. Se observa que la doctrina aplicada en ciudades como Nueva York es aducida e importada por otras ciudades y países diversos como el pretendido remedio universal, y de aplicación simple y generalizada, para "todos los males de la sociedad", tales como la inmigración ilegal, la criminalidad, el "parasitismo social", etcétera. De ahí que la noción política de "tolerancia cero" se difundiera conforme a la secuencia de un proceso de "metástasis" para hacer referencia de modo alternativo, y sin distinción, a la aplicación estricta de la disciplina y control en las más variadas situaciones de "peligrosidad" y de afectación potencial o actual el orden público[55]. Ello se combina frecuentemente con la mutación del *welfare* en un *workfare* de carácter autoritario donde se limitan los programas sociales para las clases y colectivos de personas más desfavorecidas y se desvirtúa la idea de empleabilidad como capacitación para un trabajo digno desplazada por la noción de empleabilidad como imposición de cualquier tipo de trabajo precario a los sujetos en situación de desempleo (con fuerte tendencia hacia la "criminalización" de la marginalidad sin atender a los factores causales y determinantes de la misma) y donde los derechos sociales tienen a ser desplazados/sustituidos por la imposición contractualista de obligaciones de trabajar de las personas afectadas (aunque lo que se imponga sea un trabajo precario que no es capaz de liberar del todo de la miseria; de ahí la referencia, por ejemplo, al "compromiso de actividad" en el marco de la contractualización de la protección jurídico-social por desempleo). El resultado es, pues, la contractualización de los derechos sociales, con el efecto de su mayor condicionamiento y comportamiento activos del sujeto titular[56], al cual suele responsabilizarse de individualmente de lo que eminentemente tiene una causa objetiva vinculada al funcionamiento de los mercados de trabajo (*v. gr.*, situación jurídica de los desempleados) y de la estratificación social.

En esa lógica de política del Derecho, se tendería a reemplazar paulatinamente el Estado Social por un Estado "postsocial" y punitivo, que es la otra cara de la forma "Estado-Mercado"[57]. Una de sus premisas implícitas es que la cuestión social específica de las sociedades del capitalismo

[53] La noción de "gubernamentalización" o "gubernamentalidad" remite la construcción lúcida de Foucault, M.: "La gubernamentalidad" (1978), en Espacios de poder, trad. de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Madrid, La Piqueta, 1981, págs. 9 a 26. La "gubernamentalidad" remite a un "Estado de gobierno que se centra especialmente sobre la población y que se refiere y utiliza como instrumento el saber económico, [y que] corresponde a una sociedad controlada por los dispositivos de seguridad" (pág. 26). Puede consultarse también De Giorgi, A.: El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud, trad. J.A. Brandariz García y H. Bouvier, Madrid, Traficantes de Sueños, 2005, págs. 111 y sigs.

[54] Véase Wacquant, L.: Las cárceles de la miseria, trad. Horacio Pons, Madrid, Alianza, 2000, especialmente, págs. 26 y sigs.

[55] Wacquant, L.: Las cárceles de la miseria, trad. Horacio Pons, Madrid, Alianza, 2000, págs. 29 y sigs., y entre nosotros Portilla Contreras, G.: El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo posmodernista, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.

[56] Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, CES, 1996; Monereo Pérez, J.L.: Las nuevas políticas de protección contra el desempleo y su reflejo en el sistema jurídico, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

[57] Véase ampliamente, Monereo Pérez, J.L.: "Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George", en Documentación Laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, núm. 83 (2008), págs. 11 y sigs.

tardío no sería tanto la relativa a la "igualdad socioeconómica" y la integración, sino ante todo de reorientación activadora y disciplinaria de las aptitudes individuales de las personas "responsables de su situación" (*v. gr.*, la política social ser orienta principalmente hacia la imposición de la obligación jurídica de trabajar en la lógica de la responsabilidad individual). De ahí se sigue, en coherencia, la conformación de un "Estado fuerte" y de un reforzamiento de normas de orden público que estarían llamadas a "normalizar" situaciones materialmente de excepción en relación con determinados colectivos de personas y situaciones de "peligrosidad" social o política. En la regresión del Estado social de Derecho hacia el "Estado postsocial" y tendencialmente "Estado penal", más que las políticas integradoras y de garantía efectiva de derechos se utilizan sistemáticamente las medidas de control social preventivo y llegado el caso, la privación de la libertad para esos colectivos de población considerada potencialmente "peligrosa" (extranjeros inmigrantes, trabajadores precarios, personas en situación de miseria, personas drogadictas, etcétera). Unas medidas de detención y privación de libertad que adoptan formas típicamente excepcionales, con la consiguiente privación de garantías propias del Estado de Derecho.

El giro radical de política del Derecho es significativo tanto en la legislación de inmigración, como en la legislación sociolaboral y en la estrictamente penal. Resulta emblemática la reorientación de las medidas en el campo penal, pues los estudios empíricos clásicos realizados por George Rusche y Otto Kirchheimer en la década de los cuarenta, ponían de manifiesto la incidencia de las causas sociales (deterioro de las familias, de las clases subalternas, del mercado de trabajo, entre otras) y las medidas punitivas y de encarcelamiento[58]. Los autores subrayaron que por entonces la crisis económica hizo proclive el aumento de la represión penal, aunque atemperada por las exigencias de racionalización de una sociedad industrial moderna. A la altura de 1939, Rusche y Kirchheimer había hecho notar que la estrecha vinculación entre la política penal y la política social progresiva. "Si es verdad que las necesidades de racionalización del sistema social imperante ponen límites a las posibilidades de desarrollo de una política penal orientada exclusivamente hacia la represión, no es menos cierto que restringen aún en mayor medida las posibilidades de aplicación de un programa tradicional de reformas. El sistema penal en una sociedad determinada no constituye un fenómeno aislado sujeto solamente a sus regulaciones normativas, sino que es parte integral de la totalidad del sistema social con el que comparte sus aspiraciones y defectos. Por tanto, la cifra criminal puede ser contenida solo en el supuesto de que la sociedad proporcione a sus miembros cierta seguridad y un nivel adecuado de vida. Únicamente bajo estas circunstancias el pasaje de una política penal represiva a un programa progresista de reformas puede trascender al mero humanitarismo formal para convertirse en una actividad social verdaderamente constructiva. Sin embargo, mientras la conciencia social no se encuentre en posición de comprender -y de actuar en consecuencia- el vínculo inevitable que existe entre el progreso social general y una política penal progresista, todo proyecto de reforma penal podrá alcanzar a lo sumo un éxito efímero, y su fracaso será atribuido a la perversidad de la naturaleza humana antes que al sistema social. La consecuencia inevitable de todo esto es un retorno a las teorías pesimistas, según las cuales la naturaleza intrínsecamente malvada del hombre puede ser domesticada sólo reduciendo las condiciones de vida en la cárcel a un nivel inferior al de las clases más bajas de la población libre. La ineficacia de las penas severas y los tratamientos crueles puede haber sido demostrada miles de veces, pero hasta el momento en que la sociedad sea capaz de resolver sus problemas sociales, la represión, la más simple de las respuestas, seguirá constituyendo la alternativa preferida. Ella proporciona la ilusión de la seguridad ocultando los síntomas del malestar social con un conjunto de juicios morales y legales. Existe una paradoja entre el progreso del conocimiento humano, que ha permitido comprender y teóricamente resolver el problema del tratamiento penal como nunca antes, y la realidad de que la cuestión fundamental de una transformación profunda de

[58] Rusche, G. y Kirchheimer, O.: Pena y estructura social (1939), trad. Emilio García Méndez, Bogotá (Colombia), Ed. Temis, 2004. Sobre el pensamiento de Otto Kirchheimer puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: Estado y democracia en Otto Kirchheimer, Estudio Preliminar a Kirchheimer,O.: Justicia política, Granada, Comares (Col. Crítica del Derecho), 2001, págs. XVII a CLXXXV.

la política penal parece encontrarse hoy cada vez más distante a causa de su pendencia funcional del orden social existente"[59].

Todo esto determina que la cuestión social de la inmigración (y más generalmente, de las "migraciones") de nuestro tiempo sea una cuestión problemática y abierta, no clausurada, en el plano de la política del Derecho. La fragmentación social persiste bajo viejas y nuevas formas. Y esa fragmentación y desigualdad social es contraria a la dignidad humana[60]. Ese principio de igualdad se postula respecto de la atribución de los mismos derechos a los extranjeros y a los nacionales del país de acogida[61].

[59] Rusche, G. y Kirchheimer, O.: Pena y Estructura social (1939), trad. Emilio García Méndez, Bogotá (Colombia), Ed. Temis, 2004, pág. 258.

[60] Sobre la dignidad como principio fundamental de Derecho de Internacional de los derechos humanos y su significación como eje de éstos, y, asimismo, su centralidad dentro de la noción de "trajo decente" o "trabajo digno" de la Organización Internacional del Trabajo, véase Monereo Pérez, J.L.: La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales, Murcia, Laborum, 2019, especialmente, Capítulo I ("La dignidad de la persona: significación fundante y su fuerza normativa en el sistema multinivel de garantías de los derechos y capacidades humanas…"), págs. 9 y sigs., y Capítulo II ("La dignidad de la persona que trabaja como expresión "materializada" del principio de dignidad humana: la indivisibilidad de los derechos laborales genéricos o inespecíficos y de los derechos específicos sociales"; "Dignidad humana y trabajo decente: la función garantista de la OIT"), págs. 161 y sigs. Consúltese la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008.

[61] Análisis del impacto económico de la discriminación y la desigualdad entre la población autóctona y la extranjera residente en España, Madrid, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. 2024. Mahía, R. y Medina, E. (2024). Análisis del impacto económico de la discriminación y la desigualdad entre la población autóctona y la extranjera residente en España. Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia - OBERAXE. Las conclusiones del informe son contundentes:

1. Elevada discriminación laboral con una importante dimensión de género: Observamos una notable brecha de integración laboral para las personas extranjeras, con una discriminación específicamente acentuada en las mujeres, reflejando desigualdades significativas en el acceso y la permanencia en el mercado laboral, así como en la sobre cualificación y las diferencias salariales respecto a la población autóctona. 2. Discriminación de las mujeres extranjeras en el acceso a la población activa. Los niveles agregados de actividad entre población autóctona y extranjera son similares, destacando un diferencial negativo en la tasa de actividad femenina extranjera de 2,3 puntos porcentuales, respecto a las autóctonas, lo que sugiere una discriminación en el acceso a la población activa que equivaldría a unos 1200 millones de euros anuales menos en retribuciones salariales, es decir, alrededor de un 0,09% del PIB. 3. Importante discriminación por desempleo. Existe una diferencia simple en la tasa de desempleo entre población extranjera y autóctona del 6,6%. Al ajustar por las covariables relevantes, la discriminación atribuible al incremento de la probabilidad de estar desempleado entre los extranjeros se mantiene en un 5%. En términos de valoración económica esta discriminación ascendería a unos 5100 millones de euros, aproximadamente un 0,38% del PIB. 4. Impacto de Género en Discriminación por Desempleo: Aunque las mujeres representan el 47% de las personas empleadas extranjeras, contribuyen al 62% del efecto global de la discriminación por desempleo, tanto en número de personas como en valor económico lo que se explica por una mayor brecha de discriminación femenina que masculina. 5. Notable déficit de integración laboral y de discriminación en términos de sobre cualificación. El análisis revela que las diferencias de sobre cualificación moderada para trabajadores/as extranjeras con estudios superiores que puede deberse eventualmente a la discriminación son del 15%. El valor económico anual de esta discriminación ascendería a unos 2800 millones de euros, es decir, un 0,21% del PIB. El mismo análisis replicado para los/las trabajadoras extranjeras con estudios secundarios revela que la diferencia en sobre cualificación atribuible a la discriminación se sitúa alrededor del 11%, lo que se traduce en una valoración económica de unos 900 millones de euros, lo que supone un 0,07% del PIB. 6. Importantes diferencias de género en términos de discriminación por sobre cualificación. El efecto agregado de la discriminación por sobre cualificación procede en mayor medida de la discriminación femenina (443 millones frente a los 267 para el caso de los hombres). 7. Brechas salariales significativas: Las diferencias salariales brutas entre población extranjera y autóctona alcanzan el 23%, que aumenta hasta el 25% en el caso de las mujeres extranjeras comparadas con las autóctonas. 8. Discriminación salarial económicamente cuantificable: La discriminación salarial entre población autóctona y extranjera supone una diferencia porcentual del 2,2% en el salario medio en contra de la población extranjera, lo que conlleva una merma agregada anual de unos 2200 millones de euros, equivalente a un 0,17% del PIB. 9. Desigualdad en el acceso educativo y abandono escolar: La población extranjera enfrenta una tasa de escolarización inferior y una mayor probabilidad de abandono escolar debido a su origen, lo que atribuimos a discriminación. 10. Discriminación en el

Frente a estas direcciones de política del Derecho deberían construirse políticas del Derecho de carácter integrador y pluralista que supongan una universalización efectiva de los derechos y la reinvención de la ciudadanía. Para ello hay que remover los obstáculos políticos que impiden e imposibiliten realizarla y será necesario edificar un estatuto jurídico completo de los derechos, de manera que estos giren esencialmente sobre la persona y no principalmente sobre la condición específica de nacionalidad. En este sentido hay que tener en cuenta el carácter incompleto de la ciudadanía, que es un aspecto inherente a la institución motivado significativamente por la posibilidad de transformación con el paso del tiempo y con los cambios de espacio. Precisamente la experiencia de un mundo globalizado ha puesto de relieve la complejidad y variabilidad de la ciudadanía en las sociedades contemporáneas, pues si se teoriza sobre la ciudadanía como una institución necesariamente nacional, entonces no se puede dar cuenta de los nuevos fenómenos vinculados a las fuerzas globales con el lenguaje tradicional de la ciudadanía y de los derechos. Pero la idea no es sustituir la ciudadanía nacional por una ciudadanía "postnacional", sino combinar la ciudadanía nacional con otras formas de ciudanía supranacional que permitan la dotación efectiva de derechos para todos. Hay que tener en cuenta que la ciudadanía "postnacional" (también en su versión cosmopolita) carece de un marco institucional adecuado que pueda garantizar (y no sólo proclamar) los valores sustanciales de la ciudadanía. Se puede avanzar en la noción de ciudadanía cosmopolita sobre la base del respeto a las identidades nacionales y la vinculación de la ciudadanía a los derechos humanos

acceso educativo: Existe una tasa bruta de escolarización 17 puntos porcentuales superior en población autóctona frente a extranjera, lo que se traduce en una discriminación económica valorada en hasta 3398 millones de euros, o un 0,25% del PIB. 11. Discriminación en el aula: Los procesos de estrés asociados a los procesos migratorios y el estar expuestos a un mayor nivel de acoso y a un menor grado de aceptación en la escuela se traduce en mayores niveles de abandono en los extranjeros/as. Se identifica una discriminación asociada al origen en el abandono escolar, con una valoración económica de 102 millones de euros. 12. Sin embargo, en los ciclos formativos de Formación Profesional el abandono de extranjeros/as es menor. Dado que el abandono está calculado en base a expectativas, el resultado podría explicarse por un mejor resultado académico respecto a los/las autóctonas que realizan los mismos estudios, lo que podría indicar una sobre presencia de estudiantes extranjeros/as en los ciclos de Formación Profesional que también hubieran podido terminar con éxito otro tipo de estudios. 13. Discriminación educativa también observada al comparar los niveles máximos de educación alcanzados por autóctonos/as y extranjeros/as. Una mayor presencia relativa de extranjeros/ as en los niveles educativos más bajos y menor en estudios superiores indica la existencia de discriminación educativa, la cual asciende a algo más de 4800 millones de euros (0,36% del PIB). 14. Con todo, el mayor coste de la discriminación escolar se registra en el momento de acceso al sistema educativo (el cual supone el 70% del coste total), siendo menor la discriminación que se registra en el aula (la cual representa el 30% del coste total). 15.Atendiendo a los niveles educativos, el mayor coste de esta discriminación se registra en el paso de Bachillerato a estudios superiores (80% del coste total). También es importante el que se registra en el paso de la primera etapa de educación secundaria a segunda etapa de educación secundaria con orientación profesional (17%). 16. Por tramos de edad, el peso de la discriminación escolar tiende a aumentar con la edad. Es del 43% en el tramo de 45 a 64 años, de 39% en el de 35 a 44 años, del 14% de 25 a 34 años y del 4% en el de los más jóvenes, lo que es un dato positivo en el sentido de que indica una tendencia hacia la disminución de la discriminación educativa. 17. Impacto económico agregado de la discriminación: La valoración económica de la discriminación laboral y educativa combinada ascienden a unos 17 mil millones de euros, representando un 1,3% del PIB, indicando una merma significativa en términos de remuneración salarial no percibida por la población extranjera discriminada (Ibid., págs.84-85). Véase, asimismo, FORO PARA LA INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS INMIGRANTES: Situación de las personas migrantes y refugiadas en España informe anual 2023, Madrid, Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, 2024.

CONSEJO ASESOR BRECHA DE GÉNERO, creado en el marco del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. Se indica que está prevista la reforma del reglamento de la ley de extranjería, la cual va a tener en la perspectiva de género uno de sus aspectos más destacados. Las mujeres migrantes y sus principales casuísticas serán no sólo tenidas en cuenta, sino que tendrán un apartado específico. En virtud de todo lo expuesto, se pone de manifiesto lo acertado de las medidas llevadas a cabo en los últimos años para reducir la brecha de género existente en los ámbitos competenciales de este Ministerio. Pero también se constata la necesidad de seguir avanzando en esta línea y seguir implementando medidas que aborden la problemática expuesta. Para ello, se tomarán en cuenta las aportaciones que se trasladen desde el Consejo Asesor de Brecha de Género para seguir desarrollando políticas que tiendan a reducir las diferencias entre hombres y mujeres en el ámbito de la inclusión, la Seguridad Social y las migraciones. https://webmail.ugr.es/c/?_task=mail&_frame=1&_mbox=INBOX&_uid=157341&_part=3&_action=get&_extwin=1

y a la potenciación de las capacidades de las personas[62]. La identidad cultural es dinámica, pues evoluciona y los mismos individuos, al vivir en grupos, acaban siendo partícipes de nuevas formas de identidad y de arraigo social que enriquecen su personalidad y el libre desarrollo de la misma[63]. Esas identidades multiculturales no se adquieren exclusivamente en el origen a través del *ius sanguinis* (identidad de ciudadanía/nacionalidad basada en el parentesco) sino también de manera sobrevenida a través *ius solis* (residencia ciudadana por vivir en un determinado espacio territorial o geopolítico y cultural). No parece asumible -ni deseable una "*hiperglobalización" neoliberal* de pretensiones uniformizadoras y totalitarias-, contraria a la propia lógica interna subyacente a la Organización de las Naciones Unidas y al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Cuestión distinta es la política de la identidad concebida como un mecanismo elusivo de la atención los conflictos de clase e *intraclase* y, más ampliamente los derivados de las enormes desigualdades sociales en sociedades fragmentadas[64]. Ello se contrapone a una fórmula binaria inherente a la democracia constitucional, a saber: el ensamblaje entre democracia y cohesión social, que exige una reducción drástica de las desigualdades sociales intolerables y la gestión de las diferencias admisibles. En cualquier caso, la igualdad social no puede ser entendida como uniformidad garantizada por el Estado, sino como reconocimiento e inclusión de las diferencias relevantes (*v. gr.*, género, edad, discapacidad, etcétera), no para discriminar negativamente, sino, por el contrario, para promover las oportunidades que son necesarias para la materialización de una ciudadanía plena.

Es harto significativo que la inmigración permite vislumbrar las limitaciones y contradicciones de la ciudadanía vinculada a la pertenencia al Estado nacional, porque hace visible las contradicciones constitutivas de la misma noción y del carácter incompleto de la democracia liberal. La inmigración es uno de los fenómenos constitutivos de la globalización[65]. La inmigración constituye el núcleo del "extranjerismo", la segunda institución en importancia en relación a la pertenencia al Estado nacional

62 Véase Sassen, S.: Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales, trad. María Victoria Rodil, Buenos Aires/Madrid, Katz, 2010, págs. 349 y sigs.; Sassen, S.: Una sociología de la globalización, Buenos Aires/Madrid, Katz, 2007; Held, D.: Cosmopolitismo. Ideas y realidades, Madrid, Alianza, 2012, págs. 37 y sigs.

63 Esto no sólo fue planteado por Émile Durkheim y su discípulo Marcel Mauss, sino también, y de manera singularmente original, por Simone Weil. Véase Weil, S.: Raíces del Existir. Preludio de una declaración deberes hacia el ser humano, trad. M.E. Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil" (pp. IX y ss.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, especialmente, Segunda Parte ("El desarraigo"), págs. 33 y sigs., y Tercera Parte ("El arraigo"), págs. 109 y sigs.; Weil, S.: Reflexiones sobre las causas de la libertad y de la opresión social, trad. Carmen Revilla, Madrid, Trotta, 2015; Weil, S.: La condición obrera (1951), recopilación de la Editions Gallimard, pero aumentada con otros escritos tomados de las obras completas, trad. A. Dilon, J. Herrera y A. Jutglar, Buenos Aires, El cuenco de plata, 2010.
Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: "El sentido del trabajo y su centralidad en las sociedades democráticas: pensamiento y acción en Simone Weil". Lex Social: Revista De Derechos Sociales, 13(2), (2023) 1-126. https://doi.org/10.46661/lexsocial.8197
Ibid., "Crisis de la Modernidad y civilización del trabajo en Simone Weil: Interrogantes y respuestas". (2023). Revista Crítica De Relaciones De Trabajo, Laborum, 7, 217-272. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/792 ; Monereo Pérez, J.L.: Filosofía del trabajo y teoría crítica social, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2023, págs. 11 y 17 y sigs.

64 Resulta muy significativo que este enfoque sea planteado desde el moderno liberalismo de John Gray, que defiende que el futuro del liberalismo radica en un proyecto de "modus vivendi" en sociedad complejas y pluralistas. Véase GRAY, J.: Los nuevos leviatanes: reflexiones para después del liberalismo, Sexto Piso, 2024. Para su modo de entender el liberalismo, véase Gray, J.: Las dos caras del liberalismo, Barcelona, Página Indómita, 2021. En una perspectiva diferente, criticando las premisas principales de la síntesis identitaria, Véase Mounk, Y.: La trampa identitaria. Una historia sobre las ideas y el poder en nuestro tiempo, Barcelona, Paidós, 2024. Ya antes, Fitoussi, J-P., y Rosanvallon, P.: La nueva era de las desigualdades, Buenos Aires, Manantial, 1997, 43 y sigs., 73 y sigs.; Rosanvallon, P.: La sociedad de iguales, Buenos Aires, Manantial, 2012, págs. 15 y sigs., y 259 y sigs.

65 Véase Sassen, S.: Los espectros de la globalización, Buenos Aires, FCE, 2003; Sassen, S.: ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización, Barcelona, Bellaterra, 2001; Sassen, S.: Sociología de la globalización, Buenos Aires, Katz Editores, 2007.

moderno. Frente al "ciudadano", la persona inmigrante o, con carácter más general, el "extranjero" son entendidos en el orden jurídico y político como "sujetos parciales" o "personas incompletas" (sic.). Se produce una suerte de tensión entre un "sujeto formal" de reducidas dimensiones (el extranjero) y una realidad de gran amplitud, en cuyo marco se revela la capacidad heurística de la inmigración para arrojar luz respecto de las tensiones existentes en el núcleo del Estado nacional históricamente construido y consolidado. Si bien estas tensiones no son radicalmente nuevas, cabe decir que las condiciones actuales están haciendo surgir sus propias posibilidades[66]. En la inmigración se entrecruzan las dinámicas de la nacionalización de la ciudadanía y las débiles orientaciones hacia la construcción de una ciudadanía "postnacional".

En este sentido existen ya *formas incompletas* de ciudadanía "postnacional" como es el caso de la "ciudanía europea" que implica -como luego se indicará- nuevos tipos de formalización de los derechos y el estatus de ciudadano de la Unión. Esto supone, visiblemente, una *coexistencia diferenciada de dinámicas "postnacionales" y nacionales* en la construcción de nuevos componentes que enriquecen la noción jurídico-política de ciudadanía y el estatuto de los derechos de las personas articulado no exclusivamente con base a la ciudadanía nacional como dotación (aunque tradicionalmente y hoy también el Estado nacional es la instancia que articular principalmente al sujeto ciudadano). En la Unión Europea surgen nuevas formas de ciudadanía fuera de los estrictos confines del Estado-nación, y su institucionalización es una manifestación de una redefinición del proyecto político del Estado moderno, pues éste estaba originariamente pensado para organizar su territorio en términos de un solo orden normativo y una comunidad política relativamente homogénea organizada en torno a la idea de pertenencia y estatutos de derechos exclusivos para los miembros de dicha comunidad (ciudadanía nacional como pertenencia y dotación/atribución de derechos). En el interior de la Unión Europea (como, en parte, en el mundo actual), existe una interferencia y tensión constante entre el espacio nacional y el espacio transnacional. Por ello mismo, se reconfiguran las nociones tradicionales de soberanía estatal, ciudadanía nacional, ordenamiento jurídico nacional, etcétera, dada la interpenetración y co-implicación entre "lo interno" y "lo externo" en los nuevos espacios políticos. Esto está suponiendo ya una transformación *interna* del Estado nacional y una limitación de ámbitos específicos de soberanía, pero no su desaparición (y menos aún respecto a la soberanía *reforzada* detentada por las grandes potencias mundiales y europeas, en particular, señaladamente Alemania, Francia y Reino Unido)[67].

Pero incluso en el espacio geopolítico europeo se puede distinguir entre un ciudadano formal (de pleno derecho) o equiparado (personas extranjeras residentes que suelen ostentar un estatuto análogo a los ciudadanos nacionales, aunque con condiciones y limitaciones, señaladamente en lo que se refiere a los derechos de participación política) como sujeto de derecho y un residente informal o "irregular" que es sujeto limitado de derecho, y que no está autorizado pero sí reconocido, como es el caso de los llamado "inmigrantes sin papeles" que residen durante un amplio periodo en una sociedad y participan en ella en muchos aspectos (especialmente en lo relativo a su inserción el mercado de trabajo), de modo análogo a como lo hacen los ciudadanos o personas investidas de un estatuto reforzado. Su estatus jurídico en la sociedad de acogida es precario por definición. Por lo demás, en los últimos años se viene asistiendo a la aplicación de políticas europeas de inmigración más restrictivas y de carácter defensivo especialmente respecto de los inmigrantes irregulares (los "sin papeles")[68].

---

66 Véase Sassen, S.: Territorio, autoridad y derechos. De los ensamblajes medievales a los ensamblajes globales, trad. María Victoria Rodil, Buenos Aires/Madrid, Katz, 2010, págs. 368-369.

67 Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, capítulo 5 ("Soberanía y Derecho Internacional en Hans Kelsen: Mito y realidad", págs. 297 y sigs.

68 Nuestro país -que revisó ciertamente la legislación vigente para garantizar derechos de las personas migrantes- sin embargo, viene estableciendo medidas restrictivas de las personas en situación administrativa irregular respecto de la protección por desempleo de los trabajadores (art. 36.5 LOEXIS: "… En todo caso, el trabajador que carezca

Es más, la política de seguridad y control de los flujos migratorios, desconectada de la política de apoyo al desarrollo de los países de origen, no han contribuido a resolver la tragedia permanente de la inmigración irregular descontrolada y sometida al dominio de poderes ocultos implicados en el trato de los seres humanos más frágiles y desesperados (*v. gr.*, la tragedia de Lampedusa; la expulsión por parte de Francia de una familia de origen kosovar; el maltrato institucional recibido por los inmigrantes en Hungría o en Italia; la permisibilidad política del racismo y la xenofobia defendidos por partidos europeos de ultraderecha e incluso por los neoconservadores).

Las medidas adoptadas son principalmente las relativas al reforzamiento de los controles en las fronteras. Por lo demás, no deja de ser paradójico (haciendo visible la racionalidad económica instrumental subyacente) que en el actual mundo globalizado se asista una libertad de circulación de capitales, bienes y tecnología, acompañada de unas políticas restrictivas que niegan la libre circulación de las personas y en particular las trabajadoras. Esta política migratoria debería ser completamente replanteada y revisada en un sentido más coherente con la lógica del constitucionalismo democrático-social y, en relación a ello, con la garantía de los derechos fundamentales de todas las personas. Una política migratoria que tiene que articularse con el impulso al desarrollo social y ambientalmente sostenible de los países de origen, que no están en condiciones de garantizar un trabajo, una vida y una distribución más justa de las oportunidades a sus ciudadanos condenados a la miseria y a la injusticia social. Esta política migratoria común debe formar parte del modelo *social* europeo, o más precisamente del constitucionalismo democrático-social europeo. Más allá de una política defensiva de seguridad y control de los flujos migratorios, no se ha construido todavía una política común en sentido propio y totalizador. Las políticas nacionales -con ciertas limitaciones- continúan siendo distintas en el tratamiento de la inmigración. La política de armonización es mínima en el ámbito del estatuto de los derechos de las personas inmigrantes, a pesar de importantes avances[69]. No debe causar extrañeza que la política europea de inmigración se encuentre actualmente en una encrucijada: con avances constantes en lo concerniente al control de los flujos migratorios y el asilo, ámbitos en los que estamos ante una convergencia europea reforzada (con directivas y otros instrumentos de regulación jurídica), mientras que las reglas comunes en materia de políticas de integración y derechos de las personas inmigrantes son todavía escasas (aunque poco a poco se va avanzando). La política europea no sólo debe entrar en el campo de la regulación y gestión de los derechos y el estatuto de sus nacionales comunitarios sino también -y de manera cada vez más decidida e intensamente- en el de los extranjeros extracomunitarios en el espacio de la Unión.

Sería necesario transitar desde los derechos de ciudadanía "nacionalizados" a los derechos de la persona como tal y como trabajadora en particular, con independencia de su situación administrativa, internacionalizados y comunitarizados. La ciudadanía nacional -que prestó útiles servicios a la garantía de los derechos del ciudadano-, puede constituir un factor de discriminación y de exclusión social, si se utiliza como instrumento para privar de derechos a las personas nacionales de terceros

de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo") y respecto a la asistencia sanitaria en virtud del RD. 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud. Se añade al efecto un art. 3 ter ("Asistencia sanitaria en situaciones especiales") a la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, a cuyo tenor: "Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades: a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica. b) De asistencia al embarazo, parto y postparto. En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles". Puede consultarse, VV.AA.: Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social (LO 4/2000 y RD 557/2011), Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L. Á. (Directores), Granada, Comares, 2012.

69 Hecho que constataba la propia COMISIÓN EUROPEA: Libro Verde sobre el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica, Bruselas, 11 de enero de 2005. COM.2004, 811 final.

países de origen[70]. El reconocimiento del estatuto de ciudadanía a una persona extranjera constituye una atribución reservada al ámbito de soberanía ostentada por los Estados. Y para ese Estado las personas que no ostentan dicho estatuto de ciudadanía tienen la condición jurídico-política negativa de "extranjeros", a las cuales se les puede privar de la dotación de una amplia gama de derechos en el espacio territorial nacional, pues se consideran que no pertenecen a la comunidad política de referencia. La ciudadanía nacional marca la frontera interna entre la inclusión y la exclusión dentro del ámbito territorial específico del Estado nacional. La construcción política de la exclusión del extranjero ha encontrado su fundamento en la soberanía nacional y en conexión a ella en el concepto de *ciudadanía nacional*. La demarcación entre nacional y extranjero ha permitido históricamente una *diversificación jerárquica instrumental de las posiciones jurídicas* atribuidas a las personas dentro de las fronteras estatales (ciudadanos con plenos derechos, ciudadanos con derechos limitados e individuos excluidos formalmente de derechos)[71].

Es preciso garantizar la universalidad y la igualdad de los derechos humanos más allá de la ciudadanía nacional. Entiéndase conceptual o terminológicamente como "ciudadanía postnacional" o como "ciudadanía cosmopolita"[72]. Pero no se trata tan sólo de una nueva redefinición de la ciudadanía, sino que también hay que reclamar la "ciudadanía de los poderes", de empoderamiento de los ciudadanos activos para luchar legítimamente por la garantía efectiva de los derechos. La efectividad de esa lucha por los derechos exige de una ciudadanía activa y de poderes de identidad colectiva al servicio de los ciudadanos en la confrontación democrática entre poderes[73]. Es la solución adecuada para evitar que las personas inmigrantes queden excluidas del acceso del estándar de derechos fundamentales (y no sólo de los de ciudadanía social, sino también de la ciudadanía civil y política). En esta lógica excluyente de la ciudadanía nacional versus condición de extranjero se refleja cómo no se puede operar con una lógica mecanicista en un pretendido avance incontenible en la adquisición de todos los ámbitos de la ciudadanía plena[74], pues la atribución de derechos de los extranjeros se

70 Ferrajoli, L.: Derechos y garantías. La ley del más débil, Madrid, Trotta, 2009, págs. 97 y sigs.; Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Directores) et altri: La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012.

71 Puede consultarse, Castles, S.: "Jerarquías de ciudadanía en el nuevo orden global", en Anales de la Cátedra Francisco Suárez, núm. 37 (2003), págs. 9 y sigs.; Benhabib, S.: Los derechos de los otros: Extranjeros, residentes y ciudadanos, Barcelona, Gedisa, 2005, págs. 107 y sigs.; Suárez, L. y otros: Las luchas de los "Sin Papeles" y la extensión de la ciudadanía, Madrid, Ed. Traficantes de Sueños, 2007; Balibar, E.: Nosotros, ¿ciudadanos de Europa?, Madrid, Tecnos, 2003.

72 Si se toma en cuenta la dialéctica de "lo político" se evita incurrir en la ilusión de un mundo excluyente del conflicto, la propuesta de un "constitucionalismo global" que garantice a todos los derechos fundamentales y provea a las personas de instrumentos de participación activa de las decisiones políticas, podría defenderse coherentemente -pero también pragmáticamente- el constitucionalismo global postulado por Ferrajoli, L.: "Más allá de la soberanía y la ciudadanía: un constitucionalismo global", en Isonomía, núm. 9 (1998), págs. 173 y sigs. Puede consultarse al respecto, Monereo Pérez, J.L.: La protección de los derechos fundamentales. El Modelo Europeo, Albacete, Bomarzo, 2009.

73 Puede consultarse, Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996, especialmente, págs. 166 y sigs. ("Una estrategia de ciudadanía basada en los derechos y en los poderes colectivos: las dos formas de concebir y extender la ciudadanía"). Ciertamente, la ciudadanía, como la misma democracia moderna, es el resultado de las luchas en busca de una mayor igualdad, de una mayor participación y control de los ciudadanos sobre los procesos políticos y el sistema económico; y asimismo de una ampliación paulatina del espacio para la autonomía de los individuos en el seno de la comunidad política (pág. 173). Monereo Pérez, J.L.: Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, especialmente, págs. 388 y sigs.

74 Era propia de la idea de progreso que ha informado al socialismo democrático y a la tradición del liberalismo social. Paradigmáticamente, Marshall, T.H.: Ciudadanía y clase social, en Marshall, T.H. y Bottomore, T.: Ciudadanía y clase social, Madrid, Alianza editorial, 1998, y la reflexión crítica de Monereo Pérez, J.L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social, 1996; Monereo Pérez, J.L.: La crisis de la socialdemocracia. Eduard Bernstein y las premisas del socialismo reformista, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2012; Monereo Pérez, J.L.: El Derecho en la democracia constitucional. La teoría crítica del Gustav Radbruch, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2020.

ha realizado a distinto título (ciudadanía, residencia, trabajo profesional…) y con distinta intensidad (denegación de un cierto tipo de derechos, especialmente los relativos a los derechos políticos, lo que determina no sólo de facto sino también de iure la atribución de un estatus de *ciudadanía de segunda clase o subalterna*), determinando una jerarquización de derechos de las persona dentro de un Estado-nación. De este modo se puede atribuir un cierto ámbito de la ciudadanía y excluir otros, mutilando y disociación la plenitud del estatus de todos los derechos fundamentales que integran el estándar mundialmente reconocido. El estatus de la persona es fragmentado y sometido a una lógica selectiva e instrumental que jerarquiza y las convierte en individuos con un estatus subordinado, y sometido a una graduación político-legislativa según criterios de conveniencia y oportunidad por parte de cada Estado soberano. La exclusión más radical del estatuto de derechos de la persona es la que se localiza en las personas migrantes en situación de irregularidad administrativa (siendo objeto de privación de derechos básicos, de deportación/expulsión y de explotación en el marco del tráfico ilegal y del empleo "informal" en el mercado de trabajo). Hay que tener en cuenta que un sistema democrático que se tenga por tal no podrá ser plenamente legítimo con la exclusión selectiva de un amplio conjunto de derechos a los nacionales de terceros países que residan habitualmente en el territorio de un determinado Estado nacional[75].

No es baladí hacer notar el actual momento político, donde se está imponiendo la forma política de un "*Estado fuerte*" configurado como un "*Estado de Mercado*" al servicio de la competitividad y de la satisfacción de los intereses de las grandes fuerzas de poder económico que dominan los mercados[76]. La democracia se convierte en una democracia de baja intensidad y subordinada a los poderes económicos dominantes: una democracia truncada y desvirtuada[77]. El riesgo para la democracia es la fuerte tendencia hacia la consagración de un Estado policial y de control social permanente y selectivo, con una multiplicidad de expresiones: la atribución selectiva de derechos a las personas, el estado de "tolerancia cero" (que permite el control total de las personas consideradas "peligrosas" y su posible encarcelamiento, expulsión, etcétera, entre las cuales se encuentra los inmigrantes y señaladamente los inmigrantes "ilegales" o "irregulares" frente a los cuales toda vale; toda represión está permitida), la invasión de las comunicaciones (con la vulneración sistemática de los derechos a la intimidad, las libertades de información y expresión y el secreto de las comunicaciones), el encarcelamiento sin garantías (no sólo para los sospechosos de terrorismo, sino también para inmigrantes "irregulares"), y un largo etcétera.

Frente a esta tendencia cabe reclamar la experiencia de cómo ya no sólo formalmente en los grandes textos internacionales y nacionales la atribución de algunos derechos ya no depende de la pertenencia a un determinado Estado nacional. Pero también es cierto que el universalismo de los derechos es más una aspiración que una realidad viva, porque continúa en gran medida estando subordinados al decisionismo político de los Estado-nación y a otras formas de unidad política definida (*v. gr.*, la Unión Europea). La tensión entre el universalismo de los derechos y el particularismo de la pertenencia a la comunidad política nacional se ha venido resolviendo en la

[75] De interés, Denninger, E. y Grimm, D.: Derecho constitucional para la sociedad multicultural, edición y traducción de I. Gutiérrez Gutiérrez, Madrid, Trotta, 2007, donde se pone de manifiesto que el Derecho constitucional lleva décadas emancipándose de su tradicional subordinación a la clásica noción de Estado. Las constituciones propias del Estado social y democrático de Derecho, al asumir la tensión entre libertad y homogeneidad social, ofrecen más bien una ordenación fundamental para el Estado y para la sociedad, en atención a los complejos procesos de integración social. Pero las nuevas manifestaciones de la multiculturalidad, fruto de los movimientos migratorios masivos que se producen en el marco de la globalización, alteran sustancialmente las bases sobre las que venían desarrollándose dichos procesos, y obligan a replantearse, como hacen Erhard Denninger y Dieter Grimm en este libro, los grandes postulados del Estado constitucional: la democracia y los derechos fundamentales.

[76] Puede consultarse Monereo Pérez, J.L.: Los fundamentos de la democracia. La Teoría Político Jurídica de Hans Kelsen, Barcelona, Ediciones d Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, págs. 359 y sigs., y 388 y sigs.

[77] Véase el excelente estudio realizado por Pisarello, G.: Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático, Madrid, Trotta, 2011, págs. 121 y sigs.

práctica a favor de las condiciones impuestas en el Estado nacional, tan sólo con ciertos límites impuestos por la comunidad internacional. Y de lo que se trataría es de resituar la lógica del sistema democrático colocando a la persona en el centro confiriéndole todos los derechos que le permitan el despliegue de su personalidad, y cuyo reconocimiento no dependa de la pertenencia del individuo a un determinado Estado nacional. Esto debería formar parte de la esfera de "lo indecidible" por el poder político[78], porque -en una perspectiva antropológica y jurídica- los derechos tienen que ser derechos de la persona, del ser humano en cuanto tal. En tal sentido, habría que postular una ciudadanía postnacional, ampliando los confines tradicionales de un concepto de ciudadanía "nacionalizada" sin que sea una condición necesaria hacer desaparecer la ciudadanía vinculada a la pertenencia del Estado nacional, sino completándola e integrándola, pues no parece factible la creación de una suerte de "Estado mundial" que traiga aparejada la desaparición completa de la soberanía estatal y de la nacionalidad vinculada a la forma Estado-nación. En el momento histórico actual habrá que convenir en la existencia de una pluralidad de Estados nacional y en la necesidad de perfeccionar de modo realista un orden internacional que garantice a todas las personas un estándar mínimo de derechos, esto es, un conjunto de derechos de titularidad universal y cuyo ejercicio pueda realizarse frente a todos. Y en verdad queda mucho camino que andar como muestra la realidad de la desigualdad de atribución de derechos otorgada a las personas migrantes en el interior del espacio estatal y europeo.

Las políticas de la Unión Europea están dirigidas a controlar las fronteras restringiendo el acceso de los nacionales de terceros países al territorio de europeo. Pero una vez que las personas extracomunitarias entran en el espacio europeo se genera una dinámica hacia una más intensa integración, aunque ciertamente hay actualmente una peligrosa tendencia a desmantelar o limitar los derechos de los extranjeros residentes. Tan sólo hay algunos eslabones de la construcción de esa ciudadanía "postnacional" (sobreañadida a la nacional) en el reconocimiento de ciertos derechos fundamentales a la persona a nivel del Derecho Internacional de los derechos humanos y en el marco del Derecho de la Unión Europea el título de atribución de derechos basado en la *residencia y en la realización de una actividad profesional* en el espacio económico europeo. Paradigmáticas resultan algunas Directivas sociales comunitarias, como señaladamente, y pese a sus muchas insuficiencias:

a) Directiva 2003/109/CE, del Consejo de 24 de noviembre de 2003, sobre el estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Esta directiva, especialmente, se sitúa en una lógica de integración a través de los derechos, atribuyendo éstos no con base a la condición de ciudadanía -ni siquiera comunitaria- sino a la *residencia* de larga duración. La cual ha sido modificada por la Directiva 2011/51/UE, de 11 de mayo, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional[79].

---

78 Para esto último, véase Ferrajoli, L.: Principia iuris. Teoría de la democracia, vol. 2, trad. P. Andrés Ibañez y otros, Madrid, Trotta, 2011.

79 La STJUE (Sala Cuarta) de 3 de septiembre de 2020 (peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 17 de Barcelona y por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 5 de Barcelona) — UQ (C-503/19), SI (C-592/19) / Subdelegación del Gobierno en Barcelona (Asuntos acumulados C-503/19 y C-592/19), aborda el Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración - Directiva 2003/109/CE - Artículo 6, apartado 1, sobre la controversia respecto a la denegación del estatuto de residente de larga duración debido a los antecedentes penales del interesado) (2020/C 378/15), declarando en el Fallo que el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, tal como la interpretan algunos órganos jurisdiccionales de este, que establece que puede denegarse al nacional de un tercer país el estatuto de residente de larga duración en dicho Estado miembro por el mero hecho de que tenga antecedentes penales, sin examinar específicamente su situación por lo que respecta, en particular, al tipo de delito que haya cometido, al peligro que representa eventualmente para el orden público o la seguridad pública, a la duración de su residencia en el territorio del mismo Estado miembro y a la existencia de vínculos con este último.

b) En esa dirección de política del Derecho se inserta la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011, por la que se establece un *permiso único* que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro. La Directiva tiene un doble objeto: 1) establecer un procedimiento único de solicitud para la expedición de un permiso único que autorice a los nacionales de terceros países a residir con el fin de trabajar en el territorio de un Estado miembro de estas personas y de facilitar el control de su estatuto (Se entiende por "permiso único, "el permiso de residencia expedido por las autoridades de un Estado miembro por el que se autoriza a un nacional de un tercer país a residir igualmente en su territorio con el fin de trabajar"; art.2.c) de la Directiva), y 2) establecer un *conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente* en un Estado miembro, basado en la igualdad de trato con los nacionales de dicho Estado miembro" (art.1.1). Esta regulación no supone privación de ciertas competencias inherentes a la soberanía nacional, en el sentido de que dicha Directiva se entiende sin perjuicio de las competencias de los Estados miembros para regular el acceso de nacionales de terceros países a sus mercados laborales (art.1.2). Es de hacer notar que la obtención del "permiso único" determina la atribución de un *estatuto jurídico de derechos, es decir, "derechos asociados al permiso único".*

2. LOS DERECHOS DE LA PERSONA MIGRANTE EXTRANJERA EN ESPAÑA: EL ESTATUTO JURÍDICO GARANTISTA DE DERECHOS Y SUS LIMITACIONES

> *"La necesidad de verdad es más sagrada que ninguna otra. Sin embargo, jamás se la menciona. Uno siente miedo de leer cuando se ha dado cuenta de la enormidad de las falsedades materiales exhibidas sin vergüenza, aun en los libros de los autores más reputados. Entonces se lee como se bebería el agua de un pozo sospechoso […]. No hay ninguna posibilidad de satisfacer en un pueblo la necesidad de verdad si no se puede encontrar a este efecto hombres que amen la verdad".*
>
> Simone Weil[80]

> *"Si la democracia trata de la libre determinación, la globalización, de los procesos transfronterizos, y el cosmopolitismo, de los principios universales que debe orientar y acotar toda actividad humana, los tres juntos nos ayudan a entender que el destino de la humanidad ya no puede ser determinado solamente mediante el examen de comunidades políticas y morales autosuficientes y que los principios de la democracia y del cosmopolitismo necesitan ser protegidos y desarrollados a todos los niveles -locales, nacionales, regiones y globales".*
>
> David Held[81]

Es un principio básico de la política migratoria -en la relación establecida en el art. 2 *bis* LOEXIS figura en quinto lugar- l reconocimiento de la igualdad de derechos y obligaciones para aquellos extranjeros inmigrantes que residen o trabajan legalmente en nuestro país, formulado a través del principio de no discriminación. Con ello se trata de proteger a estas personas extranjeras en relación a los nacionales y comunitarios, asegurándoles una igualdad de derechos que también aparece como

[80] Weil, S.: Raíces del Existir. Preludio de una declaración deberes hacia el ser humano, trad. M.E. Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil" (pp. IX y ss.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, págs. 30-31.

[81] Held, D.: Cosmopolitismo. Ideas y realidades, Madrid, Alianza, 2012, pág. 13.

clave para la integración social de los mismos. La política de inmigración y su conjunto de acciones ha de actuar como instrumento político-jurídico con el que plasmar en la realidad una igualdad de tratamiento y no discriminación en la atribución de derechos a estas personas con base a los términos previstos en la Ley y para sólo aquellos que se encuentren en situación regular en nuestro país -con las autorizaciones de residencia y trabajo-. No obstante, la perspectiva social jurídico-protectora de la política de inmigración se olvida de la otra realidad a la hora de impulsar y garantizar una igualdad de trato y no discriminación para con los extranjeros inmigrantes, pues carece de mención la realidad social de la inmigración irregular, del conjunto de personas extranjeras inmigrantes presentes en nuestra sociedad que o bien entraron de un modo irregular a nuestro país saltándose los modos previstos al efecto o bien han quedado en esta situación tras estar en situación de regularidad durante un tiempo. La política de inmigración no tiene ningún principio inspirador de acción para con el otro conjunto de personas extranjeras inmigrantes, originando de un modo explícito un tratamiento, diferenciación y discriminación legal sobre personas con diferente condición administrativa. Jurídica y políticamente se está creando una fractura social de tratamiento desigual en el marco de un Estado social y las implicaciones sobre la igualdad que tiene este carácter. Es más, este principio actúa como involucionista para la política de inmigración, ya que implícitamente provoca una fractura social de tratamiento en el seno de la sociedad no entre extranjeros inmigrantes y nacionales sino entre aquéllos en base a su condición administrativa, no siendo este aspecto una reforma y sí un retroceso hacia el espíritu y la lógica que ya imperó con la Ley Orgánica 4/2000 en su reforma por la Ley Orgánica 8/2000[82].

Hay que tener en cuenta el importante Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Como indica la Exposición de Motivos Reglamento de la LOEXIS, España, con un pasado migratorio importante, ha ido construyendo su política migratoria sobre unas bases consolidadas (dotadas de un marco jurídico presidido por la Constitución española y la normativa internacional general y regional europea): la primera, la estrecha cooperación interministerial con aquellos departamentos más implicados en la gestión de las diversas facetas del fenómeno migratorio y, también, la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración que proporciona un marco institucional, permanente y específico de consulta y acuerdo con los agentes sociales para gestionar las cuestiones que afecten al mercado de trabajo y su desarrollo normativo. Gracias a esa cooperación, se ha diseñado una política migratoria no sólo sólida y estable, sino también eficaz: una política migratoria integral, que incluye, en consonancia con los instrumentos internacionales de los que forma parte y muy señaladamente del Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular, que fue formalmente aprobado por la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas mediante Resolución de 19 de diciembre de 2018 (A/RES/73/195), la lucha contra las causas profundas de las migraciones, la prevención y lucha contra la inmigración irregular, la atención

[82] Véase Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.: "Ordenación normativa e institucional del trabajo de los extranjeros en España: una reflexión crítica", en VV.AA.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Fernández Avilés, J.A. y Moreno Vida, M.ª. N. (Dirección), Granada, Comares, 2011, págs. 383 y sigs.; Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.: "El Derecho regulador de las migraciones en España: Análisis sistemático desde la vinculación político-jurídica entre migración y mercado de trabajo", en VV. AA.: *El Derecho de las migraciones en España. Estudio por Comunidades Autónomas*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L. y Fernández Avilés, J.A. (Coords.), Granada, Comares, 2013, págs. XIII y sigs. En general, la obra colectiva antes citada, VV.AA.: *Inmigración y crisis económica: retos políticos y de ordenación jurídica*, Fernández Avilés, J.A. y Moreno Vida, M.N. (Dirs.), Granada, Comares, 2011. Reténgase también la previsión de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y adolescencia frente a la violencia, que recoge la disposición adicional 8.ª ("Acceso al territorio a los niños y niñas solicitantes de asilo"), en la que dispone que "las autoridades competentes garantizarán a los niños y niñas en necesidad de protección internacional el acceso al territorio y a un procedimiento de asilo con independencia de su nacionalidad y de su forma de entrada en España, en los términos establecidos en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de protección subsidiaria".

humanitaria de las personas llegadas a costas y la acogida de quienes tienen una necesidad de protección internacional, con pleno respeto a los Derechos Humanos, y, finalmente, el establecimiento de canales de migración regular.

En segundo lugar, España forma parte de la Unión Europea y de su Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Participa, pues, en el diseño de las políticas de migración y asilo junto con las instituciones europeas, en la elaboración de normativa de la Unión. Dentro de ese marco europeo, la situación geográfica y estratégica de España es un elemento capital que debe tenerse en cuenta a la hora de diseñar una política migratoria estable, planificada y capaz de responder a los desafíos migratorios a medio y largo plazo. Así pues, debido a la evolución del fenómeno migratorio y a la necesidad de adaptar la normativa a una realidad cambiante, resulta necesario aprobar un nuevo reglamento que aglutine las diversas y necesarias reformas, en lugar de llevar a cabo una modificación parcial del mismo. En concreto, se plantea simplificar y agilizar los procedimientos, evitando la presentación excesiva de documentos o por vías inadecuadas y la doble comprobación de los mismos requisitos; reducir los tiempos, excesivos, empleados para algunas vías de migración regular; mejorar la concreción jurídica respecto a las figuras y situaciones cubiertas por determinados permisos; contemplar, de manera expresa, los derechos de las personas trabajadoras migrantes, consagrados, además, en el derecho de la Unión Europea; conseguir una mayor claridad, también, en lo relativo a aquellas disposiciones comunes a todas las autorizaciones, como es el caso de la presentación de las solicitudes o las extinciones de las autorizaciones; la regulación de en qué supuestos, y bajo qué condiciones, se puede modificar el estatus migratorio de una persona, y de sus familiares, algo que resultaba necesario dada la confluencia de varias figuras jurídicas y la dificultad, tanto para el operador jurídico como para el propio titular de la autorización, de efectuar esa transición con seguridad jurídica

En la LOEXIS se establece, por otra parte, la garantía del ejercicio de los derechos humanos fundamentales en concordancia con las leyes, la Constitución y los Tratados Internacionales (principio sexto ex art. 2*bis* LOEXIS). Es decir, se establece un principio político-jurídico de carácter garantista[83], especial y explícitamente en su vertiente de ejercicio de los derechos, mientras que implícitamente se entiende que en titularidad. En este sentido, uno de los motivos principales técnico-jurídicos de la nueva reforma legal ha sido la adecuada regulación en titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales reconocidos a todas las personas y que el anterior marco legal restringía en su ejercicio -particularmente para los inmigrantes irregulares- hasta la resolución de los recursos de inconstitucionalidad resueltos en las SSTC 236 y 259/2007. Así, el principio no sólo consolida y reafirma una de las motivaciones técnicas de la reforma, sino que lo más importante viene a plasmar implícitamente el nuevo canon hermenéutico de interpretación de los derechos humanos fundamentales en relación a los extranjeros inmigrantes: la extensión de los derechos de ciudadanía a éstos como objetivo político-jurídico bajo el amparo de que necesariamente se tienen que recibir legislativamente los mandatos constitucionales, en especial aquellos concordantes con los términos fijados al respecto en las normas internacionales, tal y como se deduce del art. 10.2 de la Constitución (canon interpretativo de apertura al sistema multinivel de garantía de los derechos humanos fundamentales)[84]. Y es que este último no es el que ha imperado en las sucesivas reformas de

[83] Consúltese el completo estudio de López Insua, B.M.: La protección social de las personas inmigrantes: un modelo garantista, Barcelona, Atelier, 2020.

[84] Sobre los fundamentos de dicho Sistema multinivel de garantía, consúltese Monereo Pérez, J. L.: La protección de los derechos sociales fundamentales. El modelo europeo, Albacete, Bomarzo, 2009; Monereo Pérez, J. L.: "Niveles de protección (La garantía multinivel de los derechos fundamentales)", en VV.AA.: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012.; Monereo Pérez, J. L.: "El constitucionalismo social europeo: un marco jurídico-político insuficiente para la construcción de la ciudadanía social europea", en Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 160 (2013); Valdés Dal-Ré, F.: El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales: luces y sombras, Albacete, Bomarzo, 2016.

la Ley Orgánica 4/2000. La premisa esencial al respecto ha sido la definición de extranjero establecida en sentido negativo. Es decir, por exclusión: el que no es nacional español, tal y como se desprende del propio texto legal en su artículo primero, apartado primero. Pero hay una excepción a esta exclusión y grupo de los no nacionales -tal y como se recoge en el art. 1.3 de la misma Ley-, al no incluirse en ellos los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario. Esta circunstancia ha venido constituyendo hasta el momento anterior al último proceso de reforma legal una deficiencia técnica, porque la definición ignoraba, de un modo formal, la radical superación de la tradicional definición negativa de extranjero con la incorporación de España a la Unión Europea. En virtud de ésta se aceptaba el pleno desplazamiento del poder de determinación de la condición de extranjero -no, así como se sabe de la cualidad de nacional- desde el derecho interno al Derecho Comunitario. Este desplazamiento, que impedía considerar al nacional comunitario -por tanto, nacional no español- como extranjero en sentido jurídico, es especialmente manifiesto a partir de la introducción, desarrollo y progresiva consolidación del concepto de ciudadanía comunitaria, pese a su carácter complementario y no sustitutivo de la ciudadanía nacional (art. 20 TFUE). Sin embargo con la reforma de 2009 (Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000)[85] esta deficiencia técnica-jurídica se ha superado, pues expresamente se delimita de un modo específico y concreto el ámbito de aplicación legal una vez más en sentido excluyente con referencia expresa a "los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables".

Dentro de estas coordenadas político-jurídicas se debe tener presente que en la regulación legal de extranjería e inmigración es indispensable el respeto a lo que venga establecido en la Constitución Española referido a este aspecto y a los Tratados y Pactos de derechos de carácter internacional. A nivel internacional, se ha de ser consciente de que como consecuencia del paso histórico de los tratados internacionales entre Estados con poca o nula proyección en el derecho interno, a los tratados y pactos de derechos humanos de carácter universal, se produjo un establecimiento de estándares mínimos internacionales a los que el contenido del derecho interno regulador debe necesariamente ajustarse. De este hecho se deriva la situación por la que los individuos pasan a ser sujetos de derecho internacional. Por tanto, en la regulación que se produzca en cada uno de los Estados concretos, se debe de respetar, genéricamente, los mínimos internacionales establecidos entre los pactos, declaraciones, convenios, etc., siguientes: Declaración Internacional de los Derechos Humanos de 1948, Pacto de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales, la Carta Social Europea de 1961, entre otros.

En el Derecho interno, el artículo que se convierte en referencia es el 13 CE, por el que se garantiza, sin más, que los extranjeros que se encuentren en España gozarán de los derechos que se reconocen el Título I de la misma con un simple condicionante fundamental, "en los términos que se establezcan en los tratados y en la ley". Es decir, la Constitución Española no regula en sí misma los derechos y libertades de los extranjeros, sino que los enuncia y utiliza una técnica de remisión para la concreta titularidad y ejercicio de los mismos a lo que venga establecido tanto a nivel internacional, en los grandes tratados y pactos internacionales, como a nivel infraconstitucional, en el desarrollo legal de los mismos, concretado para nuestro caso en la Ley Orgánica 4/2000. Por tanto, se ha de afirmar que no es exclusivamente una Constitución para los españoles, si bien haya sido realizada por éstos. El texto constitucional *no ha desconstitucionalizado* los derechos fundamentales de los extranjeros

[85] Un estudio completo y exhaustivo en Monereo Pérez, J.L. (Dir.) y Triguero Martínez, L.À. (Coord.) et altri: Los derechos de los Extranjero en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, Madrid, La Ley, 2010, 817 págs.

-que tienen su fuente primaria en el texto constitucional- sino que sólo remite las condiciones de ejercicio a la Ley.

Señaladamente, la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros en España deben deducirse de los preceptos que integran el Título I de la Constitución, interpretados sistemáticamente. Para su determinación debe acudirse, en primer lugar, a cada uno de los preceptos reconocedores de derechos que se incluyen en dicho título, dado que el problema de su titularidad y ejercicio "depende del derecho afectado" (STC 107/1984, de 23 de noviembre, fj.4). En segundo lugar, a la regla contenida en el art.13 de la Constitución, según la cual "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley". Añadiendo que "Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el art. 23 de la Constitución, salvo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales". Como se deduce de su redacción y de su misma ubicación en el Capítulo I - "De los españoles y los extranjeros"- del título I, este precepto constitucional hace referencia a todos los extranjeros, por contraposición a las personas de nacionalidad española, a pesar de que aquéllos puedan encontrarse en España en situaciones jurídica diversas. De este modo, la remisión a la Ley que contiene el art. 13.1 *no comporta una desconstitucionalización* de la posición jurídica de los extranjeros puesto que el legislador, aun disponiendo de un amplio margen de libertad para concretar los términos en los que aquéllos gozarán de los derechos y libertades en España, se encuentra sometido a límites derivados del conjunto del Título I de la Constitución, y especialmente los contenidos en el art. 10.1 y 2 de nuestra Norma Fundamental.

Según el Tribunal Constitucional existen derechos del título I que corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto de los españoles (STC 107/1984, fj.3) puesto que gozan de ellos en condiciones plenamente equiparables a los españoles (STC 95/2000, fj.3). Precisamente, estos derechos son los que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadanos. Dicho de otro modo, se trata de derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que conforme al art. 10.1 de la Constitución es el fundamento del orden político español (SSTC 107/1984, fj.3; 99/1985, fj.2; y 130/1995, fj. 2). Se trata, en efecto, de derechos inherentes a la dignidad de la persona humana (STC 91/2000, fj.7). Esa inherencia a la personalidad afecta al conjunto de los derechos fundamentales de la persona según su garantía constitucional y en conexión obligada con el canon hermenéutico consagrado *ex* art. 10.2 de la Constitución (carácter hermenéutico que ha sido realzado reiteradamente por el Tribunal Constitucional[86]. Así, por ejemplo, las SSTC 78/1982; 84/1989; 139/1989, y, evidentemente, las 236 y 259/2007). Es lo cierto que la dignidad humana -art. 10 de la Constitución- impone el reconocimiento a toda persona, independientemente de la situación en que se encuentre, los derechos o contenidos de los mismos imprescindibles para garantizarla efectivamente, por lo que esta dignidad de la persona constituye un mínimo infranqueable que por imperativo constitucional se impone a todos los poderes, incluido -como es obvio- el mismo legislador infraconstitucional. Es así que deberá prestarse una especial atención la observancia por el legislador de los límites que impone el texto constitucional. Es así que el art. 10.2 de la Constitución constituye, pues, el canon hermenéutico de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades públicas, precepto sobre el que el propio Tribunal Constitucional ha dicho que no da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de ésta de acuerdo con el contenido de dichos tratados o convenios. De este modo, en la práctica, este contenido se convierte con cierto sentido en el contenido

[86] Monereo Pérez, J. L.: "Niveles de protección (La garantía multinivel de los derechos fundamentales)", en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012, y la bibliografía antes citada

constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo II del título I de nuestra constitución (STC 36/1991, fj 5), habiendo señalado, además, que especial interés revisten, en este proceso de determinación, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los demás Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, a los que el art. 10.2 de la Constitución remite como criterio interpretativo de los derechos fundamentales. Esta decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de los valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incluirnos en un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado. Por eso, desde sus primeras sentencias, este Tribunal ha reconocido la importante función hermenéutica que, para determinar el contenido de los derechos fundamentales, tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (Sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, 78/1982, y 38/1985) y, muy singularmente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas de 1950, dado que su cumplimiento está sometido al control del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a quien corresponde concretar el contenido de los derechos declarados en el Convenio que, en principio, han de reconocer, como contenido mínimo de sus derechos fundamentales, los Estados signatarios del mismo (SSTC 36/1984, 114/1984, 245/1991, 85/1994 y 49/1999).

Por tanto, corresponde analizar, primeramente, la conexión del concreto derecho de que se trate con la garantía de la dignidad humana. Tal determinación requiere partir del tipo abstracto de derecho y los intereses que básicamente protege -contenido esencial- para precisar seguidamente en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona, pero acudiendo necesariamente para ello a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE; precepto, éste, que significativamente se ubica dentro del mismo artículo garante de la dignidad de la persona; STC 91/2000, fj.3º). Hecho lo cual, y una vez comprobada la vinculación del derecho con la dignidad de la persona, lo que deberá comprobarse es si la condición establecida por el legislador para su ejercicio es constitucionalmente admisible. En tal sentido, si el derecho es de toda persona -derecho universal-, sólo cabe establecer condicionamientos adicionales a su ejercicio, pero siempre que virtualmente no suponga una privación del mismo; es decir, siempre y cuando el legislador de desarrollo de las previsiones constitucionales respete un contenido del mismo -que lo hace reconocible como tal- que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona y al libre desarrollo de su personalidad, independientemente de la situación en que se encuentre. Esta es, en lo sustancial, la premisa argumentativa y hermenéutica que sirve de apoyo a las sentencias del Alto Tribunal 236 y 259/2007. Pronunciamientos, a su vez, motivadores de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 y fundamentación jurídica de la universalidad en titularidad y ejercicio atribuida en ella a los derechos humanos fundamentales de las personas -inmigrantes extranjeras en este caso-.

En cuanto a estos planteamientos, se ha de dejar constancia, en todo caso, que es una interpretación jurídica de carácter finalista y valorativo. Así, la *ratio* de la norma es identificable sobre la base de una reflexión compleja sobre su fundamento lógico y axiológico, que sepa unir la exigencia de coherencia intrínseca del ordenamiento y su adecuación a las exigencias sociales históricamente determinadas: señaladamente en este caso la cultura de los derechos fundamentales. El alcance más inmediato de ésta última en relación a la nueva doctrina consolidada de reconocimiento de titularidad y ejercicio de los derechos humanos fundamentales es que su positivización infraconstitucional -pero en clara concordancia con la Carta Magna- es la que hace efectiva el contenido y pretensión moral de aquéllos, para lo que se fundamenta en caracteres importantes derivados de la idea nuclear de la dignidad humana. Así, ante la universalidad desprendida como carácter intrínseco de los derechos humanos fundamentales, si se produce la negación o incluso la restricción de éstos, se está vulnerando una de las premisas básicas de la modernidad, como es la universalización de los derechos. En

este sentido, la inmigración plantea un desafío para la universalidad de los derechos humanos y su institucionalización. Esa universalidad se alcanza vinculándolos, de modo inescindible, a la condición de persona; y es, ésta, desde luego, el mejor modo de hacerlos más fuertes en sus garantías de efectividad. Esto da lugar a que se esté produciendo la paradoja de la universalidad: todos los seres humanos son titulares de iguales derechos, mientras que las políticas de inmigración conllevan la falta de reconocimiento o la no adecuada garantía de los derechos de los inmigrantes.

En coherencia con lo indicado, no queda establecida una división radical e ilógica de los derechos, sino que queda puesta de relieve la interdependencia entre todos los derechos humanos básicos o fundamentales. Ahora bien, que se admita la realidad jurídica de una diferenciación como regla entre las categorías de derechos atendiendo al contenido y a las técnicas de protección, no puede conducir a afirmar su necesaria separación y abogar por un tratamiento jurídico completamente independiente. Es frecuente, sin embargo, en la categorización jurídico-política de los derechos humanos la aseveración de que los derechos civiles y políticos pueden ser garantizados con independencia absoluta de los mecanismos que aseguran la realización efectiva de los derechos socioeconómicos. Pero, en el fondo, ambas categorías de derechos gozan tan sólo de una autonomía relativa, pues desde la perspectiva de su funcionalidad social guardan una estrecha relación entre sí que hace difícilmente pensable su existencia aislada en el actual estadio civilizatorio. Aun así, se suele mantener su pretendida independencia absoluta y, a veces, la misma confrontación en términos de principio, en base a su distinta estructuración jurídica y a su diversa funcionalidad social. Ciertamente no se podrá negar la existencia de una especificidad jurídica de los derechos sociales respecto a los derechos civiles y políticos, pero no una independencia absoluta y una genérica contraposición entre ellos. Técnicamente, los derechos civiles y políticos comportan principalmente, pero no únicamente, una garantía de libertad negativa; en tanto que los derechos sociales implican, en términos de principio, una más intensa garantía positiva -garantías sociales-, aunque incluyen también componentes negativos, bien de carácter promocional de las libertades colectivas -es el caso del derecho de libertad sindical o del derecho de huelga- o bien a la concesión de prestaciones por los poderes públicos, o bien, en fin, a la participación en la formación de la voluntad decisoria en instituciones públicas o privadas. Pero esa diversidad de estructura no puede conducir a la negación de la positividad de los derechos sociales, desconociendo aquellas normas constitucionales que garantizan al individuo derechos subjetivos de carácter social, asegurándole un estatus jurídico material de ciudadano en el más amplio sentido. No existen, en general, inconvenientes técnicos-jurídicos relevantes para que las normas constitucionales sobre derechos sociales los garanticen en su mayoría como derechos subjetivos especiales y no queden relegadas sólo a meras normas de principio u organización de carácter programático. En realidad, teniendo en cuenta las características jurídico-políticas del Estado social, las normas de derechos fundamentales continúan siendo normas de conducta para la acción estatal y normas de delimitación para la ordenación de las relaciones Estado-ciudadano. Desde un punto de vista más jurídico-material, ambas categorías de derechos no se hallan en posición jurídica de conflicto, pretendiendo una inevitable contraposición entre la libertad garantizada por los derechos civiles y políticos -derechos de libertad- y la igualdad o seguridad garantizada por los derechos sociales -derechos de igualdad-, porque la fórmula del Estado social presupone la intrínseca unión entre los bienes jurídicos de la libertad y la igualdad, siendo la finalidad primordial de la incorporación de los derechos sociales en la Constitución, la de ampliar y potenciar la libertad real de los individuos y de los grupos en que éstos se integran, aportando un componente igualitario indispensable a los derechos civiles y políticos. De esta manera, los derechos sociales actúan también a modo de componente o condición de la real efectividad de este tipo de derechos, estableciéndose entre ambas categorías una complementariedad e interrelación funcional y de fines que permite trazar su campo específico de actuación y sus límites una vez consentida su compatibilidad. En esta línea de pensamiento se ha realzado que los derechos políticos facilitan una salvaguardia y un significado a los derechos civiles; en tanto que los derechos económicos y sociales facilitan los medios esenciales para el ejercicio de

los derechos políticos. Esta misma comunicabilidad y continuidad histórica y jurídico-política en el Estado social entre los derechos humanos -libertades públicas tradicionales y derechos sociales- subyace a la realidad jurídica de una confluencia cada vez más intensa en las técnicas de organización jurídica de ambos tipos de derechos, las que a menudo aparecen como técnicas compartidas, implicando la garantía de los derechos civiles y políticos una acción positiva de los poderes públicos y una programación pública de las condiciones adecuadas para su ejercicio en confrontación con las exigencias de la entera formación social. Así, en el pensamiento moderno prevalece la idea de indivisibilidad de los derechos humanos. Esta idea de indivisibilidad presupone que los derechos humanos forman un bloque único y no pueden ser situados unos sobre otros en una escala jerárquica (*cfr*. La Resolución de la Asamblea General de la ONU 32/130-1977). Es la misma indivisibilidad o unidad de la persona humana la que parece constituirse en la base para afirmar la interrelación entre los derechos civiles y políticos y los sociales, denotándose, en tal sentido, en el ámbito internacional la tendencia gradual a reducir y difuminar la línea divisoria estricta entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales. Y no obstante, la diversidad de técnicas de organización jurídica derivada de su peculiar estructura -ante todo porque se realizan por lo general a través de y por la acción positiva del Estado-, se ha subrayado la naturaleza doble o mixta, sociopolítica, de algunos derechos sociales que adquieren la consideración jurídico-constitucional de libertades públicas.

El relativamente diverso modo de organización jurídica de los derechos fundamentales depende de la concreta voluntad de la política de derechos fundamentales, que está llamada a decidir sobre la oportunidad de positivar aquellos valores fundamentales para el orden de convivencia formalizados jurídicamente en la Constitución. Es en esta última dirección tanto los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y las sentencias que reiteran sus planteamientos, como la plasmación legal de su doctrina en el reforma de la Ley Orgánica 4/2000 ha sido la punta de lanza para la superación de la tradicional doctrina jurisprudencial de la concepción de los derechos sociales fundamentales como derechos de configuración legal, que no ha respetado ni su contenido esencial como derecho fundamental ni la regulación constitucional de los mismos en clara concordancia con el marco internacional. Se trata así de reafirmar y dejar constancia de que van a ser derechos fundamentales sociales aquellos que sean derechos fundamentales en nuestra Constitución, derechos subjetivos constitucionales, y que posean un contenido social, siendo posible la distinción entre ellos según sean derechos fundamentales de libertad que tienen una faceta prestacional o derechos fundamentales de prestación. Y para ello es imprescindible colocar al titular de los mismos en el marco del Estado social de Derecho que la misma Constitución consagra como fórmula político-jurídica. De este modo, con los pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 y la plasmación de su doctrina en la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000, no sólo se resolvieron los recursos de inconstitucionalidad que se habían interpuesto contra la Ley Orgánica 8/2000, sino que se produce un avance muy relevante y significativo para la regulación del estatuto jurídico de derechos de los nacionales de terceros Estados en nuestro país en una dirección básica, a saber: su adecuada regulación legal conforme a los esquemas constitucionalmente establecidos que, a su vez, se encuentran en clara consonancia y concordancia con lo establecido a nivel internacional en los grandes Tratados, Acuerdos, Pactos o Convenios de los que España es parte. Derechos que, de modo inequívoco, son intrínsecos a la persona y a su dignidad, lo que hace que tengan el carácter de derechos fundamentales de todo hombre en cualquier Estado, siendo éstos expresión máxima de los derechos humanos.

Un planteamiento harto discutible -y no plenamente coherente con el modelo garantista de otros pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal- es el que se ve reflejado y argumentado en la Sentencia TC 172/2020, Pleno, de 19 de noviembre de 2020[87], que, entre otras muchas cuestiones controvertidas,

[87] Que resuelve el Recurso de inconstitucionalidad 2896-2015. Interpuesto por más de cincuenta diputados de los grupos parlamentarios Socialista, La Izquierda Plural, Unión Progreso y Democracia y Mixto del Congreso de

resuelve un punto central del recurso de inconstitucionalidad que plantea la interpretación conforme de la disposición que establece un régimen especial de rechazo en frontera para Ceuta y Melilla. Por tanto, incide en el arduo problema de las "expulsiones en frontera". En las Alegaciones del recurso de inconstitucionalidad, los recurrentes impugnan la Disposición Final 1ª de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana por la que se introduce una disposición adicional décima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con la siguiente redacción: «1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España. 2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.»

A). Se argumenta *por los recurrentes* que el régimen especial de rechazo en frontera en Ceuta y Melilla supone una actuación inmediata, ejecutiva, material, que no reúne los requisitos necesarios del genuino acto administrativo conforme al art. 53 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (actual art. 34 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas). Nos encontramos, según los recurrentes, ante un supuesto de «vía de hecho», entendida como la situación producida por una actuación administrativa que se lleva a efecto prescindiendo de manera plena del procedimiento establecido o por órgano manifiestamente incompetente. Se faculta así la ejecución de los citados «rechazos en frontera» sin la determinación de los supuestos que activarán tales situaciones, dejando al libre arbitrio de la administración no solo el modo y los medios de realizar dichas actuaciones, sino su realización misma, habilitando una actuación imprevisible e indeterminada que no tiene encaje en el marco constitucional (art. 9.3 CE; con cita de la STC 46/1990, de 15 de marzo, FJ 4).

La nueva disposición adicional de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España conlleva, además, la vulneración de la tutela judicial efectiva y de las garantías procesales reconocidas en el art. 24 CE. Se produce un cercenamiento absoluto y de raíz del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la Justicia, en la medida en que se pretende habilitar una actuación independiente y autónoma del derecho de todo ser humano a solicitar el auxilio judicial en aquellas decisiones que le afecten y que considere contrarias a la Constitución o a las leyes (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 4, en relación con los derechos reconocidos a los extranjeros; doctrina reiterada en STC 17/2013, FJ 2). Igualmente se incurre en la negación de la potestad revisora de los tribunales de justicia otorgada por el art. 106 CE. Además, entienden los recurrentes que, por aplicación del art. 58.7 LOEx, la actuación de la administración lleva aparejada la prohibición de entrada durante tres años en territorio español, por lo que tiene las mismas consecuencias de un procedimiento sancionador, resultando inconstitucional al privar a los extranjeros de los derechos procesales aparejados a los procedimientos de esta naturaleza (STC 17/2013, FJ 12).

los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. Dignidad de la persona y principios de seguridad jurídica y de sometimiento de la acción de la administración al control judicial; derechos a la integridad física, intimidad, libertad de expresión e información, reunión, tutela judicial: nulidad parcial del precepto legal que tipifica como infracción grave el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad; interpretación conforme con la Constitución de ese mismo ilícito administrativo, así como de los relativos al incumplimiento de restricciones de circulación peatonal o itinerario en actos públicos y a la ocupación de inmuebles contra la voluntad de su titular; interpretación conforme de la disposición que establece un régimen especial de rechazo en frontera para Ceuta y Melilla. Voto particular.

Finalizan los recurrentes su escrito subrayando que nos encontramos ante una vía de hecho que no respeta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, en concreto, en lo que atañe a la aplicación del principio de no devolución, que implica ; de 23 de febrero de 2012, caso además la obligación de los Estados de asegurarse del trato al que se exponen los migrantes que se devuelven a sus países de origen o de procedencia (SSTEDH de 11 de enero de 2007, caso *Salah Sheekh c. Países Bajos*; de 5 de mayo de 2009, caso *Sellem c. Italia*; de 3 de diciembre de 2009, caso *Daoudi c. FranciaHirsi Jamaa y otros c. Italia*, y de 19 de diciembre de 2013, caso *N.K. c. Francia*). Además, los efectos perniciosos que se derivan de la disposición impugnada se incrementan y agravan en aquellos supuestos en los que se ven afectados colectivos o grupos de personas especialmente vulnerables. Así, impide el acceso al derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE; y no permite la identificación de menores en edad adolescente y, consiguientemente, la aplicación de las previsiones de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España o de la normativa aplicable para su protección, incluidos convenios internacionales que forman parte de nuestro Derecho interno, como la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Tampoco se contemplan mecanismos para la detección, identificación y protección de las víctimas de trata que accedan a territorio español por puesto no habilitado, sin posibilidad de que sean identificadas y sin permitir que se les ofrezcan las garantías y procedimientos previstos tanto en la normativa internacional como en la legislación española (art. 59 *bis* LOEx). Por todo lo expuesto, los recurrentes concluyen que la disposición adicional es contraria a los arts. 15, 24 y 106 CE, al dar cobertura a una simple vía de hecho administrativa consistente en la devolución masiva o colectiva e indiferenciada sin procedimiento administrativo de cualquier extranjero -incluidos menores- interceptado en la frontera de Ceuta o Melilla fuera de los puestos habilitados para la entrada en el territorio español.

B). El *Tribunal Constitucional* -no sin matizaciones relevantes- desestima el recurso de inconstitucionalidad. Para ello estructura un discurso jurídico que podría calificarse como propio del "positivismo legalista" en la interpretación. Simplificando selectivamente su exposición más detenida en todos los puntos cruciales, observa que el régimen de «rechazo en frontera» previsto específicamente para Ceuta y Melilla en la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, tal como ha sido configurado en el apartado primero, no incurre en inconstitucionalidad. Como resulta obligado en un recurso de inconstitucionalidad, esta apreciación deriva de considerar la disposición de una manera abstracta, sin perjuicio, por tanto, de que las circunstancias concurrentes en que cada una de sus aplicaciones deban ser ponderadas convenientemente en los procesos constitucionales en que se susciten. Además, en el apartado segundo se dice que el rechazo «se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte». Esto significa que la actuación ha de llevarse a cabo con las garantías que a las personas extranjeras reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales rubricados por España, lo que conecta, a través del art. 10.2 CE, con nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades (STC 36/1991, de 14 de febrero, FJ 5). Serán las disposiciones que se adopten para cumplir de un modo real y efectivo con las normas internacionales de derechos humanos las que tengan que asegurar el pleno respeto a las garantías derivadas de la dignidad de la persona, que nuestra Constitución reconoce a todas las personas sometidas a la actuación de los poderes públicos españoles (STC 53/2002, de 27 de febrero, FJ 4).

En todo caso, añade, de las referidas obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se desprende que, con motivo de esta actuación de «rechazo en frontera», los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, entre las que se cuentan, con distinta proyección e intensidad, las que aparenten manifiestamente ser menores de edad (sobre todo cuando no se encuentren acompañados por sus familiares), debiendo atender la especial salvaguardia de los derechos reconocidos en el art. 3.1 de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño, estar en situación de mujer embarazada

o resultar afectados por serios motivos de incapacidad, incluida la causada por la edad avanzada y personas encuadradas en la categoría de especialmente vulnerables.

Por otra parte, y en último lugar, el TC se pronuncia acerca de si, como sostienen los recurrentes, la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España no respeta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en lo que se refiere a la aplicación del principio de «no devolución», desincentivando el ejercicio del derecho de asilo previsto en el art. 13.4 CE. Al respecto, entiende que es preciso recordar que en el caso de las personas extranjeras que no reúnan los requisitos necesarios para entrar en España y presenten una solicitud de asilo, habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 21 y 22 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que contemplan, mientras dure la tramitación del expediente y la permanencia en las dependencias habilitadas a tal efecto. Y que el apartado tercero de la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España señala que la formalización de las solicitudes de protección internacional se realizará en los lugares habilitados en los puestos fronterizos, tramitándose de conformidad con la normativa aplicable en la materia. El derecho de asilo, como es sabido, está especialmente vinculado con el principio de «no devolución» que opera, hoy día, como una garantía aplicable a toda la legislación en materia de extranjería, y cuya finalidad es impedir la devolución de una persona a un territorio en el que su vida, integridad o libertad corran peligro (art. 33 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el estatuto de los refugiados; y en el ámbito de la Unión Europea, se plasma en el art. 19.2 de la Carta de derechos fundamentales, y el art. 5 de la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, del retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular).

Este principio ha sido desarrollado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con ocasión de las expulsiones o deportaciones, y se traduce en la obligación de los Estados de asegurarse del trato al que se exponen los extranjeros que se devuelven al país de origen o de procedencia a los efectos de no incurrir en una vulneración del art. 3 CEDH: prohibición de la tortura y de los tratamientos inhumanos o degradantes [SSTEDH de 28 de febrero de 2008, caso *Saadi c. Italia*, § 124 a 133, 137 a 141 y 147 *in fine*; de 5 de mayo de 2009, caso *Sellem c. Italia*, § 28 a 37; de 3 de diciembre de 2009, caso *Daoudi c. Francia*, § 64; de 23 de febrero de 2012, caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, § 113 a 114, y de 19 de diciembre de 2013, caso *N.K. c. Francia*, § 37 a 41, entre otras]. Además, el Tribunal recuerda -en la ya citada STEDH 13 de febrero de 2020, caso *N.D. y N.T. c. España*-, a los Estados que, como España, tienen fronteras exteriores de la Unión Europea, el deber de disponer de un acceso real y efectivo a los procedimientos legales de entrada, para que todas las personas que se enfrenten a una persecución, con riesgo para su vida o integridad, y alcancen las fronteras puedan presentar una solicitud de protección, *ex* art. 3 CEDH, en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales y el propio Convenio europeo de derechos humanos (§ 209). Y concluye que, si tales medios existen y son efectivos, los Estados «podrán denegar la entrada en su territorio a los extranjeros, incluidos los posibles solicitantes de asilo, que hayan incumplido, sin razones convincentes […], estas disposiciones al tratar de cruzar la frontera por un lugar diferente no autorizado […]» (§ 210). Teniendo en cuenta que la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España en nada excepciona el régimen jurídico previsto en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria de asilo, al limitarse a indicar dónde se han de formalizar las solicitudes -puestos fronterizos de Ceuta y Melilla-, y que los medios, que permiten acceder a un procedimiento de entrada legal al territorio español, deben existir y ser efectivos, en cumplimiento por el Estado español de las obligaciones internacionales, no se pueden acoger los reproches de inconstitucionalidad formulados por los recurrentes. En conclusión, la disposición adicional décima de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, en los términos en que

ha sido interpretada en este fundamento jurídico, se ajusta al marco constitucional, por lo que se ha de desestimar su inconstitucionalidad.

C). La *posición del Voto Particular*[88], es radicalmente distintas, puesto que, estima de manera contundente que la devolución en frontera *criminaliza* al migrante irregular y la sentencia le impide, de facto, defender ninguno de los derechos humanos de que es titular (disposición final primera de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana). Como sucede en relación con el examen del régimen sancionador de la ley, al que ya me he referido, la interpretación de su disposición final primera, que legaliza una práctica habitual en las fronteras terrestres de España con Marruecos -de Europa con África- a la que conocemos como «*devoluciones en caliente*», ignora el contexto en que se aprobó el precepto impugnado. El análisis de ese contexto -bien conocido- conduce a la conclusión de que la finalidad de la disposición final primera de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana no fue establecer un procedimiento diferente de los ya previstos legalmente en la normativa de extranjería para la devolución de las personas interceptadas en las vallas de Ceuta y Melilla, sino prescindir de todo tipo de procedimiento, dando cobertura legal a una actuación de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, consistente en que las personas interceptadas en el vallado son entregadas sin ningún tipo de procedimiento a agentes de la autoridad de Marruecos. Esta conclusión se ve reforzada con la ausencia en la literalidad del precepto de cualquier referencia a la necesidad de desarrollo de un procedimiento; la evidencia de que, a pesar del tiempo transcurrido, no se ha establecido ningún desarrollo reglamentario regulador de procedimiento alguno; y el hecho de que, en la práctica administrativa de la ejecución de los rechazos en frontera, no se haya procedido a actuar con sometimiento a ningún tipo de procedimiento.

Esa lectura del precepto -arguye- es la que realizan los recurrentes, al considerar que se trata de una regulación que establece una vía de hecho en la actuación administrativa contraria a la Constitución. Por tanto, la constitucionalidad controvertida por los diputados recurrentes si bien se dirige formalmente, como no puede ser de otra manera, contra un precepto legal, denunciando la vulneración de los arts. 9.3, 24.1 y 106 CE (y derivadamente invocando los arts. 13.4 y 15 CE), lo hace con el telón de fondo de una concreta práctica administrativa, que es la que, en última instancia, los recurrentes consideran contraria al régimen constitucional español.

La opinión mayoritaria ha concluido que este precepto es constitucional condicionado a que se interprete de conformidad con una serie de consideraciones que se hacen en el fundamento jurídico 8 C), concretado en los siguientes puntos: (i) aplicación a las entradas individualizadas; (ii) pleno control judicial y (iii) cumplimiento de las obligaciones internacionales; llevándolo así al fallo. En el contexto ya señalado de la finalidad perseguida por el precepto impugnado, este fallo implica dos cosas. Por un lado, declara constitucional el establecimiento de una regulación legal singularizada de la devolución de las personas interceptadas en las vallas de Ceuta y Melilla, siempre que se cumplan las condiciones señaladas, ya que no se declara la inconstitucionalidad y nulidad del precepto sino que se condiciona a una interpretación conforme. Por otro, desautoriza el rechazo en frontera si se desarrolla, como se viene aplicando hasta ahora, sin la posibilidad de control judicial y respeto a las obligaciones internacionales, entre las que destaca la individualización de la actuación para identificar situaciones de especial vulnerabilidad.

Estando de acuerdo con que el rechazo en frontera, para ser constitucionalmente válido, debe poder someterse a control judicial y debe ajustarse al cumplimiento de las obligaciones internacionales [como dicen los apartados b) y c) del apartado tercero del fallo], la Magistrada disidente considera que no puede sino hacer notar lo paradójico de la sentencia en este punto. Porque la disposición

[88] Que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 2896-2015.

impugnada, si algo hace imposible, es tanto el control judicial de las devoluciones, como la posibilidad de ajuste a los tratados internacionales sobre derechos humanos firmados y ratificados por España, que son parte de nuestro propio sistema de fuentes (art. 96.1 CE). Parte de la existencia de algunos presupuestos de la opinión mayoritaria del TC en que se sustenta la declaración interpretativa de constitucionalidad que comparte. Pero, al contrario, discrepa con algunos de los presupuestos utilizados en el razonamiento de la opinión mayoritaria y con la omisión de otros, que considero eran relevantes en el enjuiciamiento de constitucionalidad desde la perspectiva de los arts. 9.3, 24.1 y 106.1 CE, en los términos siguientes:

-La opinión mayoritaria alude en su razonamiento a que la STEDH de 13 de febrero de 2020, caso *N.D. y N.T. c. España*, en consideración a las circunstancias del caso concreto que resuelve, establece como condición para considerar que las devoluciones se ajustan a las exigencias del art. 4 del Protocolo núm. 4 CEDH -prohibición de las devoluciones colectivas- que el intento de acceso al territorio español sea prevaliéndose de su gran número y del uso de la fuerza. A pesar de ello, la sentencia sostiene que, con carácter general, no es necesario que se aprecien estas circunstancias para aplicar el precepto impugnado, sino que basta con que se sorprenda en las vallas fronterizas de Ceuta y Melilla cualquier intento de entrar en España por cualquier persona, individualmente considerada. De hecho, esta consideración es llevada al fallo cuando se concreta que una de las condiciones de la constitucionalidad de este precepto es: «a) Aplicación a las entradas individualizadas». Resulta absolutamente contradictorio afirmar que el rechazo en frontera debe cumplir con la normativa internacional de los derechos humanos, entre la que se encuentra el art. 4 del Protocolo núm. 4 CEDH, y establecer al tiempo que no es necesario que se cumpla una de las condiciones impuestas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para validar un rechazo en frontera como sujeto a la prohibición de las devoluciones colectivas, que es la realización de un análisis razonable y objetivo del caso concreto de cada una de las personas a expulsar. Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como máximo y auténtico interprete de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, ha dictaminado en la citada STEDH de 13 de febrero de 2020, que la devolución inmediata y forzosa de personas desde una frontera solo resulta asumible en el contexto del intento de un gran número de personas de cruzar dicha frontera de manera no autorizada y masiva, entonces, la posición de la opinión mayoritaria de ampliar la aplicabilidad de este precepto a supuestos no autorizados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es lo que se hace en el apartado tercero, apartado a) del fallo -«aplicación a las entradas individualizadas»-, se contradice con lo establecido en el apartado tercero, apartado c) del fallo -«cumplimiento de las obligaciones internacionales»-.

-La opinión mayoritaria también hace referencia a que el «rechazo en frontera» es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por parte de las personas extranjeras que intentaron cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. Ahora bien, entiendo que esa categorización alcanzaría, en su caso, al acto de la interceptación de la persona que está intentando superar el vallado, pero, en ningún caso, al acto posterior de su entrega física a los agentes de la autoridad de Marruecos. Este segundo acto es constitutivo de una devolución en sentido jurídico. El uso del término rechazo en el precepto impugnado no permite eludir el hecho de que la persona interceptada ya está en territorio español y bajo custodia de funcionarios españoles. Por tanto, el precepto impugnado, en atención a su propia literalidad, no establece una regulación consistente en impedir el acceso a territorio nacional -la persona interceptada está ya en territorio nacional- sino en impedir que se mantenga en territorio nacional mediante su repatriación al lugar de procedencia. De ahí que esta regulación y las actuaciones a las que pretende dar cobertura tengan que ser calificadas como una devolución en sentido jurídico que, por otra parte, es como también han sido definidas por la STEDH de 13 de febrero de 2020, § 191. Un acto de estas características -la entrega física de una persona bajo jurisdicción española a otra

jurisdicción-, con todas las trascendentales implicaciones que ello supone en cuanto a la titularidad de derechos, incluyendo los derechos fundamentales, de la persona afectada es de tal relevancia y magnitud jurídica que, desde la perspectiva constitucional, no cabe admitir que se considere una mera actuación material que no precise de algún tipo de procedimiento en que se dé cumplimiento a unas mínimas garantías.

La singularidad de la ubicación de Ceuta y Melilla podría ser un elemento justificativo, desde la perspectiva constitucional, para establecer un procedimiento de devolución especial en la legislación de extranjería. Ahora bien, no existe justificación constitucional alguna, desde la perspectiva de los arts. 9.3, 24.1 y 106.1 CE, para que la «restauración de la legalidad migratoria transgredida» se haga prescindiendo completamente de un mínimo procedimiento y del respeto de garantías esenciales. La grandeza del sistema de libertades y de derechos humanos, elemento material necesario para la identificación de un régimen como democrático, consiste, entre otras cosas, en responder frente a una presunta irregularidad con el respeto a unas mínimas garantías procedimentales en la imposición de las consecuencias jurídicas que se deriven de esa conducta.

Por otra parte, no alcanzo a comprender de qué manera es posible conjugar la idea de que el rechazo en frontera debe categorizarse como una mera actuación material coactiva que, constitucionalmente, no requiere de un procedimiento ni del respeto a unas mínimas garantías, con la tajante afirmación de que el «rechazo en frontera», en cuanto actuación realizada por funcionarios públicos españoles, está sometido al estricto cumplimiento de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico, además de tener que respetar la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional; y asimismo las condiciones de constitucionalidad del precepto impuestas en el fallo de que deba posibilitarse tanto su control judicial como el respeto a las obligaciones internacionales en cuanto a la individualización e identificación de eventuales situaciones de especial vulnerabilidad.

En ausencia de un mínimo procedimiento y de la posibilidad de singularización de cada acto de rechazo en frontera no es posible hacer real y efectivo el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), mediante un posterior control judicial de esa concreta actuación. Tampoco es posible garantizar ni los principios de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) ni el control judicial de la legalidad de la actuación administrativa, así como de su sometimiento a los fines que la justifican (art. 106.1 CE). Por tanto, habría que haber declarado la íntegra inconstitucionalidad y nulidad del precepto.

Del mismo modo, sin ese mínimo procedimiento, es imposible hacer reales y efectivas las garantías constitucionales esenciales, propias de todo procedimiento de restauración de la legalidad migratoria mediante la devolución, establecidas en la jurisprudencia constitucional, que se han concretado, con carácter general, en la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones; y, en conexión con el art. 22 LOEx, en los derechos de asistencia jurídica gratuita y la asistencia de intérprete en todos los procedimientos administrativos que puedan llevar a su devolución, tendentes a garantiza el derecho de defensa (STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 12).

-Entiende, por lo además, que la Disposición final 1ª de la Ley Orgánica de protección de la seguridad ciudadana, resulta inconstitucional por su oposición a los artículos 13.4 y 15 CE en relación con el derecho a la protección internacional y el principio de no devolución. La sentencia, amparándose en el contenido de los apartados 2º y 3º del precepto impugnado, considera que no se excepciona ni la aplicación de la normativa internacional de derechos humanos, ni el régimen legal de protección internacional, a pesar de lo cual, en el fallo condicionan la constitucionalidad del precepto

a que el rechazo en frontera se desarrolle con respeto a esas obligaciones internacionales. El problema del proceso argumental desarrollado por la opinión mayoritaria sobre este particular es, de nuevo, hacer compatible la interpretación de apartado primero del precepto impugnado, conforme al cual se considera el rechazo en frontera como una mera actuación material coactiva que por su propia naturaleza quedaría excluida de cualquier tipo de procedimiento administrativo, con las exigencias impuestas en los otros dos apartados de la necesidad de respetar la normativa internacional de derechos humanos y el derecho a la protección internacional.

La afirmación de que de las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos se desprende que, al ejecutar un «rechazo en frontera», los cuerpos y fuerzas de seguridad deberán prestar especial atención a las categorías de personas especialmente vulnerables, resulta claramente insuficiente desde el momento en que no se explica de qué modo puede hacerse efectivo el cumplimiento de esas obligaciones en ausencia de un procedimiento desarrollado con unas mínimas garantías esenciales. Si algo garantiza la existencia de un procedimiento es, precisamente, la identificación singularizada de las situaciones que rodean a las personas, y que pueden hacer de ellas sujetos particularmente vulnerables por ser menores de edad, demandantes de asilo o protección internacional, víctimas de trata, o personas enfermas. La opinión mayoritaria ejemplifica esa necesaria atención con la descripción de situaciones de especial vulnerabilidad apreciables externamente -personas que aparenten manifiestamente ser menores de edad o afectadas por serios motivos de incapacidad, y mujeres embarazadas-. Pero resulta evidente que esta apreciación denota ignorancia de las situaciones que se viven en la frontera sur. La edad de las personas nunca es evidente cuando se encuentra en lo alto de la valla -como constata el dictamen del Comité de los Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/DR/4/2016)-, y mucho menos evidente es que vayan a intentar un salto mujeres en evidente estado de gestación, o personas con discapacidad aparente y «seria». Las salvaguardas previstas en la sentencia se apartan tanto de la realidad de las cosas que la salvaguarda deja de serlo.

Más allá de ello, hay que recordar que se dan situaciones de especial vulnerabilidad que no tienen por qué ser fácilmente aprehensibles, y para cuya identificación sería preciso el desarrollo de un procedimiento con las garantías suficientes que atienda a esas necesidades de identificación. La Constitución no habilita a estimar de menor consideración, a los efectos de lo que ahora se discute, a una víctima de trata de seres humanos o de otras formas de violencia de género, a un potencial solicitante de protección internacional o a una persona menor de edad que no tenga la apariencia de tal, que a una mujer embarazada, a una persona con claros signos de padecer serios motivos de incapacidad o a un menor de edad cuya apariencia física no permitirá dudar de su minoría. La apelación que hace el Derecho internacional de los derechos humanos, como también la Constitución española, a las necesidades de protección de las personas especialmente vulnerables, nada tiene que ver con lo evidente a primera vista de la situación. La ausencia de apariencia o evidencia de esa situación de especial vulnerabilidad no priva a la persona de la protección constitucional que le debe ser dispensada. Sin embargo, el rechazo en frontera, considerado como mera actuación material coactiva no sometida a procedimiento, impide no solo la exigible actitud proactiva de la administración pública en la identificación de esas situaciones, sino, lo que es más grave, imposibilita siquiera la alegación de la persona afectada de su condición de vulnerabilidad.

A mayor abundancia, el cumplimiento de las obligaciones internacionales como condición impuesta por la opinión mayoritaria para la constitucionalidad de la regulación de rechazo en frontera deviene ya imposible, al menos, en lo que se refiere a los menores de edad. El dictamen del Comité de los Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/DR/4/2016) ya ha establecido que la práctica de este tipo de devoluciones sumarias practicadas por los funcionarios públicos españoles supone el incumplimiento de las obligaciones internacionales contempladas en los artículos 20.1 -protección debida por el Estado a toda persona menor privada de su medio familiar- y 37

-no sometimiento a las personas menores a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes- de la Convención de Derechos del Niño, en la medida en que no permite someter a la persona menor a un proceso de identificación y evaluación de su situación personal y de la existencia de un riesgo de persecución y/o daño irreparable previa a su entrega a las autoridades de Marruecos y no se le da la oportunidad de presentar objeciones a esa devolución (apartados 14.7 y 14.8).

Tampoco puede obviarse, en lo relativo a la imposibilidad real y efectiva del cumplimiento de la condición de constitucionalidad impuesta de respeto de las obligaciones internacionales, la incidencia del rechazo en frontera sobre la identificación de necesidades de protección internacional. La STJUE de 25 de junio de 2020, asunto C-36/20, recuerda la circunstancia de que el artículo 6.1 de la Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, establece la posibilidad de que la solicitud de protección internacional se formule no solo ante la autoridad competente para su registro sino también ante otras autoridades que, pese a ser probable que reciban tales solicitudes, no sean competentes para registrarlas, citando expresamente a la policía, guardias de fronteras, autoridades de inmigración y personal de los centros de internamiento, imponiendo la obligación a los Estados de que estas autoridades dispongan de la información pertinente y su personal reciba la formación necesaria acorde a sus funciones y responsabilidades, así como instrucciones, para informar a los solicitantes sobre dónde y cómo pueden presentarse las solicitudes de protección internacional. En este contexto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tampoco acabo de apreciar la viabilidad de un pronunciamiento interpretativo como el sustentado por la opinión mayoritaria ante la invocación del art. 13.4 CE. Si de acuerdo con la normativa y jurisprudencia comunitaria, un agente de fronteras, como los llamados a aplicar el rechazo en frontera, tienen la condición legal de «otras autoridades» para recibir solicitudes de protección internacional, la ausencia de un mínimo procedimiento con respeto a garantías esencial imposibilita también el cumplimiento de esa obligación internacional que se impone como condición de constitucionalidad del precepto impugnado. En consecuencia, considera que la disposición final primera por la que se introduce la disposición adicional décima en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su integración social debería haber sido declarada inconstitucional y nula, al no posibilitar de una manera real y efectiva el cumplimiento de las condiciones de constitucionalidad establecidas en el fundamento jurídico 8 C) y en el apartado tercero del fallo.

En conclusión, de síntesis, la sentencia dictada y, en particular, su fallo, son, a juicio de la Magistrada discrepante, inconciliables con la idea misma de la interpretación restrictiva de los límites al ejercicio de los derechos fundamentales. Y son, además, contradictorios con la única razón de ser que entiendo legítima para una ley de protección de la seguridad ciudadana: asegurar que la garantía de la tranquilidad social y la convivencia pacífica no se materialice en detrimento del ejercicio de los derechos que están llamados a alterar esa tranquilidad, para asegurar el pluralismo político y defensa de los derechos de quienes presentan mayores dificultades para vivir tranquilos y en paz.

Es de significar que en esta sentencia del TC se considera superado el test de constitucionalidad de las llamadas “devoluciones en caliente” de inmigrantes, declarando la constitucionalidad de la Ley de Seguridad Ciudadana también respecto a dichas “expulsiones en caliente de inmigrantes” que tratan de saltar las vallas delimitadoras las fronteras para entrar en territorio español. Tan sólo suprime por inconstitucionalidad un inciso del art. 36 de la Ley de Seguridad Ciudadana (conocida en la opinión pública como “ley mordaza”), que perseguía el uso no autorizado de grabaciones en las que aparecieran miembros de los cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado. La argumentación jurídica más determinante es la que declara que el rechazo en frontera es una actuación material de carácter coactivo, que tiene por finalidad restablecer inmediatamente la legalidad transgredida por el

intento por parte de las personas extranjeras de cruzar irregularmente esa concreta frontera terrestre. Señalando que la actuación material será constitucional, sin perjuicio del control judicial que proceda realizarse en virtud de las acciones y recursos que interponga, en cada caso concreto, la persona extranjera afectada. Entiende, por otra parte, que el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte. El Alto Tribunal se siente amparado en su decisión por la doctrina de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Ello no obstante, esta interpretación permisiva puede limitar seriamente el alcance protector de la prohibición internacional de las "devoluciones en caliente o en frontera" establecida con el fin de garantizar los derechos fundamentales de las personas migrantes que pretenden entrar ilegalmente en un Estado (ilegalidad de trato dispensada a las personas extranjeras sin las preceptivas garantías que se establecen en la normativa internacional, europea y en el Derecho interno, esto es, consagrada en el estándar de garantía multinivel de los derechos fundamentales), lo cual puede suponer *de facto* una privación de derechos fundamentales de las personas migrantes (entre ellos, el derecho a una tutela judicial efectiva, los derechos de refugio y asilo como derechos fundamentales, etcétera)[89].

En otro orden de cuestiones, el modelo jurídico de regulación normativa de la situación y estatuto jurídico de las personas inmigrantes extranjeras en España se inserta en la tradición del garantismo jurídico o constitucionalismo democrático-social y entronca directamente con el modelo de protección legal de aquéllos tras la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

En el contexto de la denominada inmigración económico-laboral y sus protagonistas principales -personas que trabajan o quieren trabajar, se incluyen o quieren incluirse en el mercado de trabajo-, se ha de matizar que inmigración y extranjería no son lo mismo ni, consecuentemente,

[89] Fernández Pérez, A.: "La regulación de las devoluciones y expulsiones de extranjeros: la ilegalidad de las devoluciones de extranjeros efectuadas sin las debidas garantías", en Diario La Ley, núm. 8382, 22 de septiembre de 2014. https://www.researchgate.net/publication/290974101_La_regulacion_de_las_devoluciones_y_expulsiones_de_extranjeros_la_ilegalidad_de_las_devoluciones_de_extranjeros_efectuadas_sin_las_debidas_garant'ias. Asimismo, Soler García, C.: "La prohibición de las expulsiones colectivas de los extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Especial referencia al caso de España", en Revista General de Derecho Europeo, núm. 45 (2018) https://web.ua.es/es/ciee/documentos/c-soler-publicaciones/la-prohibicion-de-las-expulsiones-colectivas-de-extranjeros.pdf. En este último trabajo se estudia la jurisprudencia del TEDH sobre la prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros y, más en particular, la relativa a las denominadas "devoluciones en caliente" llevadas a cabo en la frontera hispano-marroquí. Y se concluye que -en términos de conjunto- el TEDH ha dejado claro en los distintos casos -controversias jurídicas- en los que ha concluido la violación por un Estado parte de la prohibición de las expulsiones colectivas, que la gestión de los flujos migratorios no puede conllevar la adopción de políticas incompatibles con el CEDH. Por tanto, la prohibición recogida en el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH es aplicada a la hora de limitar las competencias de los Estados parte en materia de expulsión de extranjeros. En concreto, en la sentencia N.D. y N.T. c. España, el TEDH ha señalado que las prácticas conocidas como "devoluciones en caliente", previstas en la normativa española, son contrarias al CEDH por tratarse de expulsiones colectivas de extranjeros de conformidad con su jurisprudencia anterior en este ámbito. De cara al futuro falta por comprobar las posibles repercusiones que esta jurisprudencia va a conllevar para los Estados parte del CEDH y, más en concreto, en el caso de España, especialmente teniendo en cuenta que se trata de un Estado que constituye frontera exterior del espacio Schengen. Consúltese también, Álvarez González, E.M. y Moreno Linde, M.: "Prohibición al Estado de expulsión de nacionales y de expulsiones colectivas de extranjeros. Garantías procedimentales en caso de expulsión de extranjeros (Protocolo Número 4 y 7 del CEDH)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.) et altri: La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea, Granada, Comares, 2017, págs. 255-276 y bibliografía allí citada.; Martín Martínez, M. y Jiménez Sánchez, C.: "Prohibición en caso de devolución, expulsión y extradición (Artículo 19)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs.) et altri: La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, págs. 431-443, y bibliografía allí citada.

política de inmigración y política de extranjería. Por más que estén ligadas y relacionadas. Extranjería y política de extranjería hacen referencia al estatus y situación jurídica de una persona que no es nacional del Estado en el que se halla, bien temporal o indefinidamente. En la inmigración y la política de inmigración, además de ello, hay un tema nuclear diferenciador y clave en conexión con lo apuntado: lo sociolaboral, en relación con la entrada, permanencia y salida de personas que igualmente acceden, se encuentran o salen del mercado de trabajo. La mayor incidencia de una u otra en nuestras sociedades -pese a que no se puedan observar cómo separadas- no hace sino reincidir y constatar -pese a su diferente matiz conceptual- el hecho de la presencia en nuestra sociedad de personas con la condición de trabajadoras inmigrantes y extranjeras.

Es necesario precisar, con fundamento en esta matización conceptual, sí se puede advertir la existencia de dos modelos un tanto diferenciados de regulación jurídico-legal de carácter más o menos protector -según el caso- para las personas inmigrantes extranjeras. De una parte, un modelo basado en la extranjería, en el derecho y en la política de extranjería: está centrado esencialmente en una dimensión controladora de la entrada, permanencia e incluso retorno de la persona extranjera; y fundamentado sobre aspectos de seguridad nacional, económicos y limitadores de derechos -incluso fundamentales-. Y, de otra parte, un modelo basado en la inmigración, en el derecho y en la política de inmigración: presta una especial atención a la integración social de la persona inmigrante desde la tutela del estándar mínimo de protección -titularidad y ejercicio efectivo- de los derechos humanos fundamentales de toda persona.

En la configuración de nuestro modelo garantista de atribución de los derechos fundamentales a las personas inmigrantes ha tenido un papel central la doctrina del TC, y en particular las SSTC 236 y 259/2007 declararon inconstitucional varios artículos de la misma en relación a los derechos sociales fundamentales de los extranjeros y su limitación respecto al ejercicio. Pero tampoco se ha de olvidar en un momento anterior a estos pronunciamientos jurisprudenciales una nueva reforma, con un poco más de transcurso de los años, mediante la Ley Orgánica 14/2003. Esta penúltima reforma no afectó al tema de los derechos y sí al de los visados, residencia, trabajo y al contrato mismo, declarándolo con plena efectividad en lo que toca a sus repercusiones para aquellos trabajadores sin autorización para realizar actividad laboral. Paralelamente, junto a estas leyes se han venido produciendo los reglamentos de desarrollo de las mismas, que si bien no han incidido de forma nítida sobre los derechos, sí han pretendido un fomento de la situación de regularidad de los inmigrantes, una tramitación administrativa ágil -tanto en la general del Estado, como en las autonómicas y locales, instando a la colaboración entre ellas- y una regulación diferenciada del cupo a cubrir de trabajadores extranjeros atendiendo a la situación del mercado de trabajo. Tendencia jurídico-política presente también, incluso con tintes de exhaustividad, en el nuevo y último reglamento de desarrollo del vigente texto legal, de 2011. Con este marco regulador modificado muy puntual y circunstancialmente a lo largo de los sucesivos años de su vigencia se llegó a la última reforma del año 2009, operada con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Una reforma que puede incluso calificarse como nueva ley de derechos de los extranjeros e inmigración, pues las reformas que introduce a lo largo del articulado legal son bastantes y de considerable importancia, valor y alcance técnico-jurídico para el derecho migratorio y de extranjería y todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico a los que afecta. En consecuencia, en unos casos se está ante modificaciones sustanciales y profundas del articulado, en otras ocasiones se añade algún artículo nuevo o varios en forma de apartados -*bis*, *ter*, etcétera- y, por último, se realizan precisiones técnicas y de expresión escrita que no producen cambios relevantes sino más bien aclaratorios.

En todo caso, la totalidad de cambios que se han introducido en el articulado de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la última reforma se pueden dividir en dos grandes grupos en orden a su importancia y calado político, jurídico y social. De este modo, por un lado, se puede hallar y

diferenciar claramente varios aspectos y dimensiones concretos a modo de grandes ejes formales y materiales sobre los que se ha fundamentado la reforma -señaladamente, la política de inmigración, la reagrupación familiar y el estatuto de derechos-. Y, por el otro, el restante conjunto de reformas presentes a lo largo del articulado de la Ley Orgánica incidentes en aspectos concretos relacionados con la transversalidad de la realidad social de la inmigración y que también presentan un alcance particular. Es en torno a estos dos grupos de novedades de diferente trascendencia, por su volumen y sentido en el marco de la totalidad, como ha acontecido la última reforma legal. La consecuencia más inmediata de la misma es su constitución como un paso cualitativo más en la larga senda de reformas de nuestra legislación sobre derechos e integración social de las personas inmigrantes extranjeras en España. En este sentido, no es una reforma cosmética de modelo normativo, porque sirve a varios motivos principales:

Primeramente, la exigencia de incorporar a la Ley Orgánica 4/2000, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo que se da nueva redacción a la misma para acomodarla a las previsiones constitucionales. En efecto, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los recursos de inconstitucionalidad presentados contra varios artículos legales. Como ya se ha anotado, especial mención tienen las Sentencias TC 236 y 259/2007, declarando que la exigencia que la referida Ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, en consecuencia, contraria a la Constitución, ya que los derechos fundamentales se atribuyen a todas las personas en su condicionales de tales.

Por otra parte, se han producido aportaciones significativas en el Derecho de la Unión Europea en materia de inmigración y extranjería, las cuales debían ser objeto de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Le reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, incorpora a nuestro Derecho interno un amplio conjunto de directivas comunitarias en la materia ya mencionadas en epígrafes anteriores. Aparte de ello, interesa realzar la firma del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado en el Consejo Europeo de 16 de octubre de 2008 por los 27 países miembros de la Unión Europea[90], en el cual se establecen como principales objetivos a alcanzar una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración social y jurídica de los

[90] Monereo Pérez, J.L.: "Refugiados y derechos humanos. El Estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano", en Nueva revista española de derecho del trabajo, núm. 194 (2017), pág. 55-116. En la tradición del constitucionalismo democrático-social y su materialización por medio del modelo de Estado social de derecho, ha de implantarse la necesidad de superar el enfoque de las políticas migratorias y de asilo controladoras de flujos centradas en la dimensión económica. Satisfaciendo la misma, se ha de transitar hacia las políticas de inclusión socioeconómica, jurídica y cultural. Se está en condiciones así de configurar un estatuto jurídico social de solicitantes de asilo y de refugiados orientado a garantizar la integración de las mismas en cuanto personas migrantes que llegan a la Unión Europea y a España. Desde esta consideración, teniendo presente que se está ante desplazamientos transnacionales de personas, se ha de conducir a una intensificación de los procesos de comunitarización o europeización de las políticas migratorias y de asilo, como condición previa para que sean realmente puestas en prácticas de un modo eficiente y eficaz en la materialización del modelo social europeo y español. Consustancial resulta demandar para asilados y refugiados el ofrecimiento de un tratamiento y consideración que materialice la justicia social sustentada en el ejercicio y garantía de los derechos humanos fundamentales de la persona. En su sentido y alcance estricto, han de prevalecer tanto los valores de la Unión Europea como los inherentes al art. 1.1 de la Constitución Española. Asimismo, Monereo Pérez, J.L., Triguero Martínez, L.Á. (Dirs.): Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho, Granada, Comares, 2016; Miñarro Yanini, M.: La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los "refugiados", Albacete, Bomarzo, 2018; Kahale Carrillo, D. T.: El nuevo sistema de derecho de asilo y de la protección subsidiaria, Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2017. En una perspectiva más general, Castelli, N.: Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral, Albacete, Bomarzo, 2019. De interés para verificar la posición altamente crítica del Comité Europeo de Derechos Sociales a través de diversos pronunciamientos, Salcedo Beltrán, C.: "Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales", en Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 453 (2020), págs. 155-170.

inmigrantes legales a través de un equilibrio de derechos y deberes. Por otra parte, es importante la ratificación y entrada en vigor en España de las obligaciones dimanantes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos -Convenio núm.197 del Consejo de Europa-, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

La necesidad, en tercer lugar, de adaptación de nuestro Ordenamiento jurídico a la nueva realidad migratoria que se produce en nuestro país, pues presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían en el momento de la aprobación de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Ciertamente, la inmigración es un fenómeno o hecho social total, complejo y contingente en su fisonomía[91]. El cambio es un rasgo que le es inherente. El marco normativo tiene que adaptarse innovando sus criterios de regulación. No se puede desconocer que el fenómeno migratorio tiene un gran impacto económico, social y cultural de dimensiones estructurales y no meramente coyunturales. La reforma por medio de la Ley Orgánica 2/2009 pretendió ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal modo que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo.

Ello, no obstante, es de señalar que nuestro modelo legal de protección de las personas inmigrantes extranjeras ha adolecido -al menos hasta el momento- de una programación coherente, encontrándose excesivamente expuesto a variación de factores coyunturales. Es necesario, pues, garantizar una cierta estabilización jurídico-institucional del modelo de regulación de la inmigración, sobre la base de principios y reglas de juego verdaderamente coherentes y con pretensiones de estabilidad, más allá de los necesarios ajustes coyunturales que siempre serán necesarios adoptar. La nueva reforma legislativa parece orientarse hacia ese objetivo más ambicioso de llevar a cabo una reforma estructural y más estable de la cuestión social de la inmigración incidiendo en toda la multiplicidad de sus dimensiones fundamentales. Una de estas dimensiones básicas es la integración social, en cuanto núcleo básico y esencial del modelo de derecho de la inmigración o inmigratorio antes apuntado. En este sentido, un modelo de auténtica integración social exige la defensa de los derechos humanos fundamentales -civiles, políticos y sociales-. Pero no es suficiente el reconocimiento formal. Se hace necesaria una actitud proactiva de los poderes públicos para propiciar una efectiva y plena integración de las personas inmigrantes en España, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona. Esa política pro-activa no incumbe sólo al Gobierno central -a quien le corresponde, según el art. 149.1. 2ª CE, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales; art. 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000-, sino también a los Poderes y Administraciones Públicas autonómicas y locales.

Atendiendo a estas motivaciones advertidas se origina un nuevo marco legal que muy particularmente tiene como principales destinatarios a los extranjeros inmigrantes que residen en nuestro país de un modo legal, con las correspondientes autorizaciones de trabajo y residencia, excluyendo específicamente a los comunitarios salvo en aquellos aspectos que les pudieran ser más beneficiosos. En un plano secundario esta reforma sitúa como destinatarios también a los extranjeros inmigrantes en situación ilegal o irregular, pues tan sólo se ocupa de ellos para garantizarles el acceso a los derechos sociales fundamentales que tienen todas las personas por el hecho de serlo. Ahora bien, con la restricción de que ello no va a constituirse en un obstáculo a la capacidad estatal en la imposición de límites a su permanencia y residencia cuando ésta no sea legal. Se abre así una brecha

[91] Ciertamente, la Pandemia actual no es sólo una crisis sanitaria. Es lo que en las ciencias sociales -en la dirección más solvente- se califica técnicamente de «hecho social total», en el sentido específico de que impacta y convulsa el conjunto de las relaciones y estructuras sociales, y conmociona a la totalidad de los actores (políticos, sociales y económicos), de las instituciones y de los valores de la sociedad, planteando una exigencia de recomposición de la cohesión social. En el sentido formulado por Mauss, M.: Sociología y antropología, trad. T. Rubio de Martín, Madrid, Tecnos, 1971.

de tratamiento diferenciado jurídico-legal a unas mismas personas, pero con diferente condición administrativa, manteniéndose por tanto el espíritu de las reformas y leyes anteriores.

Se trata, ante todo, de poner en marcha una política inmigratoria que garantice los derechos humanos fundamentales pertenecientes a todas las personas según doctrina consolidada ya del Tribunal Constitucional, la construcción de un acceso progresivo a otros derechos de configuración legal a partir de la residencia legal, el perfeccionamiento del sistema de inmigración legal y ordenada con fundamento en las necesidades del mercado de trabajo, el favorecimiento de las oportunidades de integración de los inmigrantes dotando de medios suficientes a las Administraciones encargadas de desarrollar las políticas y el aumento de la eficacia de la lucha contra la inmigración irregular, previniendo la llegada de la misma y haciendo más ágiles las repatriaciones. Del conjunto, se desprenden unos rasgos propios e inherentes a esta nueva regulación legal de la inmigración en España: la integración de los inmigrantes, la canalización legal y ordenada de los flujos y la lucha contra la inmigración irregular son las prioridades de la política inmigratoria, que a su vez se tiene que desarrollar de acuerdo con la política comunitaria de inmigración, cooperando con los terceros países de origen y tránsito de la inmigración y coordinando las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas con competencia en la materia; la mejora de las garantías de los derechos fundamentales para todos los extranjeros; la integración social como eje principal de la política inmigratoria; la vinculación de la inmigración que ha de llegar con la situación del mercado de trabajo; y el establecimiento de una totalidad de medidas de incremento del control sobre la inmigración irregular y la eficacia de los sistemas de repatriación. Es así que se aprecian unas motivaciones, intenciones y objetivos justificativos plenamente de la reforma legal con distinto sentido, alcance y defensa en orden a construir un nuevo marco jurídico-legal regulador de la inmigración en España que esté vigente en los años sucesivos con una cierta estabilidad legislativa al respecto. El transcurso de los años, su vigencia, la política jurídica resultante y su adecuación a la realidad inmediata servirán para enjuiciar su idoneidad o no.

Sin embargo, a pesar de que el nuevo modelo de extranjería e inmigración buscaba expresamente una cierta "estabilización" alrededor de principios coherentes, se han venido produciendo sucesivas reformas legislativas que restringen los derechos de los trabajadores inmigrantes irregulares (es el caso de la denegación de la protección por desempleo -art. 36.2 LOEXIS- y de la limitación estricta de la asistencia sanitaria a situaciones de urgencia grave y embarazo, parto o postparto -art. 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión social y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificado por el RD 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud). Este tipo de medidas abundan en el debilitamiento de la posición jurídica de los trabajadores inmigrantes irregulares, que son precisamente los más vulnerables. El propio Consejo de Europa (Informe sobre derechos sociales, 29 enero de 2014) ha considerado contrario a los derechos garantizados en la Carta Social Europa revisada de 1996 (en particular el art. 11 de la misma, relativo al "Derecho a la protección de la salud"), el negar la sanidad a los inmigrantes en situación irregular (los peyorativamente llamados "sin papeles"), considerando que la crisis económica no puede servir de pretexto para negar el acceso a la sanidad.

En realidad, la plena coherencia con la racionalidad inherente al constitucionalismo democrático-social debería suponer que se regularse la inmigración desde la perspectiva de garantizar a las personas migrantes una ciudadanía plena, integral e inclusiva en el marco del Estado Social de Derecho. Éste, a lo largo de su historia, ha tenido entre sus principios de actuación el reducir y controlar los riesgos, para así proporcionar un mínimo estatuto protector de las clases más desfavorecidas, sin el que probablemente se encontrarían en una inseguridad social. Esto presupone la superación de la visión instrumental (sujeta a la racionalidad económica unilateral del mercado

de trabajo) de la inmigración protegiendo a las personas más allá del trabajo con este conjunto de derechos de ciudadanía, al propio tiempo que (gracias a su carácter indecidible y vinculado a la persona) su garantía no se vería cuestionada por razones económicas coyunturales o de oportunismo populista electoral, como, por el contrario, sí está ocurriendo en el marco de las políticas migratorias de los países europeos.

Los dos ejes ya analizados del modelo jurídico de la ordenación normativa de las personas inmigrantes extranjeras en España entroncan directamente con el modelo de protección legal de aquéllos tras la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre[92]. Pero, antes de ello, en el contexto de la ya definida inmigración económico-laboral y sus protagonistas principales -personas que trabajan o quieren trabajar, se incluyen o quieren incluirse en el mercado de trabajo-, se ha de matizar que inmigración y extranjería no son lo mismo ni, consecuentemente, política de inmigración y política de extranjería. Por más que estén ligadas y relacionadas. Extranjería y política de extranjería hacen referencia al estatus y situación jurídica de una persona que no es nacional del Estado en el que se halla, bien temporal o indefinidamente. En la inmigración y la política de inmigración, además de ello, hay un tema nuclear diferenciador y clave en conexión con lo apuntado: lo sociolaboral*,* en relación a la entrada, permanencia y salida de personas que igualmente acceden, se encuentran o salen del mercado de trabajo. La mayor incidencia de una u otra en nuestras sociedades -pese a que no se puedan observar cómo separadas- no hace sino reincidir y constatar -pese a su diferente matiz conceptual- el hecho de la presencia en nuestra sociedad de personas con la condición de trabajadoras inmigrantes y extranjeras.

Ahora bien, con fundamento en esta matización conceptual, sí se puede advertir la existencia de dos modelos un tanto diferenciados de regulación jurídico-legal de carácter más o menos protector -según el caso- para las personas inmigrantes extranjeras. De una parte, un modelo basado en la extranjería, en el derecho y en la política de extranjería: está centrado esencialmente en una dimensión controladora de la entrada, permanencia e incluso retorno de la persona extranjera; y fundamentado sobre aspectos de seguridad nacional, económicos y limitadores de derechos -incluso fundamentales-. Y, de otra parte, un modelo basado en la inmigración, en el derecho y en la política de inmigración: presta una especial atención a la integración social de la persona inmigrante desde la tutela del estándar mínimo de protección -titularidad y ejercicio efectivo- de los derechos humanos fundamentales de toda persona.

Teniendo presente el significado, sentido y alcance de estos modelos definidos, desde los mismos y en forma de avances y retrocesos -según se imponga y/o predomine uno u otro- ha venido oscilando la regulación jurídico-legal protectora de las personas inmigrantes extranjeras en nuestra historia más reciente. El punto de referencia cronológico cuantitativo y cualitativo desde el que se ha de partir es tanto los últimos veinte años del siglo pasado y el desarrollo socioeconómico y político experimentado, como -derivado de lo anterior- la configuración de España como país de inmigración y, consecuentemente, la irrupción y consideración de ésta, hoy en día, como realidad social estructural.

Estas precisiones referenciadas -a modo de causas-, de profundas connotaciones y repercusiones, sin duda alguna, conllevaron ya la aparición, a mediados de la década de los ochenta, del primer texto legal regulador de la inmigración y extranjería, que se mantuvo durante quince años con más desaciertos que aciertos, hasta que ya a principios del siglo XXI se vieron las tremendas dimensiones de la inmigración en España y se produjo en los primeros años del mismo, una vorágine legislativa sobre su regulación en un intervalo de años muy corto -apenas cuatro- con

[92] Vid., ampliamente al respecto, Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. Á., "El modelo de protección legal del trabajador extranjero tras la reforma realizada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, (I y II)", Revista Aranzadi Social, núm. 19 y 20, 2010, págs. 61 y sigs., 73 y sigs., respectivamente.

una cierta estabilización reguladora de seis años aproximadamente hasta el momento presente[93]. Una circunstancia que no significó en ningún momento que la regulación existente fuese la más propicia y acorde con la realidad migratoria española, por cuanto ésta no había dejado de carecer de los caracteres de relevancia e importancia en todas sus dimensiones y aspectos. Todo ello, en consecuencia, había supuesto una influencia directa en la regulación jurídico-formal de los derechos de los extranjeros -muy especialmente de aquellos de carácter sociolaboral- y de las distintas posibilidades de entrada y residencia de los extranjeros en España, así como de otros aspectos y dimensiones colindantes al respecto.

En cualquier caso, nos encontramos con la situación de que la primera regulación contemporánea de la inmigración y extranjería en España -es decir, la regulación jurídica del estatuto de los extranjeros en nuestro país- data de 1985 y se concreta en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre Derechos y Deberes de los Extranjeros en España[94]. Esta regulación trató la inmigración como un fenómeno coyuntural, respondiendo a los caracteres de control casi policial de los inmigrantes y a una lógica de policía administrativa, con un elenco de derechos muy reducidos en virtud de esta situación. Pero es que a su vez y adicionalmente, esta norma también respondió a la entrada de nuestro país en la Unión Europea y todo el conjunto de requisitos por ella establecidos.

Con posterioridad en el año 2000, tras haberse quedado obsoleta la anterior regulación, nació la Ley Orgánica 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social. Ésta se caracterizó por romper con la lógica policial anterior y apostar por una perspectiva que incidía en la *integración social* -como del mismo título se desprende-, al equiparar a los nacionales con los extranjeros y a estos entre sí independientemente a su condición de regulares o irregulares. Así, era una Ley muy *abierta y social* que reconocía derechos para todos los extranjeros, más allá de su situación administrativa.

Tras un breve período de tiempo y casi sin poder analizar su verdadera aplicación efectiva, se produjo una contrarreforma de la Ley anterior mediante la Ley Orgánica 8/2000[95]. Ésta se caracterizó, en líneas generales, por tratar por vez primera ya el fenómeno de la inmigración como estructural y permanente, pero, sorprendentemente, volviendo al espíritu harto restrictivo de la Ley de 1985. El pilar sobre el que se constituyó el estatuto jurídico del extranjero fue sobre su situación administrativa, de tal forma que si estaba regular podía ejercer un conjunto de derechos considerables, mientras que si se encontraba en situación irregular casi no existía como persona, al verse reducidos drásticamente los mismos, pero teniendo siempre el mínimo de derechos que le corresponden como persona, no sujetos a ninguna condición, viéndose incluso algunos de éstos últimos incluso afectados. Esta regularidad se construyó con la posesión de la correspondiente autorización de trabajo y permiso de residencia -por este orden-, tanto para la entrada como para la permanencia[96]. La finalidad inmediata que perseguía esta Ley era la reducción de la bolsa de personas inmigrantes irregulares existentes en aquel momento, intentando que todos cumpliesen con lo establecido legalmente, para lo que, sin duda alguna, adquirieron especial importancia los procesos de regularización masivos que se produjeron en estas fechas como consecuencia de la aplicación efectiva de la Ley y de su Reglamento de desarrollo, al quedar previstos en ellos. Precisamente está en tramitación la Proposición de Ley de Iniciativa

[93] Desde una perspectiva de revisión, un repaso al modelo jurídico-legal español, lo realiza ilustrativamente, Solanes Corella, Á., "Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010", Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, núm. 90, 2010, págs. 77 y sigs.

[94] Sobre la situación anterior a ésta, vid., Cardona Torres, J., Régimen jurídico laboral de los extranjeros en España, Barcelona, Bosch, 1985.

[95] Monográficamente, Tarabini-Castellani Aznar, M., Reforma y contrarreforma de la ley de extranjería. (Análisis especial del trabajo de los extranjeros en España), Valencia, Tirant lo Blanch, 2002.

[96] Alonso Olea, M., Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000, Madrid, Civitas, 2001, págs. 39-40.

Popular para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España[97]. Conforme al Artículo único ("Modificación de la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social"), se propone modificar la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social con la siguiente redacción: «Disposición transitoria primera. Regularización de extranjeros que se encuentren en España. El Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá, en el plazo de 6 meses, un procedimiento para la regularización de los extranjeros que se encuentren en territorio español antes del día 1 de noviembre de 2021.» En la Exposición de Motivos se deja constancia de que, conforme a las estimaciones más recientes, en España residen de manera irregular entre 390.000 y 470.000 personas, de las cuales una tercera parte serían menores de edad. El sistema de acceso a la residencia contemplado en la ley de extranjería LO 4/2000 resulta insuficiente y limitado y no se ajusta a la realidad actual de las personas migrantes que viven y trabajan en el Estado español. Ello debido a que, por una parte, los criterios de acceso a la residencia son altamente restrictivos y de muy difícil cumplimiento, y por otra, el procedimiento administrativo implementado es lento, burocrático y cuenta con un elevado margen de discrecionalidad a la hora de conceder las autorizaciones o su renovación. Esta dinámica genera una espiral de vulnerabilidad y desprotección que acrecienta la exclusión social e impacta en el conjunto de la sociedad. Por ello, consideramos imprescindible la búsqueda de mecanismos que garanticen que dichas personas puedan salir de la situación de invisibilidad y «no derechos» como consecuencia del estatus migratorio irregular. En cuanto a las razones fundamentales que justifican una regularización extraordinaria. En primer lugar, el respeto de los derechos fundamentales de cada ser humano. La irregularidad supone una condena a la explotación laboral, la invisibilidad frente a las instituciones, la desprotección legal o la exclusión de facto de servicios públicos esenciales como la educación y la sanidad. En segundo lugar, la pérdida de un gran aporte económico y fiscal para el conjunto de la sociedad. Por un lado, la irregularidad impide a muchos migrantes contribuir dignamente con capacidades que son esenciales para el sostenimiento de la sociedad. Por otro, la economía sumergida limita las contribuciones fiscales de estos trabajadores a los impuestos indirectos de lo que consumen. Una regularización afloraría, rápida y eficazmente, el gran potencial de sus impuestos directos y de las contribuciones de empleados y empleadores al sistema de Seguridad Social. Una estimación reciente de la Universidad Carlos III sugiere que la aportación neta media de los trabajadores regularizados se incrementaría por encima de los 3.250 euros por persona y año. Por último, la existencia de cerca de medio millón de personas fuera del radar de las instituciones y de la planificación de los servicios públicos supone un déficit de gobernanza pública que es urgente corregir. Cada una de estas razones ha multiplicado su relevancia durante los meses de la pandemia, donde las comunidades de migrantes en situación irregular han dado la cara por la sociedad en sectores imprescindibles como el de los cuidados, el reparto a domicilio o la recogida de fruta y verdura. Con ello pagaron un altísimo precio en forma de contagios y muertes. Nuestra sociedad tiene una deuda de gratitud con uno de sus colectivos más vulnerables. La política migratoria no puede permanecer escindida de la realidad socioeconómica del país y de todas las personas que la componen y construyen día a día. La regularización extraordinaria permitirá visibilizar la totalidad de la población migrante que reside en el país, compensar las desigualdades que presentan como punto de partida, y a la vez,

[97] Proposición de Ley 120/000026 Proposición de Ley para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España. Presentada por don Augustin Marie Ndour Ndong y otros.
https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/B/BOCG-14-B-330-1.PDF
120/000004 Proposición de Ley para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España (corresponde al número de expediente 120/000026 de la XIV Legislatura). El Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día de hoy, ha tomado en consideración la Proposición de Ley de iniciativa popular, para una regularización extraordinaria para personas extranjeras en España (corresponde al número de expediente 120/000026 de la XIV Legislatura), publicada en el «BOCG. Congreso de los Diputados», serie B, núm. 11-1, de 8 de septiembre de 2023. Se ordena la publicación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Reglamento de la Cámara. Palacio del Congreso de los Diputados, 9 de abril de 2024. —P.D. El Secretario General del Congreso de los Diputados, Fernando Galindo Elola-Olaso. BOCG15 de abril de 2024 TOMA EN CONSIDERACIÓN Núm. 11-2

garantizar los derechos laborales en condiciones de igualdad, reduciendo las situaciones de abuso y explotación. La regularización, por lo demás, permite hacer frente al aumento sesgado de la xenofobia en ciertos sectores de la sociedad y en los partidos políticos de ultraderecha (señaladamente Vox, que ha presentado ya una enmienda a la totalidad bien expresiva de esta ideología contraria a los valores fundamentales del sistema democrático y a las normas de principios constitucionales e internacionales sobre derechos fundamentales[98]).

Como resultado, tenemos que la caracterización formal de esta Ley fue intentar seguir el espíritu progresista e integrador social de la precedente reconociendo la titularidad de un amplio elenco de derechos para el conjunto de inmigrantes, pero inmediatamente después se introdujo la cláusula, o condición, de que para su ejercicio efectivo y disfrute, adquiría condición indispensable el estar en posesión de la correspondiente autorización de trabajo o permiso de residencia, según fuese el caso que se tratase. Por tanto, nos encontramos con que había un eje vertebrador en la atribución y cumplimiento real de los derechos, el cual no estaba basado y fundamentado en la nacionalidad de la persona, sino en la situación administrativa regular del inmigrante.

El carácter y la lógica de esta Ley estuvieron vigentes hasta finales del año 2007, cuando las Sentencias del Tribunal Constitucional 236 y 259/2007 declararon inconstitucional varios artículos de la misma en relación a los derechos sociales fundamentales de los extranjeros y su limitación respecto al ejercicio[99]. Pero tampoco se ha de olvidar en un momento anterior a estos pronunciamientos jurisprudenciales una nueva reforma, con un poco más de transcurso de los años, mediante la Ley Orgánica 14/2003. Esta penúltima reforma no afectó al tema de los derechos y sí al de los visados, residencia, trabajo y al contrato mismo, declarándolo con plena efectividad en lo que toca a sus repercusiones para aquellos trabajadores sin autorización para realizar actividad laboral. Paralelamente, junto a estas leyes se han venido produciendo los reglamentos de desarrollo de las mismas, que si bien no han incidido de forma nítida sobre los derechos, sí han pretendido un fomento de la situación de regularidad de los inmigrantes, una tramitación administrativa ágil -tanto en la general del Estado, como en las autonómicas y locales, instando a la colaboración entre ellas- y una regulación diferenciada del cupo a cubrir de trabajadores extranjeros atendiendo a la situación del mercado de trabajo. Tendencia jurídico-política presente también, incluso con tintes de exhaustividad, en el nuevo y último reglamento de desarrollo del vigente texto legal, de 2011.

Con este marco regulador modificado muy puntual y circunstancialmente a lo largo de los sucesivos años de su vigencia se llegó a la última reforma del año 2009, operada con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Una reforma que puede incluso calificarse como nueva ley de derechos de los extranjeros e inmigración[100], pues las reformas que introduce a lo largo del articulado legal son bastantes y de considerable importancia, valor y alcance técnico-jurídico para el derecho migratorio y de extranjería y todos aquellos sectores del ordenamiento jurídico a los que afecta. En consecuencia, en unos casos se está ante modificaciones sustanciales y profundas del articulado, en otras ocasiones

98 BOCG serie B núm, 11-4, de 1 de octubre de 2024. https://www.congreso,es/public_oficiales/L15/CONG/BOCG/B/BOCG-15B-11.PDF

99 En general, sobre la doctrina del Tribunal Constitucional con relación a la extranjería e inmigración, vid., Casas Baamonde, M.ª E., "El Tribunal Constitucional ante el fenómeno de la extranjería", en Derecho, inmigración e integración, en VV. AA.: Ministerio de Justicia del Gobierno de España, Madrid, 2008, págs. 483-498. Más particularmente y en relación con los pronunciamientos jurisprudenciales advertidos, un comentario de los mismos en profundidad, así como de sus implicaciones, por Monereo Pérez, J. L. y Triguero Martínez, L. A., "Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros. A propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 19 de diciembre, I y II", Revista Relaciones Laborales, números 6 y 7, 2008.

100 Triguero Martínez, L. A., "La nueva reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social: notas clave para su comprensión", Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén, 2ª época, núm. 9, 2009, pág. 4

se añade algún artículo nuevo o varios en forma de apartados -*bis*, *ter*, etc- y, por último, se realizan precisiones técnicas y de expresión escrita que no producen cambios relevantes sino más bien aclaratorios.

En cualquier caso, la totalidad de cambios que se han introducido en el articulado de la Ley Orgánica 4/2000 por medio de la última reforma se pueden dividir en dos grandes grupos en orden a su importancia y calado político, jurídico y social. De este modo, por un lado, se puede hallar y diferenciar claramente varios aspectos y dimensiones concretos a modo de grandes ejes formales y materiales sobre los que se ha fundamentado la reforma -señaladamente, la política de inmigración, la reagrupación familiar y el estatuto de derechos-. Y, por el otro, el restante conjunto de reformas presentes a lo largo del articulado de la Ley Orgánica incidentes en aspectos concretos relacionados con la transversalidad de la realidad social de la inmigración y que también presentan un alcance particular. Es en torno a estos dos grupos de novedades de diferente trascendencia, por su volumen y sentido en el marco de la totalidad, como ha acontecido la última reforma legal.

La consecuencia más inmediata de la misma es su constitución como un paso cualitativo más en la larga senda de reformas de nuestra legislación sobre derechos e integración social de las personas inmigrantes extranjeras en España. En este sentido, no es una reforma cosmética de modelo normativo, porque sirve a tres motivos principales:

Primero. - Como ya se ha apuntado, la exigencia de incorporar a la Ley Orgánica 4/2000, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por lo que se da nueva redacción a la misma para acomodarla a las previsiones constitucionales. En efecto, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre los recursos de inconstitucionalidad presentados contra varios artículos legales. Como ya se ha anotado, especial mención tienen las Sentencias 236 y 259/2007, declarando que la exigencia que la referida Ley imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, en consecuencia, contraria a la Constitución, ya que los derechos fundamentales se atribuyen a todas las personas en su condicionales de tales.

Segundo. -Se han producido aportaciones significativas en el Derecho de la Unión Europea en materia de inmigración y extranjería, las cuales debían ser objeto de incorporación a nuestro ordenamiento jurídico. Le reforma operada por la Ley Orgánica 2/2009, incorpora a nuestro Derecho interno un amplio conjunto de directivas comunitarias en la materia ya mencionadas en epígrafes anteriores. Aparte de ello, interesa realzar la firma del Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, refrendado en el Consejo Europeo de 16 de octubre de 2008 por los 27 países miembros de la Unión Europea, en el cual se establecen como principales objetivos a alcanzar una inmigración legal y ordenada, luchar contra la inmigración ilegal y favorecer la integración social y jurídica de los inmigrantes legales a través de un equilibrio de derechos y deberes. Por otra parte, es importante la ratificación y entrada en vigor en España de las obligaciones dimanantes del Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos -Convenio núm.197 del Consejo de Europa-, hecho en Varsovia el 16 de mayo de 2005.

Tercero. -La necesidad de adaptación de nuestro Ordenamiento jurídico a la nueva realidad migratoria que se produce en nuestro país, pues presenta unas características y plantea unos retos diferentes de los que existían en el momento de la aprobación de la última reforma de la Ley Orgánica 4/2000. Ciertamente, la inmigración es un fenómeno social total, complejo y contingente en su fisonomía. El cambio es un rasgo que le es inherente. El marco normativo tiene que adaptarse innovando sus criterios de regulación. No se puede desconocer que el fenómeno migratorio tiene un gran impacto económico, social y cultural de dimensiones estructurales y no meramente coyunturales.

La reforma por medio de la Ley Orgánica 2/2009 pretende ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal modo que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo.

En todo caso, es de señalar que nuestro modelo legal de protección de las personas inmigrantes extranjeras ha adolecido -al menos hasta el momento- de una programación coherente, encontrándose excesivamente expuesto a variación de factores coyunturales. Es necesario, pues, garantizar una cierta estabilización jurídico-institucional del modelo de regulación de la inmigración, sobre la base de principios y reglas de juego verdaderamente coherentes y con pretensiones de estabilidad, más allá de los necesarios ajustes coyunturales que siempre serán necesarios adoptar. La nueva reforma legislativa parece orientarse hacia ese objetivo más ambicioso de llevar a cabo una reforma estructural y más estable de la cuestión social de la inmigración incidiendo en toda la multiplicidad de sus dimensiones fundamentales.

Una de estas dimensiones básicas es la integración social, en cuanto núcleo básico y esencial del modelo de derecho de la inmigración o inmigratorio antes apuntado. En este sentido, un modelo de auténtica integración social exige la defensa de los derechos humanos fundamentales -civiles, políticos y sociales-. Pero no es suficiente el reconocimiento formal. Se hace necesaria una actitud proactiva de los poderes públicos para propiciar una efectiva y plena integración de las personas inmigrantes en España, favoreciendo la convivencia multicultural y la cohesión social entre los inmigrantes y la población autóctona. Esa política proactiva no incumbe sólo al Gobierno central -a quien le corresponde, según el artículo 149.1. 2ª CE, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales; artículo 2 *bis* de la Ley Orgánica 4/2000-, sino también a los Poderes y Administraciones Públicas autonómicas y locales.

Desde estas motivaciones advertidas se origina un nuevo marco legal que muy particularmente tiene como principales destinatarios a los extranjeros inmigrantes que residen en nuestro país de un modo legal, con las correspondientes autorizaciones de trabajo y residencia[101], excluyendo específicamente a los comunitarios salvo en aquellos aspectos que les pudieran ser más beneficiosos. En un plano secundario esta reforma sitúa como destinatarios también a los extranjeros inmigrantes en situación ilegal o irregular, pues tan sólo se ocupa de ellos para garantizarles el acceso a los derechos sociales fundamentales que tienen todas las personas por el hecho de serlo. Ahora bien, con la restricción de que ello no va a constituirse en un obstáculo a la capacidad estatal en la imposición de límites a su permanencia y residencia cuando ésta no sea legal. Se abre así una brecha de tratamiento diferenciado jurídico-legal a unas mismas personas pero con diferente condición administrativa, manteniéndose por tanto el espíritu de las reformas y leyes anteriores.

Sobre estos motivos y destinatarios el poder político trata, ante todo, de poner en marcha una política inmigratoria no sólo dotada de carácter legal como gran novedad de alcance destacado en esta reforma, sino también que garantice los derechos humanos fundamentales pertenecientes a todas las personas según doctrina consolidada ya del Tribunal Constitucional, la construcción de un acceso progresivo a otros derechos de configuración legal a partir de la residencia legal, el perfeccionamiento del sistema de inmigración legal y ordenada con fundamento en las necesidades del mercado de trabajo, el favorecimiento de las oportunidades de integración de los inmigrantes dotando de medios suficientes a las Administraciones encargadas de desarrollar las políticas y el aumento de la eficacia

[101] En relación a éstas tras la última reforma legal, Ruano Albertos, S., "Una nueva reforma sobre la ya reformada Ley de Extranjería. Visión panorámica de las autorizaciones de trabajo", Revista Tribuna Social, núm. 234, 2010, págs. 25-35; Triguero Martínez, L. Á., "Las autorizaciones de trabajo de los extranjeros en España: revisión jurídico-política", Revista Tribuna Social, núm. 239, 2010, págs. 48 y sigs.

de la lucha contra la inmigración irregular, previniendo la llegada de la misma y haciendo más ágiles las repatriaciones.

Del conjunto, se desprenden unos rasgos propios e inherentes a esta nueva regulación legal de la inmigración en España: la integración de los inmigrantes, la canalización legal y ordenada de los flujos y la lucha contra la inmigración irregular son las prioridades de la política inmigratoria, que a su vez se tiene que desarrollar de acuerdo con la política comunitaria de inmigración, cooperando con los terceros países de origen y tránsito de la inmigración y coordinando las actuaciones de las diferentes Administraciones públicas con competencia en la materia; la mejora de las garantías de los derechos fundamentales para todos los extranjeros; la integración social como eje principal de la política inmigratoria; la vinculación de la inmigración que ha de llegar con la situación del mercado de trabajo; y el establecimiento de una totalidad de medidas incrementadoras del control sobre la inmigración irregular y la eficacia de los sistemas de repatriación.

De este modo, encontramos unas motivaciones, intenciones y objetivos justificativos plenamente de la reforma legal con distinto sentido, alcance y defensa en orden a construir un nuevo marco jurídico-legal regulador de la inmigración en España que esté vigente en los años sucesivos con una cierta estabilidad legislativa al respecto. El transcurso de los años, su vigencia, la política jurídica resultante y su adecuación a la realidad inmediata servirán para enjuiciar su idoneidad o no.

Avanzado el Siglo XXI, las políticas jurídicas reguladoras de los flujos migratorios y de los derechos fundamentales no se hallan globalizadas en igual medida que otros órdenes, significativamente el económico. Para avanzar en una dirección contrapuesta a esta realidad y relacionarla con este último orden, se ha de tener presente que los protagonistas de los flujos migratorios son, ante todo, personas a las que no se les puede culpar de su proceso y proyecto migrante, sino más bien se debería de pensar, valorar y ser conscientes del origen de las migraciones y las desigualdades sociales existentes. Éstas son notables entre zonas, regiones y Estados socioeconómicamente cada vez más subdesarrollados -coincide esencialmente con países del Sur-, y zonas, regiones y Estados socioeconómicamente prósperos y desarrollados -coincide esencialmente con países del Norte- que conciben a aquéllas como la mano de obra necesaria para su cada vez mayor desarrollo. En este sentido, se olvida la importancia que tiene para la vida de las personas, sobre todo, los inmigrantes extranjeros, el trabajo, la actividad laboral que desarrollen como medio para alcanzar una vida digna. Una vida que tiene la intención que sea un poco más digna de la que dejaron en sus Estados de origen. Desde esta perspectiva, es desde la que necesariamente sería oportuno que se enfocasen las políticas y legislaciones reguladoras de la extranjería e inmigración, por supuesto que favoreciendo, si se pretende y es la intención, un orden y control en la inmigración, pero con un contenido eminentemente social, nada fragmentador y excluyente. En ello es clave tanto el estatuto protector brindado por la eficaz universalidad de los derechos humanos fundamentales de toda persona, como un trabajo desmercantilizado en régimen de libertad e igualdad (trabajo digno o decente).

En atención a estos postulados, se ha de considerar al trabajo como un potencial y real *elemento de integración*, en cuanto concebido éste como un componente básico para la solidez del grupo humano[102]. Así, se deben de encontrar nuevas vías para tratar de compaginar lo económico con lo social -la inmigración económica-laboral con las dimensiones sociales que posee esta realidad-,

[102] Monereo Pérez, J.L.: "¿Qué sentido jurídico-político tiene la garantía del derecho "al trabajo" en la "sociedad del riesgo"?", en Temas Laborales, núm. 126 (2014), págs. 47-90.; Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al trabajo (Artículo 1 de la Carta Social Europea)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa,.), Granada, Comares, 2017, págs. 361-393.; Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al trabajo (Artículo 35.1 CE)", en García Murcia, J. (Ed.): La Constitución del Trabajo, Oviedo, Krlk Ediciones, 2020, págs. 483-559; Monereo Pérez, J.L., López Insua, B.M.: "La garantía internacional del derecho a un "trabajo decente"", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177 (2015).

en cuanto que la economía tiene que servir a los fines que se trazan por la sociedad democrática con la pretensión de poner la racionalidad económica al servicio de una sociedad justa e igualitaria[103]. Debería imperar la circunstancia de que es la mera condición de persona que trabaja -más allá de la situación administrativa- y su lugar de residencia los que determinarían que a ésta le correspondiese un estatus jurídico relativo constituido por el consiguiente conjunto de derechos reconocidos por la denominada constitución del trabajo[104]: derechos individuales, colectivos y de protección social. Es decir, el trabajo se constituiría materialmente en un elemento superador no sólo de la distinción entre extranjero y nacional, sino también entre los primeros en base a las autorizaciones administrativas, con un claro sustento y apoyo tanto en su actividad como en su concepción implicadora de un fenómeno universal[105].

Con estas propuestas, sería necesario afrontar la inmigración desde la óptica de una ciudadanía social inclusiva en el marco del modelo de Estado social de Derecho. Éste, a lo largo de su historia, ha tenido entre sus principios de actuación el reducir y controlar los riesgos, para así proporcionar un mínimo estatuto protector de las clases más desfavorecidas, sin el que probablemente se encontrarían en una inseguridad social. Es entonces cuando el Estado social adquiriría su significación más auténtica y genuina como constructor de un sistema de protección social en los que los derechos sociales de ciudadanía actuarían como derechos de desmercantilización. La clave en ello es, por tanto, la superación de la visión instrumental de la inmigración protegiendo a las personas -más allá del trabajo- con este conjunto de derechos sociales de ciudadanía. Desde aquí, teniendo como referencia este paradigma, las políticas jurídicas reguladoras de la inmigración se asentarían y construirían sobre la base de una ciudadanía social de miembros iguales bajo los principios de solidaridad y justicia social, sin discriminación alguna por la condición administrativa personal en la atribución de derechos ante situaciones y condiciones iguales.

Interesa destacar que en el orden internacional se establece la garantía un conjunto de derechos asociados o anudados al estatuto jurídico protector conferido a inmigrantes económico y a migrantes refugiados que forma un estándar mínimo de civilización jurídico-democrática (Es el caso también de la normativa interna como el art. 13 CE y la normativa de desarrollo de las previsiones constitucionales). Ese estatuto viene integrado por la triada típica de derechos que forman parte de ese estándar internacional. De no ser así las personas migrantes disfrutarían de una "ciudadanía limitada" e prácticamente irreconocible. Para evitar este efecto de déficit democrático de la Unión sería necesario establecer una verdadera constitución social en el Sistema de los Tratados en el marco de proceso de juridificación del Pilar Europeo de los Derechos Sociales. Se trata de un instrumento *sofw law*, pero que ya ha servicio de impulso para actuar en el campo de la política del Derecho Social de la Unión[106]. Es de señalar que en la *Declaración de Oporto del Consejo Europeo/Consejo se la Unión Europea*[107] se reafirma el compromiso de trabajar en pro de una "Europa social".

---

[103] Monereo Pérez, J. L.: "Los renglones torcidos de la política social moderna: los derechos sociales a fin de siglo", Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 3ª época, núm. 2 (1999), pág. 247.

[104] Monereo Pérez, J. L.: Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral, Madrid, Consejo Económico y Social de España, 1996, págs. 156 y sigs.

[105] Baylos Grau, A.: Inmigración y derechos sindicales, Albacete, Bomarzo, 2009, pág. 14.

[106] Monereo Pérez, J.L.: "Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de Seguridad Social", en Lex social: revista de los derechos sociales, Nº. 2 (2018); Monereo Pérez, J. L., Fernández Bernat, J.A.: "El pilar europeo de los derechos sociales: un mecanismo insuficiente para garantizar la dimensión social", en Revista La Ley Unión Europea, núm. 49 (2017); Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A.: "La Propuesta de Directiva sobre condiciones laborales transparentes y previsiones como desarrollo "normativo" del Pilar Europeo de los Derechos Sociales", en Revista Nueva Revista de Derecho del Trabajo, núm. 211 (2018).

[107] https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2021/05/08/the-porto-declaration/. Reunión/Cumbre informal de los Jefes de Estado o de Gobierno, celebrada en Oporto, los días 7 y 8 de mayo de 2021.

1º. Se apuesta por una reforma encaminada hacia una recuperación justa, sostenible y resiliente. Una recuperación colectiva, inclusiva, en tiempo oportuno y cohesionada reforzará la competitividad, la resiliencia, la dimensión social y el papel de Europa en la escena mundial (Puntos 1-3). En esta dirección, se indica que el Pilar Europeo de Derechos Sociales es un elemento fundamental de la recuperación a pandemia de COVID-19. Su aplicación reforzará el impulso de la Unión hacia una transición digital, ecológica y justa, y contribuirá a lograr una convergencia social y económica al alza y a hacer frente a los desafíos demográficos. La dimensión social, el diálogo social y la participación activa de los interlocutores sociales han sido el núcleo de una economía social de mercado altamente competitiva. El compromiso con la unidad y la solidaridad también significa garantizar la igualdad de oportunidades para todos y que nadie se quede atrás (Punto 4).

2º. No se altera formalmente los principios de competencia, subsidiariedad y proporcionalidad en la acción comunitaria. En efecto, tal como se establece en la Agenda Estratégica de la UE para 2019-2024, la UE está decidida a seguir profundizando en la aplicación del pilar europeo de derechos sociales a escala nacional y de la UE, teniendo debidamente en cuenta las competencias respectivas y los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. El Plan de Acción presentado por la Comisión el 4 de marzo de 2021 ofrece unas orientaciones útiles para la aplicación del pilar europeo de derechos sociales, también en los ámbitos del empleo, las capacidades, la salud y la protección social (Punto 5). Sin embargo, quizás sería pertinente establecer más facilidades para legislar en materia de derechos sociolaborales.

3º. Se establecen nuevos objetivos principales de la UE en materia de empleo, capacidades y reducción de la pobreza, y el cuadro de indicadores sociales revisado propuesto en el *Plan de Acción*, que contribuirán a supervisar los avances en la aplicación de los principios del pilar social, teniendo en cuenta las diferentes circunstancias nacionales, y como parte del marco de coordinación de políticas en el contexto del Semestre Europeo (Punto 6).

4º. En el plan de acción se distingue entre la prioridad inmediata (la lucha contra la pandemia Covid-119) y la del inicio y desarrollo del proceso de recuperación. Así se considera (Puntos 7-11):

- Que a medida que Europa vaya recuperándose de la pandemia de COVID-19, la prioridad será pasar de la protección a la creación de empleo y mejorar la calidad del empleo, ámbito en el que las pequeñas y medianas empresas (incluidas las empresas sociales) desempeñan un papel esencial. La aplicación de los principios del pilar europeo de derechos sociales será esencial para garantizar la creación de más y mejores puestos de trabajo para todos en el marco de una recuperación inclusiva. A este respecto, deben impulsarse los trabajos legislativos y no legislativos pertinentes a escala de la UE y de los Estados miembros.

- Situar la educación y las capacidades en el centro de nuestra acción política. Las transiciones ecológica y digital aportarán a los ciudadanos europeos enormes oportunidades, pero también muchos retos, que requerirán más inversión en educación, formación profesional, aprendizaje permanente, perfeccionamiento y reconversión profesionales, a fin de estimular las transiciones profesionales hacia sectores en los que existe una creciente demanda de mano de obra. Al mismo tiempo, los cambios relacionados con la digitalización, la inteligencia artificial, el teletrabajo y la economía de plataformas requerirán especial atención con vistas a *reforzar los derechos*, los sistemas de seguridad social y la salud y la seguridad de los trabajadores.

- Reducir las desigualdades, defender unos salarios justos y luchar contra la exclusión social y la pobreza, asumiendo el objetivo de combatir la pobreza infantil y los riesgos de exclusión de grupos

sociales especialmente vulnerables, como los desempleados de larga duración, las personas mayores, las personas con discapacidad y las personas sin hogar.

- Intensificar los esfuerzos para luchar contra la discriminación y trabajaremos activamente para colmar las brechas de género en materia de empleo, salarios y pensiones y para promover la igualdad y la equidad para todas las personas en nuestra sociedad, en consonancia con los principios fundamentales de la Unión Europea y el principio n.º 2 del Pilar europeo de derechos sociales.

- Dar prioridad a las medidas de apoyo a los jóvenes que se han visto muy perjudicados por la crisis de la COVID-19, que ha perturbado profundamente su participación en el mercado laboral, así como sus planes de educación y formación. Los jóvenes representan una fuente indispensable de dinamismo, talento y creatividad para Europa. Debemos asegurarnos de que se conviertan en la fuerza motriz de la recuperación ecológica y digital inclusiva para ayudar a construir la Europa del futuro, aprovechando también todas las posibilidades que ofrece Erasmus+ para impulsar la movilidad a través de Europa de todos los estudiantes y aprendices.

5º. Se subraya la importancia del diálogo social entre los interlocutores sociales a nivel de la Unión y su actuación conjunto. (Punto 13).

6º. Se destaca la importancia de hacer un estrecho seguimiento de los avances logrados, también al más alto nivel, en la aplicación del pilar europeo de derechos sociales y los objetivos principales de la UE para 2030. Para ello se establecen indicadores con los que medir los avances económicos, sociales y medioambientales, que complemente el PIB como medida de bienestar para un crecimiento inclusivo y sostenible. (Punto 12-13).

En la dimensión crítica, y por lo que aquí más interesa, llama poderosamente la atención, que en la Declaración de Oporto -resultante de la cumbre del Consejo Europeo- *no se haga referencia explícita al problema migratorio y a los derechos de las personas migrantes* tanto por razones económicas, como por motivos de persecución política, ideológica o cultural. Es de suponer que esto deberá superarse ya que la Unión Europea debe ser una Europa Social, pero no debe ser una "Europa Fortaleza" que establezca fronteras excluyentes irrazonable y que desatienda su deber de impulsar la cooperación al desarrollo humano y sostenible en los países subdesarrollados o sometidos a catástrofes naturaleza, guerras o situaciones de vulneración de los derechos humanos[108].

[108] Monereo Pérez, J.L.: "Derecho al desarrollo (Artículos 28 DUDH; 1 del PIDESC; Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho al desarrollo y Normas concordantes)", en Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.): El Sistema Universal de los Derechos Humanos, Granada, Comares, 2014, págs. 951-983, y bibliografía allí citada. Estas iniciativas en el ámbito específico de la Unión Europea se han venido llevando a cabo desde hace tiempo, pero bajo el predominio de las políticas de control y expulso de los inmigrantes irregulares. En las políticas de integración han gozado de una cierta tradición. Así, por ejemplo, la Comunicación de la Comisión, de 7 de junio de 2016, sobre "Plan de acción para la integración de los nacionales de terceros países" (COM (2016) 377 final). También el Dictamen del CESE sobre "Los costes de la no inmigración y la no integración", SOC/574, aprobado en el Pleno de 12 de diciembre de 2018. En la lógica integradora garantista, por ejemplo, la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (modificada en 2011 con la finalidad de extender su ámbito de aplicación también a los refugiados y a otros beneficiarios de protección internacional); la Directiva 2003/86/CE, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Es harto significativo hacer notar que la OIT enmarca el programa del Trabajo Decente desde un enfoque "holístico e integrado" que comprende, aparte del conjunto de los derechos laborales y de seguridad social, el derecho humano al desarrollo. Véase, paradigmáticamente, la Declaración de la OIT sobre la justicia social para una globalización equitativa, adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su nonagésima séptima reunión, Ginebra, 10 de junio de 2008, págs. 2.3 y 9 y sigs.
En el otro polo antónimo en términos de facilitación de las "expulsiones", por ejemplo, el Reglamento (UE) 2013/1052, de 22 de octubre, que crea el denominado Sistema Europeo de Vigilancia de Fronteras (Eurosur); el Reglamento (UE) 2018/1860, de 28 de noviembre, sobre la utilización del Sistema de Información de Schengen para

Ahora bien, es apreciable que en el polo opuesto a la lógica de la integración a través de los derechos y su materialización mediante acciones de los poderes públicos se encuentra, por un lado, la relativa inefectividad práctica de la normativa relativa tutelar, y por otro, el énfasis de la política europea de control de seguridad de los flujos migratorios, incluidas las migraciones forzadas de toda índole. El actual contexto crítico de migraciones forzosas (pero sin que ello alcance a nada parecido a una "invasión migratoria") exigiría que se abordase la problemática de las personas migrantes desde una perspectiva integral e integradora; es decir, atendiendo la tutela de los derechos humanos fundamentales de las personas migrantes, pero sin desconocer la necesidad de un control racionalizado de los flujos migratorios. En este sentido, el recurso actual a la práctica de externalización de la gestión migratoria es problemática en sí, y señaladamente cuando no parece satisfacer las debidas garantías de respecto a los derechos y libertades y la consideración debida a la dignidad de las personas que se ven obligadas a migrar forzosamente (sea por razones económicas, o sea por razones de persecución política, ideológica o cultural). Y es que estamos en una época de desprecio y menosprecio a esas masas[109] de miles de personas que piden protección por razones económicas, de persecución política e ideológica, por las guerras civiles (a las que a menudo nos son ajenas las intervenciones de las grandes potencias mundiales) y la crisis climática y otros desastres ecológicos y ambientales. Ante esta situación de vulneración de los derechos humanos es necesario reforzar en el Sistema de los Tratados y en la Políticas de la Unión y de los Estados miembros estrategias basadas en el enfoque y garantía de los derechos, sin perjuicio de desarrollar las medidas de políticas de control de fronteras, y evitando la arbitrariedad, como regla, en las fronteras nacionales dentro del espacio interior de la Unión Europea. Solo así se podrá superar el "velo de la ignorancia neoliberal" (que, por cierto, nada tiene que ver con la propuesta del liberalismo sociopolítico progresista de John Rawls, que concibe el "velo de la ignorancia" como modelador de razones apropiadas en la adopción de los principios de justicia)[110], que acaba creando un enigma respecto las motivaciones (discursos) de fondo de las políticas migratorias. En una democracia constitucional la respuesta a las migraciones de todo tipo debe ser coherente con el respeto de los derechos fundamentales de las personas migrantes y, en relación con ello, cumplir con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, incluido el Convenio de Ginebra de 1951[111] y en el Protocolo de Nueva York de 1966[112]. Simone Weil insistía en que hablar de derechos no es suficiente para hacer comunidad, pues hay que hablar también de los deberes hacia el ser humano; deberes que corresponden no sólo a los poderes públicos, sino también los poderes privados y a los propios individuos en relación con los otros[113].

---

el retorno de nacionales de terceros países en situación irregular; o el Reglamento (UE) 2019/592, de 10 de abril, que modifica el Reglamento (UE) 2018/1806, de 14 de noviembre, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación, en lo que respeta a la retirada del Reino Unido de la Unión

109 Véase Honneth, A.: La sociedad del menosprecio, trad. y estudio introductorio de B. Herzog y F. Fernández, Madrid, Trotta, 2011; y desde un punto de vista más amplio, Margalit, A.: La sociedad decente, Madrid, Paidós, 1997.

110 Véase Rawls, J.: Teoría de la justicia, México D.F., FCE, 1993; y para la confrontación discursiva con Jürgen Habermas, véase Habermas, J. y Rawls, J.: Debate sobre el liberalismo político, Introducción, "Una disputa de familia: El debate Rawls-Habermas", de Fernando Vallespín, Barcelona, Paidós, 2000.

111 CONVENCIÓN SOBRE EL ESTATUTO DE LOS REFUGIADOS Adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), del 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43 Serie Tratados de Naciones Unidas, Nº 2545, Vol. 189, p. 137

112 Protocolo sobre el Estado de los Refugiados aprobado el 16 de diciembre de 1966.
https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/protocol-relating-status-refugees
Instrumento de Adhesión de España a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.
https://www.boe.es/boe/dias/1978/10/21/pdfs/A24310-24328.pdf

113 Weil, S.: Raíces del Existir. Preludio de una declaración deberes hacia el ser humano, trad. M.E. Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil" (pp. IX y ss.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023, págs. 11 y sigs.

3. BIBLIOGRAFÍA

AGENCIA DE LA ONU PARA LOS REFUGIADOS: *La protección de los refugiados en el Derecho Internacional. Consultas globales de ACNUR (*Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados) *sobre protección internacional,* Feller, E., Nicholson, F. y Türk, V. (Eds.), Barcelona, Icaria, 2010

Álvarez González, S.: "El derecho de asilo", en VV.AA.: *Tratamiento Jurídico de la Inmigración,* Cabeza Pereiro, J. y Mendoza Navas, N. (Coords.), Albacete, Bomarzo, 2008.

Añon, M.J.: "Integración: una cuestión de derechos", en *Revista Arbor,* núm. 477 (2010).

Baumann, Z.: *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias,* Madrid, Paidós, 2005.

Brown, W.: *Estados amurallados, soberanía en declive,* Barcelona, Herder, 2015.

Arendt, H.: *La condición humana* (1958)*,* trad. R. Gil Novales, Introducción de M. Cruz, Barcelona, Paidós, 1993.

Bobbio, N.: *Contribución a la teoría del Derecho,* trad. y estudio preliminar, por A. Ruiz Miguel, Valencia, Fernando Torres Editor, 1980.

Bobbio, N.: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema,1991.

Cairós Barreto, D.M. (Dir.) *et altri*: *Las relaciones colectivas de trabajo en el nivel europeo e internacional. Organización, acción sindical y negociación colectiva,* Cizur Menor (Navarra), Thompson/Aranzadi, 2021.

Camas Roda, F.: *Trabajo decente e inmigrantes en España. Un estudio sobre los derechos laborales de los trabajadores migrantes y del objetivo internacional del trabajo decente*, Barcelona, Huygens, 2016

Cano Linares, M.A.: "Asilo y refugio en la Unión Europea: Agenda Europea de Migración 2015 y retos del Sistema Europeo de Asilo (SECA)", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 41 (2016), 209-234.

Castelli, N.: *Las migraciones internacionales. Una mirada crítica a la regulación internacional y europea desde la perspectiva laboral,* Albacete, Bomarzo, 2019.

Charro Baena, P.: "El retorno voluntario de extranjeros extracomunitarios: Configuración general y medidas adoptadas en el contexto de crisis económica", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* núm. 105 (2013).

Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías: la ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999.

Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia,* 2 vols., Madrid, Trotta, 2011.

Ferrajoli, L.: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal,* Madrid, Trotta, 18ª edición, 2018.

George, S.: "¿Globalización de los derechos?", en VV.AA.: *La globalización de los derechos humanos,* Gibney, M.J. (ed.), Barcelona, Crítica, 2004.

Gortázar Rotaeche, C.J.: *El derecho de asilo y "no rechazo" del refugiado,* Madrid, Dykinson-Universidad Pontificia de Comillas, 1997.

Jimenez Sánchez, C.: "Derecho de asilo", en VV. AA.: *La Europa de los derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012.

Kahale Carrillo, D.T.: *El derecho de asilo frente a la violencia de género,* Madrid, Ramón Areces, 2010.

De Lucas, J.: *Mediterráneo: El naufragio de Europa,* Valencia, Tirant lo Blach/Humanidades, 2ª ed., 2016.

_____: *Los fundamentos de la igualdad y del reconocimiento de la inmigración. Sobre las políticas de integración de la Unión Europea*, Bilbao, Eurobask, 2012.

_____: "La UE y el derecho a la vida de los otros", en *Página Abierta,* núm. 238 (2015).

Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías: la ley del más débil,* Madrid, Trotta, 1999.

Ferrajoli, L.: *Derechos y garantías. La Ley del más débil,* Madrid, Trotta, 2009.

Ferrajoli, L.: *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia,* 2 vols., Madrid, Trotta, 2011.

Kahale Carrillo, D. T.: *El nuevo sistema de derecho de asilo y de la protección subsidiaria,* Santiago de Compostela, Andavira Editora, 2017.

Mannheim, K.: *Ideología y utopía*, trad. Eloy Terrón, revisión, edición y estudio preliminar, "La sociología del conocimiento como sociología crítica: Karl Mannheim", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2024.

Mannheim, K.: *Ensayos de sociología de la cultura,* trad. Manuel Sales, revisión, edición y estudio preliminar, "Sociología política y sociología de la cultura en el pensamiento de Karl Mannheim", a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2024.

Margalit, A.: *La sociedad decente,* Madrid, Paidós, 1997.

Marín Ais, J.R.: "Condicionantes para el sistema europeo de asilo derivados de la jurisprudencia en materia de Derechos humanos de los tribunales de Estrasburgo y de Luxemburgo: El sistema de Dublín a prueba de bombas", en VV.AA.: *Asilados y refugiados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho,* Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L. (Dirs.), Granada, Comares, 2016.

Martín Arribas, J.J.: *Los Estados europeos frente al desafío de los refugiados y el derecho de asilo,* Madrid, Dykinson/Universidad de Burgos, 2000.

Martín y Pérez De Nanclares, J.: "Comentario al Artículo 18. Derecho de Asilo", en VV.AA.: *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, comentario artículo por artículo,* Mangas Martín, A. (Dir.), Madrid, Fundación BBVA, 2008.

_____: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea,* Madrid, Colex, 2002.

Miñarro Yanini, M.: *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración socio-laboral de los "refugiados",* Albacete, Bomarzo, 2018.

Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L.: "Las personas extranjeras inmigrantes y sus derechos sociales ante las transversales novedades jurídicas nacionales y comunitarias de 2011 y 2012. Sentido y alcance desde el constitucionalismo democrático-social", en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo,* núm. 157 (2013).

Monereo Pérez, J.L.: *La protección de los derechos fundamentales. El modelo europeo",* Albacete, Bomarzo, 2009.

_____: *Los fundamentos de la democracia. La teoría Político Jurídica de Hans Kelsen,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013.

Monereo Pérez, J.L.: *Espacio de lo político y orden internacional. La teoría políticas de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015.

_____: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", en Revista *de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 34 (2013), págs. 11-67.

_____: "Derechos de los extranjeros y crisis económica", en *Derecho del Trabajo, Constitución y crisis económica. Estudios en Homenaje al Profesor Fernando Valdés Dal-Ré,* Cizur Menor (Navarra), Aranzadi/Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo 15/2014, 2014.

_____: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: Inmigración laboral y refugiados", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 41 (2016), págs.235-289.

_____: "Derecho a la Seguridad Social", en VV. AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014.

_____: "La "criminalización" de los más débiles: El Estado penal y las políticas migratorias", en Monereo Pérez, J.L: *Espacio de lo político y soberanía internacional. La teoría política de Carl Schmitt,* Barcelona, Ediciones djosé e Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2015, págs. 551-631.

_____: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* núm. 41 (2016), páginas 235-289.

_____: "Transformaciones del trabajo y futuro del derecho de trabajo en la 'era de la flexibilidad'", en *Derecho de las Relaciones Laborales,* núm. 5, 2016, págs. 444 y sigs.

_____: "Refugiados y derechos humanos: el Estatuto de los refugiados y el asilo como derecho humano", *Revista española de derecho del trabajo,* Nº. 194, 2017, págs. 55-116. https://pjenlinea3.poder-judicial.go.cr/biblioteca/uploads/Archivos/Articulo/Refugiados%20y%20derechos%20humanos%20el%20estatuto%20de%20los%20refugiados%20y%20el%20asilo%20como%20derecho%20humano.pdf

_____: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo,* Albacete, Bomarzo, 2017.

_____: *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales,* Murcia, Laborum, 2019.

_____: "Políticas de inmigración y mercados de trabajo inclusivos", en Porras Ramírez, J.M. (Dir.): *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2021, págs. 179-258.

_____: *La sociología crítica de Karl Mannheim en una época de crisis,* Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2024.

Monereo Pérez, J.L. y González De Patto, R.: "La protección de la dependencia desde una perspectiva de género", en VV. AA: *Género y derechos fundamentales,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2010.

Monereo Pérez, J.L. y Ortega Lozano, P.G.: "La diligencia debida de las empresas y grupos de sociedades en materia de derechos humanos y medio ambiente: la Directiva (UE) 2024/1760, de 13 de junio", en *La Ley Unión Europea,* núm. 129, 2024.

Monereo Pérez, J.L., Triguero Martínez, L.Á. (Dirs.): *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho,* Granada, Comares, 2016.

Nieto Roales-Nieto, C.: *Los derechos fundamentales de los extranjeros en el Constitucionalismo Contemporáneo,* Madrid, Tesis Doctoral Inédita/Universidad Complutense de Madrid, 2015.

Naïr, S.: *La Europa mestiza,* Madrid, Círculo de Lectores/Galaxia Gutenberg, 2013.

Nussbaum, M.: *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión,* Barcelona, Paidós, 2007.

Ojeda Avilés, A.: "Expatriados: concepto, naturaleza jurídica y regulación", en *Trabajo y Derecho,* núm. 1 (2016).

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO (OIT): *Migración laboral internacional: Un enfoque basado en los derechos,* Ginebra, OIT, 2010 (Disponible en Internet).

Ramos Quintana, M.I.: "La política comunitaria en materia de inmigración: la progresiva consolidación de un modelo selectivo de migración laboral", en VV.AA.: *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea,* Ramos Quintana, M.I. (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2011.

Rojo Torrecilla, E. y Camas Roda, F.: "Las reformas en materia de extranjería en el ámbito laboral: consolidación del modelo con reformulación de políticas", en *Revista Temas Laborales,* núm. 104 (2010).

Rojo Torrecilla, E. «Inmigración y mercado de trabajo. La reforma de la normativa española en materia de extranjería». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo, Laborum*. nº 7 (2023): 41-66. https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/785/913

Salcedo Beltrán, C.: "Crisis de las personas refugiadas y de la COVID-19: dos firmes respuestas del Comité Europeo de Derechos Sociales", en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF, 453* (2020), págs. 155-170.

Salcedo Beltrán, C.: *La Carta Social Europea. Pilar de recuperación y sostenibilidad del modelo social europeo. Homenaje al Profesor José Vida Soria,* Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

Sanguineti Raymond, W., y Vivero Serrano, J.B. (Dirs.) *et altri: La dimensión laboral de la diligencia debida en materia de derechos humanos,* Cizur Menor (Navarra), Thomson/Aranzadi, 2023.

Sassen, S.: ¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización, Bellaterra, Barcelona, 2001.

Sassen, S.: *Inmigrantes y ciudadanos. De las migraciones masivas a la Europa fortaleza,* Madrid, Siglo XXI de España editores, 2013.

Todorov, T.: *Memoria del mal, tentación del bien. Indagación sobre el siglo XX,* Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2023.

Triguero Martínez, L.: *Los derechos fundamentales de los trabajadores inmigrantes,* Granada, Comares, 2012.

Vela Díaz, R.: *Empleo, trabajo y protección social de las mujeres extranjeras en España: un enfoque de género de la política migratoria,* Granada, Comares, 2014.

VV.AA.: *Inmigración y mercado de trabajo en la Era de la Globalización,* Rojo Torrecilla, E. (Coord.), Valladolid, Lex Nova, 2006.

VV.AA.: *Migraciones laborales. Acción de la OIT y política europea,* Margarita Isabel Ramos Quintana (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2010.

VV.AA.: *Los derechos de los extranjeros en España. Estudio de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L. Á. (Coord.), Madrid, La Ley, 2010.

VV.AA.: *La migración y el asilo en el Programa de Estocolmo. Una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* núm. 85 (2010).

VV.AA.: *Protección jurídico-social de los trabajadores extranjeros,* Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L. y Fernández Avilés, J.A. (Coord.), Granada, Comares, 2010.

VV.AA.: *Inmigración y crisis económica. Retos políticos y de ordenación jurídica,* Fernández Avilés, J.A. y Moreno Vida, M. N. (Coords.), Granada, Comares, 2011.

VV.AA.: *Comentarios a la Ley y al Reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L.A. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2013.

VV. AA.: *El Sistema Universal de los Derechos Humanos,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2014.

VV. AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea,* Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2012.

VV.AA.: *Asilados y refugiados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del Derecho,* Monereo Pérez, J.L. y Triguero Martínez, L. (Dirs. y Coords.), Granada, Comares, 2016.

Weil, S.: *Raíces del Existir. Preludio de una declaración deberes hacia el ser humano,* trad. M.E. Valentié, revisión, edición y estudio preliminar, "Filosofía social y del trabajo y crítica política en Simone Weil" (pp. IX y ss.), a cargo de J.L. Monereo Pérez, Granada, Comares (Colección Crítica del Derecho), 2023.