

HURI-AGE

Red Tiempo de los Derechos



Papeles el tiempo de los derechos

LA DISCRIMINACIÓN SISTÉMICA RESPECTO A LAS PERSONAS DE ORIGEN MIGRANTE EN ESPAÑA

Carlos Arce Jiménez

Departamento de Derecho Público y Económico
Universidad de Córdoba

Palabras clave: Ciudadanía, discriminación, migraciones, opinión pública, principio de igualdad

Número: 9 Año: 2020

ISSN: 1989-8797

Comité Evaluador de los Working Papers “El Tiempo de los Derechos”

María José Añón (Universidad de Valencia)
María del Carmen Barranco (Universidad Carlos III)
María José Bernuz (Universidad de Zaragoza)
Manuel Calvo García (Universidad de Zaragoza)
Rafael de Asís (Universidad Carlos III)
Eusebio Fernández (Universidad Carlos III)
Andrés García Inda (Universidad de Zaragoza)
Cristina García Pascual (Universidad de Valencia)
Isabel Garrido (Universidad de Alcalá)
María José González Ordovás (Universidad de Zaragoza)
Jesús Ignacio Martínez García (Universidad of Cantabria)
Antonio E Pérez Luño (Universidad de Sevilla)
Miguel Revenga (Universidad de Cádiz)
Maria Eugenia Rodríguez Palop (Universidad Carlos III)
Eduardo Ruiz Vieytez (Universidad de Deusto)
Jaume Saura (Instituto de Derechos Humanos de Cataluña)

La discriminación sistémica respecto a las personas de origen migrante en España

Carlos Arce Jiménez
Departamento de Derecho Público y Económico
Universidad de Córdoba

1.- Contexto general

El concepto de discriminación y las iniciativas “antidiscriminatorias” de distinto perfil han tenido un gran protagonismo en los últimos tiempos. La literatura científica, la jurisprudencia nacional e internacional y la política legislativa española y europea han producido un ingente material teórico, jurisprudencial y normativo sobre esta materia.

Desde una perspectiva general, se podría afirmar que en toda discriminación subyace un estereotipo negativo o prejuicio vinculado a un colectivo, que se asigna automáticamente a una persona por el único hecho de pertenecer a ese grupo (Rey 2017: 136). El prejuicio se traduce en una predisposición a actuar de una forma específica hacia un grupo social, que en la mayoría de las ocasiones es negativa. Los elementos que construyen la discriminación hunden sus raíces en creencias y sentimientos incorporados desde la infancia, aunque evidentemente la trayectoria vital los puede transformar o incluso hacer arraigar prejuicios en personas que inicialmente no los tenían (Dupont 2015: 247). Otra de las características materiales del concepto de discriminación es que la mayoría de los rasgos que sostienen los citados estereotipos no son elegidos, siendo muy difícil sustraerse de ellos mediante la intervención de la voluntad personal: género, etnia, orientación/identidad sexual, edad, discapacidad...

A lo anterior se une que es común la pertenencia simultánea a varios de los grupos que sufren situaciones discriminatorias, lo que exacerba exponencialmente sus repercusiones perniciosas para la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas afectadas. En este sentido se habla de discriminación múltiple (Rey 2008) o interseccional (Barrère y Morondo 2011).

Los nuevos retos derivados de la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas han determinado que doctrina y jurisprudencia (todavía con un impacto menor en el Derecho positivo) alumbren nuevas categorías de discriminación. Se habla de discriminación indirecta o de “impacto”¹ cuando una norma o práctica en teoría neutras producen una situación de desventaja a un grupo concreto con unas características estereotipadas específicas, salvo que concurra una finalidad legítima y los medios utilizados sean adecuados y proporcionales. Nos encontraríamos ante una discriminación por indiferenciación cuando se lleva a cabo un trato jurídico igual a dos supuestos de hecho materialmente diferentes² (Seco 2017: 133 y ss).

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) ha elaborado una definición jurídica de discriminación: toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en un motivo prohibido y que tenga por objeto o por resultado anular

¹ Concepto creado por el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos (Sentencia *Griggs vs Duke Power Company*, de 8 de marzo de 1971).

² Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Thlimmenos vs Grecia*, 06/04/2001.

o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural, civil u otra³ (Dupont 2015: 245). De esta definición se deriva una correlativa prohibición específica de la discriminación, que se plasma en lo citados convenios del DIDH, en tres directivas clave del Derecho UE⁴ o, en el caso español, en normas como la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres⁵. Por supuesto, también están los preceptos de las grandes declaraciones de derechos de carácter universal (art. 7 DUDH, art. 26 PIDCP), regional (art. 14 CEDH y arts. 20-21 CDFUE) y de los propios textos constitucionales (art.14 CE, pej) que proclaman la igualdad formal ante la ley y la prohibición de discriminación por razones de género, etnia/raza, orientación/identidad sexual, edad, discapacidad, religión/convicciones, origen o *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*. Volveremos sobre este particular en el siguiente apartado.

Partiendo de estas breves consideraciones generales, en el presente artículo queremos poner de relieve que las personas de origen migrante sufren con un especial rigor las consecuencias de la discriminación, ya que por una parte son frecuentemente blanco de la citada discriminación múltiple (por motivos étnicos, religiosos, de género, situación socioeconómica...), y por otra en gran medida están excluidas del acceso a la ciudadanía plena. Nos detendremos en el segundo aspecto en esta contextualización inicial, ya que a nuestro juicio en el mismo reside el fundamento último que hace a las personas migrantes víctimas “preferentes” de las situaciones discriminatorias.

La exclusión de los extranjeros del núcleo esencial de la ciudadanía proviene de los pilares esenciales en los que hunde sus raíces la construcción histórica del propio concepto: identidad nacional, soberanía y control estatal. Una condición necesaria para esos pilares sería la homogeneidad del “pueblo” mediante la unidad lingüística, étnica, racial, religiosa, artística, social y política, impuesta en no pocas ocasiones de forma violenta⁶ (Lube 2014: 44 y ss). Una especial relevancia adquirió la concatenada identificación entre pueblo-raza-nacionalidad-ciudadanía, que reafirma la “otredad” de la persona extranjera que no comparte la nacionalidad y la etnia mayoritaria de la nación, y por ende su exclusión del pueblo y de su manifestación político-jurídica, la ciudadanía.

Al igual que hemos definido a elementos básicos de los procesos de construcción nacional como ahistóricos, el concepto de raza es totalmente acientífico. Pero aunque podamos afirmar con certeza la ausencia de evidencias científicas sobre la

³Ver la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

⁴La 2000/43 sobre igualdad de trato por origen racial o étnico, la 2000/78 en relación con la igualdad de trato en el empleo y la 2006/54 sobre igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en asuntos de empleo y ocupación

⁵Llama la atención que desde el año 2011 se ha tratado de aprobar una ley de igualdad de trato y no discriminación, pero los proyectos legislativos sobre la materia han acabado descarrilando en la tramitación parlamentaria. Igualmente llamativo es que se utilizara una ley de “acompañamiento de presupuestos generales” (Ley 62/2003) para trasponer al ordenamiento jurídico español las señaladas directivas 2000/43 y 2000/78. Este tipo de normas suelen ser una miscelánea de preceptos de los asuntos más variopintos e inconexos, cuyo único vínculo es la necesidad de ser aprobados antes del final del año de que se trate. Esta circunstancia es ilustrativa de la falta de prioridad política en la regulación de estas materias.

⁶Excede el objeto de estas líneas entrar a valorar en profundidad el hecho de que la mayoría del sustrato legitimador de la unidad, identidad y homogeneidad nacional transita en el terreno de la “mitología ahistórica” (Ver Arce 2009: 19 y ss y Arce 2012: 25 y ss). En este sentido, Anderson definió a las naciones directamente como “comunidades imaginadas” (Anderson, 2006)

existencia de “razas humanas”, o en el caso de que existiesen, que haya una relación jerárquica de superioridad-inferioridad entre las mismas, es igualmente innegable la presencia de las discriminaciones raciales motivadas por la extendida creencia social de que hay razas y de que unas son subalternas respecto a otras (Rey 2017: 158). Ya hemos señalado que unas de los aspectos clave de las situaciones discriminatorias es el carácter no voluntario de los rasgos sobre los que se asientan, como en el caso de los étnico-raciales. Por supuesto, una persona puede autoidentificarse con un grupo racial, pero en el caso de aquellos colectivos étnicos considerados socialmente como subalternos la asignación a los mismos suele ser impuesta y arbitraria (Zanetti 2015: 55).

Consideramos que el concepto de frontera y su tratamiento político-jurídico es un factor determinante en la exclusión de las personas extranjeras de la ciudadanía plena y en la discriminación estructural que padecen. Aunque en la era de la globalización la frontera puede jugar en algunos aspectos un papel más simbólico que material (Wihtol de Wenden, 2000: 17-18), sigue separando al “yo” (nacionales) del “otro” (extranjeros). La frontera crea la categoría de persona extranjera-migrante, que acaba de ser configurada por la normativa en materia de extranjería-migratoria del Estado nación de que se trate⁷ (Solanes 2016: 152), generando un sistema jerárquico de ciudadanía. Dicho sistema establece verdaderas “castas ciudadanas”, donde la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales queda vinculado al estatus político-jurídico que se ostente, dependiendo de la nacionalidad (en el caso de España, española, de países UE y de terceros países), condición migratoria (personas refugiadas o “migrantes económicas”) o situación administrativa (regular o irregular) (Arce 2009: 27 y ss).

Por lo expuesto, se puede afirmar que las personas extranjeras en España (esencialmente las nacionales de países no UE) sufren una discriminación sistémica que parte de su condición de “no ciudadanas” o de “ciudadanas subalternas” y de las citadas discriminaciones múltiples. A lo largo de estas líneas nos detendremos en las consecuencias sociales, políticas y jurídicas de un contexto hostil para la dignidad y derechos fundamentales de este colectivo.

Para concluir este apartado introductorio, debemos destacar que no se debe analizar la materia que nos ocupa como una situación “estanca” que solo afecta a un sector social determinado. El preámbulo de la Constitución española de 1978 establece como su primer objetivo el *garantizar la convivencia democrática*. No puede existir una convivencia sin una integración efectiva de todos los miembros reales de la comunidad sociopolítica. Como hemos planteado en otras ocasiones, las situaciones de exclusión mantenidas en el tiempo siempre acaban erosionando la armonía y la paz social (Arce 2012: 36). Por otra parte, solo podremos hablar de un sistema democrático avanzado si sus beneficios y oportunidades se proyectan sobre la totalidad de la sociedad. Por lo tanto, que las personas de origen migrante padezcan unas condiciones de discriminación estructural cuestiona la calidad de nuestra democracia, que para algunos merece por ello el adjetivo de excluyente (Lube 2014: 46).

2.- Principio de igualdad y discriminación

Cuando analizamos político-jurídicamente el concepto de discriminación, es imprescindible detenernos en el principio de igualdad, ya que la discriminación no es otra cosa que el paraguas conceptual donde se incardinan las principales formas de vulneración del principio.

⁷Aunque no se puede olvidar que ese papel de la frontera tiene diferente incidencia dependiendo del tipo de migrante al que nos refiramos, según sea su origen nacional, estatus socioeconómico, motivaciones que alientan su periplo migratorio...

Es pertinente plantear inicialmente que existe una idea de igualdad “extrajurídica”, que sería aquella que socialmente se considera como adecuada para garantizar una equidad real a todos los miembros de la comunidad, y que sirve de parámetro de validación social de la plasmación jurídica del principio en el Derecho positivo. Ya desde una perspectiva estrictamente jurídica, el principio de igualdad tiene una doble dimensión: formal (recogida en el art. 14 de nuestro texto constitucional) y material (art. 9.2 CE). La formal es la expresión de la igualdad más desarrollada en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, identificada como igualdad ante la ley (Seco 2017: 63-64). Sin embargo, coincidimos con Rey en la idea de que en el contexto del Estado social proclamado por el art. 1.1 CE la igualdad material está inescindiblemente vinculada con la formal, no pudiendo presentarse como dos realidades jurídicas desconectadas o establecer una relación de superioridad de la segunda respecto de la primera (Rey 2017: 133). La igualdad ante la ley no puede proyectar todos sus efectos si le da la espalda a las condiciones de vida reales del contexto social donde debe desarrollarse (Seco 2017: 65). Por ello, aunque la discriminación podría entenderse que vulnera más directamente la igualdad formal, de la misma manera incide en la material.

El art 14 CE proclama la igualdad ante de la ley (formal), y enumera cinco características personales que nunca deben conllevar un trato desigual: el nacimiento, la raza, el sexo, la religión y la opinión⁸. Sin embargo, no constituye un listado cerrado, ya que el propio precepto constitucional deja una cláusula abierta con la fórmula *otra condición o circunstancia personal o social*, y la jurisprudencia constitucional ha ido identificando otras situaciones que pueden incardinarse en la misma (edad, orientación/identidad sexual, circunstancias familiares o enfermedad/discapacidad (Rey 2017: 135 y ss). Eso sí, es preciso recordar que no todo tratamiento jurídico desigual debe considerarse directamente contrario al art. 14 CE. En este sentido, tanto la jurisprudencia del TEDH⁹, como la jurisprudencia constitucional española¹⁰, establecen los requisitos para considerar como aceptable un tratamiento desigual: justificación objetiva, finalidad legítima, proporcionalidad y adecuación del medio al fin (Arce 2018: 252-253).

La igualdad material está reconocida en el art. 9.2 CE, donde se mandata a los poderes públicos una actitud proactiva para la consecución de una igualdad efectiva. Para alcanzar este objetivo, desde una perspectiva jurídica estaría legitimado un tratamiento legal diferenciado que beneficie a determinados colectivos sociales que sufren situaciones de discriminación (la conocida como discriminación positiva). El TC explicita que el art. 9.2 CE *puede actuar como un principio matizador de la igualdad formal consagrada en el art. 14 de la Constitución* (STC 8/1985, FJ. 9) Sin embargo, la jurisprudencia constitucional establece límites al alcance de la igualdad material, ya que *... en defecto de dicha regulación* (que establezca una discriminación positiva), *no cabe pretender un trato desigual, bajo la invocación del art. 14 CE* (STC 69/2007, FJ. 4) (Cobrerros 2007: 100).

El concepto de discriminación positiva también ha sido tratado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia UE. Se ha establecido una serie de requisitos que deben cumplir las medidas de este perfil: deben ser establecidas por ley, transitorias,

⁸Se incluyen estos rasgos en concreto porque constituyen...*diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no solo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE...* (STC 128/1987, FJ 5).

⁹ Por todas STEDH caso Koua Poirrez vs Francia, de 30 de septiembre de 2003.

¹⁰Entre otras SSTC 200/2001, 88/2005 y 84/2008.

excepcionales y proporcionales. Es especialmente prudente respecto a las reglas de preferencia automáticas¹¹.

Ya hicimos referencia a los conceptos de discriminación indirecta y por indiferenciación más arriba. La jurisprudencia constitucional española ha consolidado su opinión favorable respecto a la primera¹², aunque considera que no puede valorarse como inconstitucional por vulneración del principio de igualdad el no haber establecido en una norma un tratamiento diferenciado para un colectivo concreto¹³ (Cobrerros 2007: 72 y ss).

Concluiremos aludiendo brevemente a la discriminación étnico/racial como forma específica de vulneración del principio de igualdad que afecta singularmente a las personas de origen migrante. Existe una consolidada estructura normativa internacional y española que trata de facilitar herramientas político-jurídicas eficaces en la lucha contra este tipo de discriminación¹⁴. A un nivel universal, el instrumento clave es la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965). En el ámbito UE destacan las citadas Directivas 2000/43 CE y 2000/78/CE, así como la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

Las directivas UE en materia de discriminación étnico-racial ponen especial énfasis en los aspectos sociolaborales y en la compatibilidad con la igualdad formal de las acciones positivas de carácter compensatorio a favor de los colectivos sociales históricamente discriminados, como las minorías étnicas¹⁵ (Dupont 2015: 257 y ss). Además establecen algunas nuevas herramientas jurídicas antidiscriminatorias como la legitimación procesal de entidades de la sociedad civil, la inversión de la carga de la prueba (salvo en los procedimientos penales) e instituciones públicas independientes de asistencia a las víctimas de discriminación étnico-racial y que lleven a cabo labores de investigación y asesoría en esta materia.

En el ordenamiento español, la señalada Ley 62/2003 es la referencia en la materia hasta el día de hoy a falta de una ley específica, que operó una serie de modificaciones en otras normas, principalmente de carácter sociolaboral (el propio Estatuto de los Trabajadores entre ellas). En cumplimiento del marco establecido por las directivas UE, crea el Consejo para la eliminación de la discriminación racial y étnica (antiguo Consejo para la Promoción de la Igualdad de Trato y no Discriminación de las Personas por el Origen Racial o Étnico, regulado por el RD 1262/2007 y encuadrado en el Ministerio de Presidencia e Igualdad), establece la inversión de la carga de la prueba y la legitimación procesal de las *personas jurídicas que estén legalmente habilitadas para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos*. Desde una perspectiva sectorial, cabe destacar la Ley 19/2007, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

En materia penal, el Código Penal (LO 10/1995) contempla en su art. 22.4 un agravante cuando el delito se cometa por motivos discriminatorios (entre ellos étnico-raciales). El art. 314 prevé una infracción penal por discriminación en el ámbito laboral. En los arts. 510 y ss se regulan de forma específica los delitos con “fundamento

¹¹Sentencia TJUE de 17 de octubre de 1995, caso Kalanke y Sentencia TJUE de 11 de noviembre de 1997, caso Marschall (Rey 2017: 144-145)

¹²Ver SSTC 154/2006 y 3/2007. Previamente tuvo su plasmación positiva en el art. 28.1 c) Ley 62/2003.

¹³STC 86/1985, a pesar del citado posicionamiento favorable del TEDH (caso Thlimmenos vs Grecia, 06/04/2001).

¹⁴No hacemos referencia a los preceptos que reconocen la igualdad formal “genérica”, los ya relacionados art. 7 DUDH, art. 26 PIDCP, art. 14 CEDH, arts. 20-21 CDFUE o art. 14 CE.

¹⁵Ver art. 5 Directiva 2000/43 y art. 7 Directiva 2000/78.

discriminatorio”, también conocidos como delitos de odio: el fomento/promoción/incitación del odio/violencia por motivos discriminatorios, entre ellos étnicos- raciales (art. 510), denegación de prestación de servicios por las mismas razones por parte cargo público (art. 511) o profesional privado (art. 512) y las organizaciones que fomenten/promocionen/inciten el odio/violencia contra determinados grupos, como las minorías étnicas (art. 515.4 CP).

Por último, destacar la escasa jurisprudencia constitucional existente respecto a la discriminación racial. La STC 13/2001 no apreció que concurriera la misma en un supuesto caso de identificación policial por perfil étnico que afectó a una mujer negra, desestimando el recurso de amparo interpuesto por la perjudicada. Sobre el mismo asunto se pronunció a posteriori el Comité de Derechos Humanos ONU, que en su comunicación 1493/2006 (27/07/2009) considera que las identificaciones policiales basadas exclusivamente en rasgos étnicos vulneran el principio de igualdad formal reconocido por el art.26 PIDCP.

Tampoco la STC 69/2007 apreció discriminación racial en la denegación de una pensión de viudedad a una mujer gitana que había contraído matrimonio por el rito tradicional de su etnia, y no por el legalmente establecido por el ordenamiento español en ese momento. La resolución del TC español fue recurrida ante el TEDH, que por el contrario sí que apreció una vulneración del principio de igualdad (art. 14 CEDH) en su sentencia de 08/12/2009, asunto María Luisa Muñoz vs España. El TEDH volvió a condenar a España en un caso vinculado con esta materia, en concreto por unos malos tratos policiales a una mujer de origen africano con motivaciones racistas (sentencia de 24/07/2012, caso Beauty Solomon vs España (Rey 2017: 158 y ss).

Lo expuesto en este apartado es representativo de la escasa prioridad político-jurídica que el Estado español ha dado a la lucha contra la discriminación en general, y contra la étnico-racial en particular. Desde el a todas luces insuficiente marco normativo a la escuálida jurisprudencia son claros síntomas de que existe en España un terreno abonado para la “discriminación sistémica” de las minorías étnicas, y con ellas para las personas de origen migrante.

3.- Discriminación sistémica de las personas migrantes en España

Tal como adelantamos al principio de estas líneas, y hemos tratado en profundidad en otras ocasiones (Arce 2012, 143 y ss), la piedra angular de la discriminación sistémica que padecen las personas migrantes en España reside en su exclusión de la ciudadanía plena. La exclusión deriva del nexo que persiste entre nacionalidad y ciudadanía, que impide a las personas extranjeras acceder en toda su amplitud a la titularidad y ejercicio de derechos fundamentales vinculados al concepto.

El hecho de que las personas migrantes tengan reconocido un nivel inferior de ciudadanía, y por ende de derechos, es doctrina asentada tanto a nivel internacional, como nacional. Nos parece muy revelador que el propio Alto Comisionado ONU para los Derechos Humanos denomine como “no ciudadanos” a las personas extranjeras en un documento donde establece una tabla de derechos que en todo caso le deben ser respetados, por supuesto que inferior a la que corresponde a los “ciudadanos” (personas que residen en el Estado que son nacionales) (OACNUDH 2006).

En el ámbito de la UE se incide en la misma línea, ya que estratifica los derechos de las personas migrantes dependiendo de su estatus migratorio. Se oscila entre aquellas que están en situación irregular (respecto a las cuales la prioridad es su expulsión, tal como establece la directiva 2018/115/CE, conocida como “directiva retorno”) y las que son residentes de larga duración o beneficiarias de protección de internacional (se les

equipara a las ciudadanas europeas en algunos aspectos sociolaborales o educativos, y limita los casos donde pueden ser objeto de expulsión¹⁶).

En España se parte de la “configuración legal” de los derechos fundamentales de las personas extranjeras que establece el art. 13.1 CE. Aunque dicha circunstancia no debería representar un mandato restrictivo, algo ratificado por el art. 3.1 LO 4/2000, que determina un criterio interpretativo general de equiparación entre españoles y extranjeros, el desarrollo normativo ha marcado una clara estratificación en esta materia¹⁷. La propia jurisprudencia constitucional tuvo que limitar la tendencia a la restricción de derechos de personas extranjeras, elaborando un listado de derechos fundamentales especialmente vinculados a la dignidad humana que deben ser reconocidos a todas las personas que se encuentren en España, independientemente de su nacionalidad o condición migratoria¹⁸. A pesar de ello, son múltiples los aspectos donde se plasma la ciudadanía subalterna de las personas extranjeras en España respecto a los nacionales españoles: participación política, libertad, libertad de circulación y fijación de domicilio, derecho al trabajo, derecho a la vivienda... (Arce 2012, 163 y ss).

Este marco se ve agravado por el estricto sistema de acceso a la nacionalidad española, que exige uno de los plazos de residencia más extensos de nuestro entorno (10 años como término general). A ello se une que a partir de la Ley 29/2015 (disp. final 7ª) las personas que aspiren a obtener la nacionalidad deben superar sendas pruebas de nivel de lengua castellana y de *conocimiento de la Constitución española y de la realidad social y cultural española* y un dilatadísimo procedimiento burocrático¹⁹.

De Lucas resume muy acertadamente este contexto al afirmar que las personas migrantes quedan excluidas en el país de acogida del “contrato de ciudadanía”, reservándose un “contrato de extranjería” derivado de su teórica menor vinculación al mismo, que conlleva un nivel de derechos inferior y fuertemente condicionado por su situación administrativa (De Lucas, 2001: 65).

De una forma muy acusada se percibe la “exclusión ciudadana” que sufren las personas de origen migrante en los derechos sociales. A nuestro juicio esta realidad está conectada con la consideración de la dimensión social de la ciudadanía como una suerte de “cara B” de la misma. Los derechos sociales, *a diferencia de los derechos civiles y políticos...*, (serían) *vagos e indeterminados...*, y *no serían susceptibles de ciertas formas de tutela, por ejemplo, ante los Tribunales* (Pisarello 2006: 59). Sin embargo, referentes de la doctrina como Ferrajoli (Ferrajoli 1999) o la jurisprudencia del TEDH²⁰ han rechazado esta “degradación” de los derechos sociales.

En línea de lo anterior, el TEDH ha rechazado que la nacionalidad sea una condición que por sí sola pueda justificar el trato desigual entre personas extranjeras y nacionales del país de que se trate²¹. Sin embargo, el Tribunal de Estrasburgo no realiza la misma prevención respecto al estatus migratorio, ya que considera que no vulnera al

¹⁶Directiva 2003/109/CE sobre residentes de larga duración y la Directiva 2011/51 UE que extiende la aplicación de la anterior a los beneficiarios de protección internacional.

¹⁷Un sistema piramidal en cuya cúspide estarían los nacionales españoles, en un segundo escalón los ciudadanos europeos, posteriormente las personas de terceros países en situación regular (con diferentes estatus intermedios) y por último aquellas que se encuentran en situación irregular.

¹⁸SSTC 107/1984, 99/1985, 144/1990, 137/2000, 95/2003 y 236/2007.

¹⁹Atasco administrativo que persiste a pesar de los intentos de agilizar el procedimiento que tuvieron lugar a partir de la indicada Ley 19/2015 y el RD 1004/2015.

<http://www.rtve.es/noticias/20190413/dificultades-burocraticas-dejan-mas-360000-personas-esperar-conseguir-nacionalidad-espanola/1922383.shtml>

²⁰STEDH de 9 de octubre de 1979, caso Airey vs Irlanda.

²¹SSTEDH 16/09/1996, caso Gaygusuz vs Austria - 30/09/2003, caso Koua Poirriez vs Francia - 31/03/2009, caso Weller vs Hungría - 08/04/2014, caso Dhahbi vs Italia.

principio de igualdad del art. 14 CEDH el hecho de hacer depender el acceso a determinados derechos sociales de la situación administrativa de las personas extranjeras. Los Estados tendrían un amplio margen a la hora de fundamentar ese trato desigual, pudiendo alegar incluso la situación económica nacional y la contribución o no a los fondos públicos del país de acogida²².

Estos diferentes posicionamientos del TEDH pueden tener una incidencia material no menor, ya que en el contexto europeo a la hora de determinar el acceso a los derechos sociales de las personas extranjeras se incide mucho más en la condición migratoria que en la nacionalidad. Finalmente son las personas migrantes más vulnerables, las que están en situación irregular, a las que se les veta con mayor rigor los recursos del Estado social. Lo anterior ahonda en su exclusión, cuando paradójicamente deberían ser un colectivo prioritario para el sistema de protección social por sus circunstancias materiales.

Por último, el TEDH²³ establece una distinción entre “migrantes económicos” y personas refugiadas a la hora de valorar la capacidad de los Estados de restringir la titularidad y ejercicio de derechos sociales en el sentido descrito. Respecto a los primeros habría un margen más amplio, debido a que se considera que en la movilidad geográfica que llevan en cabo la voluntariedad tiene un mayor protagonismo, mientras que en el caso de los refugiados las causas de ésta son de carácter involuntario y/o forzado (Caicedo 2018: 234 y ss). Además de que sea bastante discutible que esa distinción supere el “juicio de racionalidad” para un trato desigual desde la perspectiva jurídico-formal, nos encontramos en este caso que la situación fáctica esgrimida como fundamento tampoco se corresponde con la realidad de las migraciones contemporáneas. Tal como destaca la OIM, los actuales flujos migratorios son “mixtos”, ya que en ellos se mezclan personas que corresponden a los tradicionales perfiles de refugiadas y migrantes económicas, y al mismo tiempo en cada proyecto migratorio individual se entrecruzan motivaciones propias de ambos perfiles (OIM 2009). De esta manera, esa diferenciación basada en la voluntariedad de un tipo de migraciones y el carácter forzado del otro dista de ser tan clara en la actualidad como podría inferirse de la jurisprudencia del TEDH.

El Estado español no es una excepción en esta materia, y el estatus migratorio es un elemento clave para el acceso a los principales recursos del Estado del bienestar. Con un simple repaso a la LO 4/2000, vemos que su art. 12 se limita a reenviar a la normativa sectorial en lo concerniente a la asistencia sanitaria²⁴, el art. 13 reserva a los residentes legales las ayudas públicas en materia de vivienda e incluso exige residencia de larga duración para hacerlo en pie de igualdad con los españoles o el art. 14 requiere la residencia legal para disfrutar de los beneficios de la Seguridad Social y de los servicios sociales (para las personas sin documentación tan solo prevé *servicios y prestaciones sociales básicas*).

El segundo pilar sobre el que se asienta la discriminación estructural de las personas de origen migrante es la xenofobia y el racismo, que en el caso de España se mimetizan con gran intensidad, ya que la diversidad étnica en nuestro país procede en su mayor parte de los flujos migratorios que han llegado en las últimas dos décadas (con la excepción de la comunidad gitana española).

²²SSTEDH 08/07/2003, caso Senteges vs Países Bajos - 18/02/2009, caso Andrejeva vs Letonia - 10/03/2009 caso Anakomba Yula vs Bélgica / 31/06/2011, caso Ponomaryovic c. Bulgaria

²³STEDH de 27 de septiembre de 2011, caso Bah vs Reino Unido.

²⁴ P.ej., el RDL 16/2012 suprimió la atención sanitaria para personas en situación irregular, a excepción de menores de edad, mujeres embarazadas y emergencias médicas.

Tal como analizaremos con más detenimiento en el siguiente apartado, la discriminación étnico-racial no es una realidad anecdótica en la sociedad española, aunque no existe una conciencia social y política de su verdadera dimensión. Esta discriminación se manifestaría con formas más sutiles, que han sido denominadas como “neoracismo” o “racismo líquido” (Rey 2017: 158). En este sentido, podríamos hablar por una parte de un “racismo de entrada” que afirmaría abiertamente la estratificación jerárquica de las razas, a pesar del carácter acientífico del propio concepto, que necesitaría imponerse con unos medios más directos y contundentes. Por otra estaría el “racismo de salida”, que utilizaría una estrategia totalmente diferente: niega la existencia de una discriminación étnico-racial de orígenes históricos (o si la reconoce, la da por totalmente superada), y por ello se opone a las políticas antidiscriminatorias por innecesarias y generadoras de privilegios injustificados (Zanetti 2015:57).

Es necesario destacar el papel básico que llevan a cabo las instituciones mediáticas, educativas, culturales y políticas en la transmisión y afianzamiento de los estereotipos y prejuicios sobre los que se construyen el racismo, y que alimenta la discriminación estructural en esta materia. Esa “estructuralidad” se manifiesta, entre otras dimensiones, en la dificultad de acceso o la directa exclusión de las minorías étnicas de a los mercados laboral, inmobiliario, financiero...

En lo estrictamente normativo e institucional, a nuestro juicio la “ciudadanía subalterna” asignada a las personas de origen migrante basada en el “contrato de extranjería” también está en la base de la discriminación por motivos raciales en España, por la directa vinculación entre migraciones y diversidad étnica. Esta circunstancia se plasma por una parte en el veto de acceso a determinados derechos de las personas extranjeras/migrantes que en gran medida representan a las minorías étnicas en el Estado español. Pero también algunas prácticas administrativas, en muchas ocasiones incompatibles con el respeto más básico del principio de igualdad, tienen una gran incidencia en este ámbito. Entre ellas destacan las identificaciones policiales por perfil étnico, a las que nos referiremos en las siguientes líneas (Dupont 2015: 247 y ss).

El propio legislador español es consciente de la conexión directa entre la condición de extranjero/migrantes y la discriminación étnico-racial. El art. 23.1 LO 4/2000 califica como discriminatorio

*todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia **contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico**, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural.*

En su apartado 2º, se especifican los actos que se consideran en todo caso como discriminatorios. A los efectos que nos interesan, llama la atención el inciso 3º de dicho apartado, donde para los derechos reconocidos en la norma (haciendo especial hincapié en los sociales) son discriminatorias las acciones:

*... que impongan **ilegítimamente** condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso ... **al extranjero que se encuentre regularmente en España**, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, **etnia** o nacionalidad.*

Siguiendo la jurisprudencia constitucional y del TEDH, deja a salvo la posibilidad de un trato desigual para las personas extranjeras “legítimo” e identifica un motivo específico para el mismo: la irregularidad administrativa. Ya hemos indicado que respecto algunos derechos, como el de acceso a la vivienda, se exigirá incluso algún requisito extra para obtener un trato igualitario con los nacionales españoles, como es la residencia de larga duración (art.13 LO 4/2000).

En un plano más estrictamente político, además de la actividad que puedan tener las defensorías del pueblo estatal y autonómicas en esta materia o el citado Consejo para la eliminación de la discriminación racial y étnica, ya hemos indicado la escasa prioridad que ha tenido la lucha contra este tipo de discriminación. Se puede destacar la *Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*, aprobada en Consejo de Ministros en el año 2011, cuya incidencia, más allá del impulso de determinados estudios e informes, ha sido muy relativa.

En la lucha contra la discriminación estructural general, y la étnico-racial en particular, existen diferentes estrategias: la disuasión de los comportamientos discriminatorios, la compensación de sus efectos y la prevención de los mismos mediante la educación (Dupont 2015: 252 y ss).

La disuasión se vale de medios coercitivos, especialmente por la vía penal. La represión de los comportamientos que fomentan el odio pronto se empezó a impulsar en el ámbito universal (ver art. 20.2 PIDCP y art. 4 CIETFD), y en el de la UE se concreta en la vía penal, configurando el tipo del delito de odio (Decisión marco 2008/913/JAI). En el ámbito español se plasman singularmente en los ya citados arts. 510 y ss CP.

Esta tipificación penal del odio tuvo desde el inicio entre los aspectos prioritarios la discriminación étnico-racial. Poner el principal acento en la vía de la represión penal a la hora de luchar contra la discriminación étnico-racial presenta serias carencias. Por una parte, el exceso de celo penal acaba generando fricciones y “daños colaterales” respecto a otros derechos fundamentales, como la libertad de expresión. Por otra, el carácter de última ratio del Derecho Penal, que obliga a un uso restrictivo del mismo, determina la evidente insuficiencia del mismo ante la dimensión estructural de esta discriminación.

En la estrategia de compensación, el protagonismo esencial lo tienen las conocidas como “acciones positivas”, con las se les brinda un tratamiento favorable a los colectivos históricamente discriminados que les permita superar las dificultades de acceso al empleo, la vivienda, la educación o la participación política, entre otros.

En un principio estas medidas tienen un mayor potencial transformador que las represivas, ya que poseen una proyección colectiva subjetiva y procedimental, a diferencia de las segundas que deben imponerse caso a caso vía judicial. Sin embargo, también tienen limitaciones no menores. Ya destacamos más arriba que la jurisprudencia del TJUE exige reserva de ley, excepcionalidad, transitoriedad y proporcionalidad, además de ser especialmente refractaria a las “preferencias automáticas”. Además, las bases de la discriminación están enraizadas de forma tan profunda en la sociedad que las medidas político-jurídicas no son suficientes por sí solas para su erradicación. Por último, dentro de los propios colectivos que sufren discriminación hay diferentes niveles de empoderamiento y organización, por lo que acaba siendo más factible la puesta en marcha de acciones positivas que favorezcan a los colectivos más empoderados y por ende con mayor capacidad de incidencia política.

En el caso de España, en el campo de las acciones positivas destacan las dirigidas a las personas con discapacidad y las referentes a la igualdad de género. Respecto a las primeras, el RDL 1/2013 establece medidas en materia sanitaria, educativa, laborales, de protección social...; como ejemplo específico acción positiva está la reserva de puestos de trabajo en empresas públicas y privadas (al menos del 2% en aquellas que tengan más de 50 trabajadores) y en las ofertas públicas de empleo (art. 42 RDL 1/2013). La LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres también contiene medidas multidisciplinarias, siendo una de las acciones positivas más

relevantes la composición equilibrada entre hombres y mujeres en las candidaturas electorales (como mínimo cada uno de los sexos debe tener una representación del 40%) (disp. adicional 2ª LO 3/2007).

En la línea de lo expuesto, las minorías afectadas por la discriminación étnico-racial en España no han tenido el suficiente “músculo” político para conseguir una herramienta normativa equiparable a las habilitadas para la lucha contra la discriminación por motivos de discapacidad o género²⁵, y carecen de normas de acción positiva del impacto de las descritas.

Por último, las medidas antidiscriminatorias que pretenden prevenir la perpetuación de la discriminación son las de carácter educativo, ya que las disuasorias y las de compensación son reactivas frente las actitudes discriminatorias ya existentes. Las medidas educativas tratan de erradicar los prejuicios y estereotipos negativos que subyacen bajo todas las discriminaciones y convertir en socialmente “odioso” cualquier tipo de actitud discriminatoria.

En el contexto español el punto de partida está en el art. 27 CE, que establece como objeto de la educación el fomento del *respeto a los principios democráticos de convivencia*, lo que de forma implícita conlleva la erradicación de la discriminación basada en cualquier motivación. En cumplimiento del mandato constitucional, la LO 2/2006 de Educación, establece en su art. 1 c) como principio del sistema educativo español *la transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan... la tolerancia... así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación*, y el art. 2.1.b) y g) considera como fines del mismo *la educación ... en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres y en la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad y la formación en el respeto y reconocimiento... de la interculturalidad como un elemento enriquecedor de la sociedad*. Llama la atención que la LO 2/2006 no haga referencia expresa a la discriminación étnico-racial, como sí lo hace respecto a la de género y a la que afecta a las personas con discapacidad²⁶.

Fuera de la educación formal, organismos como el citado Consejo para la eliminación de la discriminación racial y étnica (Ministerio de Presidencia e Igualdad), el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social), organismos autonómicos del mismo perfil y entidades de la sociedad civil llevan a cabo estudios, informes, campañas de sensibilización... que tratan de fomentar valores sociales de tolerancia e inclusión frente a las actitudes discriminatorias.

La estructura política-jurídica antidiscriminatoria que hemos descrito en las materias que afectan a las personas de origen migrante en España quedan muy lejos de poder tener una valoración positiva, subsistiendo el carácter transversal de la discriminación que padecen. Esta situación, tal como plantearemos en el siguiente apartado, tiene graves consecuencias materiales concretas en lo que respecta a la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales de este colectivo.

²⁵ Ya hemos hecho referencia a los fallidos proyectos legislativos sobre igualdad de trato y no discriminación.

²⁶ Hay que tener en cuenta las amplias competencias de las CCAA en materia educativa, siendo común que en las leyes educativas autonómicas reproduzcan disposiciones similares.

4.- Consecuencias del fracaso de las políticas antidiscriminatorias sobre las personas de origen migrante

El fracaso de las políticas antidiscriminatorias dirigidas a las personas migrantes en España y sus consecuencias tienen dos dimensiones que se retroalimentan: la estructura política-jurídica inadecuada descrita y el racismo/xenofobia “sociológico”.

La base sociológica contemporánea del racismo/xenofobia tiene sus pilares en la construcción de la “otredad”²⁷ del migrante y el temor al pluralismo vinculado con los flujos migratorios transnacionales. El cuestionamiento de las referencias tradicionales de integración social ha hecho resurgir la identidad nacional como factor de cohesión y la nación como último refugio. A partir de ello, se plantea la titularidad de derechos como una característica constitutiva del “nosotros” (los nacionales), con el correlativo rechazo de franquear el acceso a esos derechos a “ellos” (las personas migrantes) (Lube 2014: 50 y ss).

Ese contexto social es el caldo de cultivo perfecto para los estereotipos y prejuicios negativos que alimentan la discriminación étnico-racial, y dificultan la toma de decisiones político-jurídicas dirigidas a su erradicación. Esto último deriva del hecho de que, aunque los estereotipos carecen de un sustrato real, configuran una perspectiva social “contaminada” sobre la realidad migratoria que conlleva un coste político a cualquier alternativa “pro derechos” de las personas migrantes que pocos responsables institucionales están dispuestos a asumir.

Por ejemplo, existe la percepción en la sociedad española de la existencia de unos flujos migratorios descontrolados. Sin embargo, el Instituto Nacional de Estadística (INE) indica que en los últimos años en España las migraciones han seguido la lógica interna natural que las autorregulan²⁸. Se produjo un fuerte incremento de la inmigración entre finales de los 90 y la primera década del siglo XXI, coincidiendo con un ciclo expansivo de la economía basado en unos sectores productivos con una demanda intensiva de mano de obra (construcción y servicios). A partir de 2008, la crisis económica determinó un pronunciado descenso de la inmigración, activándose el flujo migratorio contrario (emigración), en el que tuvieron un especial protagonismo las personas extranjeras llegadas en tiempos de bonanza que, voluntariamente en la inmensa mayoría de ocasiones, buscaron mejores oportunidades retornando a sus países de origen o desplazándose a nuevos destinos²⁹.

Otra de las ideas más repetidas es el “efecto llamada” para las migraciones que suponen los consolidados Estados del bienestar de algunos países de acogida. Sin embargo, existen estudios que desmienten dicha relación directa en algunos de los principales países receptores de migraciones de la OCDE (Estados Unidos, España o Alemania, pe.). De hecho, en el caso específico de España las personas migrantes ni siquiera tienen un conocimiento previo aproximado de las características generales del sistema de protección social español (Muñoz de Bustillo y Grande 2017: 209 y ss).

Siguiendo con los estereotipos negativos que afectan a la población migrante en España, es común que se afirme que la misma tiene una situación socioeconómica privilegiada respecto a las personas nacionales con problemas de exclusión social, preferencia en el acceso a los servicios sociales o que generan el colapso de estos últimos.

²⁷Ver primer apartado, pags. 2-3

²⁸ La búsqueda de mejores condiciones de vida (Arce 2018: 116).

²⁹http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736177000&menu=ultiDatos&idp=1254735573002

Sin embargo, según la Encuesta de Condiciones de Vida de 2015 del INE³⁰, los ciudadanos UE residentes en España tienen alrededor del 76% de la renta de los españoles, cayendo al 64% la de los extracomunitarios. Otro rasgo significativo de la brecha socioeconómica entre personas extranjeras y nacionales en España es que entre las primeras tan solo el 13% tiene una vivienda en propiedad, mientras que el 54% de los segundos sí que son propietarios.

También queda desmentido por la misma encuesta el supuesto acceso privilegiado de las personas migrantes a las prestaciones sociales. El 80,6% de sus ingresos provienen del ámbito privado (19,4% serían transferencias públicas), mientras que en el caso de las españolas ese porcentaje desciende al 64,3% (incrementándose los ingresos de origen público al 35,7%). Los inmigrantes tienen un 16% menos de posibilidades de acceder a una prestación social pública de carácter económico que los españoles, y en caso de percibirla, su cuantía media suele ser sensiblemente inferior.

En lo que respecta al ámbito de la atención sanitaria, la percepción construida respecto al uso abusivo de la misma por las personas extranjeras tuvo su reflejo normativo en el citado RDL 16/2012, que determinó la exclusión de aquéllas en situación documental irregular del sistema sanitario público español. De nuevo las cifras desmienten este prejuicio; en la Encuesta Nacional de Salud 2011/12 del Ministerio de Sanidad, Servicios sociales e Igualdad³¹ tan solo el 28% de las personas de origen migrante declararon tener una enfermedad crónica, frente al 45% de los españoles. Según esta encuesta, igualmente los inmigrantes en el periodo de referencia (12 meses) acudieron en menor medida al médico de cabecera (24%) y al especialista (10%) que los españoles (29% y 15%). Tan solo en las urgencias hay una mayor prevalencia de uso en personas extranjeras (6% en 1 año) que en españolas (3,5%) (Muñoz de Bustillo y Grande 2017: 215 y ss).

La situación de exclusión transversal que afecta a las personas de origen migrante en España tiene como resultado que, incluso en datos aparentemente positivos para este colectivo, acaben emergiendo los aspectos discriminatorios. En este sentido, nos parece muy interesante el estudio que Gil-Alonso y Vidal-Coso han realizado sobre el diferente impacto que ha tenido la crisis económica en la situación laboral de trabajadores españoles y migrantes (Gil-Alonso y Vidal-Coso 2015).

En el primer periodo de la crisis (2008-2011), las cifras de desempleo fueron menos negativas para las personas inmigrantes que para las españolas. Lo que en un primer momento se podría valorar como positivo, esconde en realidad la mayor precariedad laboral de los primeros. La peor calidad en el empleo (temporalidad, parcialidad no deseada...) hicieron que tuvieran menos acceso a las prestaciones de desempleo, lo que unido a la falta de redes sociofamiliares de apoyo en España, incentivaron a que estuvieran más dispuestas que las españolas a aceptar cualquier oferta de trabajo, aunque conllevara movilidad geográfica, sectorial o peores condiciones laborales. Sin embargo, a partir del 2011, y sobre todo desde 2013, la tendencia cambia y la pérdida empleo se ceba en las personas extranjeras, debido a que los trabajadores nacionales que ya habían perdido los subsidios públicos y agotado el posible apoyo familiar regresaron a los sectores económicos en los que se desempeñaban mayoritariamente las personas migrantes y que habían abandonado durante la burbuja inmobiliaria (agricultura, trabajo doméstico y hostelería), expulsando a estos últimos. Y como estación final del recorrido del periplo de las personas migrantes por la crisis socioeconómica, el retorno a su país de origen o la salida a un

³⁰ http://www.ine.es/prodyser/pubweb/anuario15/anu15_07condi.pdf

³¹ <https://www.mscbs.gob.es/estadEstudios/estadisticas/encuestaNacional/encuesta2011.htm>

país tercero con mejores expectativas, lo que provocó según el INE un saldo migratorio negativo en España entre 2010 y 2016.

Acabamos de confirmar que varios de los principales estereotipos negativos sobre las personas migrantes no tienen ninguna base material. A pesar de ello, el racismo y la xenofobia sociológicos resisten incluso al espejo de la realidad, algo que se desprende de los resultados del Estudio Actitudes Hacia la Inmigración (X) del CIS (CIS 2017):

Para empezar, el 61,1% de los españoles piensan que el número de inmigrantes en España es elevado o excesivo y el 56,2% considera que las leyes migratorias españolas son tolerantes, a pesar de que las cifras del INE desmienten estas percepciones de flujos migratorios descontrolados.

También está extendida la creencia de la supuesta sobreprotección estatal de la población migrante: el 53,4% cree que recibe mucha o bastante protección del Estado y el 55,5% consideran que recibe más que lo que aporta. Esta creencia choca con la ya analizada exclusión o dificultad de acceso que nuestro ordenamiento jurídico establece respecto a los derechos sociales o como la exclusión social se ceba en las personas extranjeras: siendo el 10% de la población, representan el 20% de la población excluida³².

En materia de atención sanitaria, el demostrado menor uso de las personas inmigrantes de la sanidad pública no impide que el 51,1% de los encuestados creen que abusan de la misma o el 48,1% que reciben más prestaciones sanitarias que los españoles.

También es llamativo como las personas que participan en el estudio dan respuestas aparentemente contradictorias a preguntas sobre la misma materia. De esta manera, el 63,6% valora como enriquecedor la presencia de alumnado de origen migrante en la escuela española, pero al mismo tiempo el 49,5% cree que esta circunstancia empeora la calidad de la enseñanza o que los alumnos extranjeros tienen preferencia en las ayudas escolares (52,5%).

En la misma línea, los estereotipos negativos contaminan la visión sobre la incidencia de la inmigración en el mercado de trabajo, haciendo llegar a los encuestados a conclusiones en principio incompatibles. Por un lado reconocen que las personas inmigrantes realizan trabajos que los españoles no desean (63,1%) y que contribuyen de forma relevante al desarrollo económico de España (51,9%), aunque por otro les acusan de devaluar los salarios (69,6%) y de quitar empleos a los trabajadores españoles (50,3%).

Sobre este tipo de percepciones no es extraño que se construyan demandas de decisiones políticas que nada ayudan a combatir la discriminación estructural que sufren las personas de origen migrante en España. Así el 52,9% reclaman la preferencia de los nacionales en el acceso al empleo³³, el 67% defienden la expulsión inmediata de las personas extranjeras en situación documental regular que cometan cualquier tipo de infracción penal y el 43,3% ven justificado que los vecinos se opongan a la instalación de una mezquita en su barrio.

Por último, llama poderosamente la atención que un centro de investigación público como el CIS, incluya preguntas que se refieren genéricamente a “personas gitanas” en un estudio que analiza las “actitudes hacia la inmigración”. A nuestro juicio, es una forma de “extranjerizar” a la totalidad de la principal minoría étnica que

³² https://www.ine.es/prensa/pad_2019_p.pdf
<https://www.foessa.es/blog/viii-informe-foessa-presentacion/>

³³De hecho dicha prioridad ya está vigente en gran medida, al ser obligatorio tener en cuenta la “situación nacional de empleo” en la “ordenación de los flujos migratorios laborales” art. 2.2.b) LO 4/2000.

históricamente ha formado parte de la población española, y una muestra del racismo institucional que en muchos aspectos sufren a diario las personas racializadas en España. En este contexto, no son de extrañar algunas de las respuestas: el 58,5% de los encuestados evitarían o rechazarían vivir en el mismo barrio que personas gitanas, el 59,7% en el mismo bloque y el 62,7% alquilarles un piso.

Otra de las manifestaciones de la discriminación que afecta a las personas migrantes en España es la creciente islamofobia. A día de hoy el mayor porcentaje de personas que profesan esta religión en nuestro país son de origen migrante, no en vano la principal comunidad extranjera en España es la marroquí, que representa el 16% de los residentes no nacionales. Algunos estudios³⁴ arrojan resultados preocupantes:

El 50% de los españoles tienen una visión negativa de los musulmanes que viven en nuestro país y el 68% considera que desean ser diferentes al resto de la sociedad. El 25% de los encuestados piensan que la mayoría de los musulmanes residentes apoyan al Estado Islámico, mientras que el 33% lo rebajan a “algunos”. Teniendo en cuenta esta visión sobre las personas seguidoras del Islam que residen en nuestro país, no es de extrañar que el 41% defienda que deberían detenerse los flujos migratorios procedentes de países mayoritariamente musulmanes.

Desde el comienzo de estas líneas hemos insistido en que la discriminación transversal que sufren las personas de origen migrante en España tiene consecuencias directas en el ejercicio de derechos esenciales en su vida diaria. Algo tan básico como la libre circulación por las calles de nuestras ciudades se puede ver dificultada para las personas de origen migrante racializadas mediante las recurrentes identificaciones policiales por perfil racial en la vía pública.

De los resultados de un informe elaborado por Javier García Añón y otros investigadores (García y otros 2013) se desprende que en general las personas inmigrantes tienen el doble de posibilidades de ser identificados en la calle por la policía que las españolas. Distinguiendo por origen nacional concreto, solo el 8% de los españoles encuestados declaró haber sido parado por las fuerzas de seguridad, mientras que el 25% de las personas rumanas, el 33% de las latinoamericanas, el 42% de las marroquíes y el 68% de las subsaharianas afirmaron lo mismo. Atendiendo exclusivamente a la etnia, las personas gitanas son identificadas 10 veces más que las caucásicas, las magrebíes 7,5 o las negras 6,5. Por último, es significativo que las personas musulmanas sean abordadas por la policía 3,75 veces más que las cristianas.

A pesar de que oficialmente se ha negado de forma reiterada la existencia de este tipo de prácticas, las denuncias de ONGs y del Defensor del Pueblo estatal obligaron a la Dirección General de la Policía a dictar la Circular nº 2/2012 de 16/05/2012 en la que implícitamente se reconocían las mismas y se trataba de poner los medios para su supresión. Desgraciadamente, estudios posteriores parecen indicar que las identificaciones por perfil racial persisten tras esa circular³⁵.

³⁴ Ver el estudio de Pew Research “Europeans Fear Wave of Refugees Will Mean More Terrorism, Fewer Jobs Sharp ideological divides across EU on views about minorities, diversity and national identity” y la encuesta de Chathamhouse “What Do Europeans Think About Muslim Immigration?”

<https://www.pewresearch.org/global/2016/07/11/europeans-fear-wave-of-refugees-will-mean-more-terrorism-fewer-jobs/>

[https://www.chathamhouse.org/expert/comment/what-do-europeans-think-about-muslim-](https://www.chathamhouse.org/expert/comment/what-do-europeans-think-about-muslim-immigration#sthash.QrwHQfPP.dPA8JAoB.dpuf)

[immigration#sthash.QrwHQfPP.dPA8JAoB.dpuf](https://www.chathamhouse.org/expert/comment/what-do-europeans-think-about-muslim-immigration#sthash.QrwHQfPP.dPA8JAoB.dpuf)

³⁵P.ej., ver el informe elaborado por la APDHA y la Universidad de Granada en 2016: <https://www.apdha.org/media/granada-identificaciones-etnicas-2016-web.pdf>

Dentro de las consecuencias de la discriminación estructural sobre las personas de origen migrante, en un nivel superior se encuentran los denominados “delitos de odio” que les afectan. Según la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), los delitos de odio serían

“... amenazas, lesiones, daños o asesinatos motivados por intolerancia hacia ciertos grupos sociales El elemento esencial que distingue un delito de odio de otro tipo de crimen es la motivación basada en el prejuicio. El otro rasgo característico ... es que el impacto de la infracción se extiende más allá de la propia víctima. Afecta al conjunto del grupo con el que la víctima se identifica, y puede causar división social entre el grupo de la víctima y el resto de la sociedad. Por lo tanto, plantea un particular peligro a la sociedad. Por esta razón, los delitos de odio no deben ser considerados como crímenes ordinarios” (Ministerio del Interior 2017:4).

El Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España del Ministerio del Interior marca una realidad preocupante en este ámbito. En el año 2017 los incidentes de delitos de odio relacionados con el racismo y la xenofobia representaron casi el 37% del total registrado (524 de 1419), además de haber experimentado un aumento del 26% respecto a 2016. Tampoco es alentador que cerca del 40% de esos incidentes no pudieron ser esclarecidos y que el 31% de las víctimas del total de los delitos de odio, no solo los xenófobos, sean extranjeras (a pesar de representar tan solo el 10% de la población del Estado español). Finalizar destacando que el informe pone de relieve el papel protagonista que han adquirido las nuevas tecnologías (internet, redes sociales, telefonía móvil) en la difusión del discurso del odio (representan casi el 70% de los medios utilizados para ello). Las personas de origen migrante suelen ser diana preferente de este discurso a través de dichas herramientas.

Cerramos este apartado con una breve alusión a otro de los síntomas que a nuestro juicio demuestra lo sistémico de la discriminación vinculada al racismo y a la xenofobia: el crecimiento de las fuerzas de ultraderecha en el ámbito europeo en general y en el español en particular. En ese crecimiento han utilizado como palanca el fomento del miedo frente a las migraciones y sus consecuencias (Akkerman 2018: 54 y ss).

La media del respaldo de las formaciones ultras asciende al 15,5% en las elecciones nacionales en Europa occidental y al 11,5% en Europa oriental. España había representado una excepción a esta ola del populismo reaccionario hasta la irrupción de VOX en las pasadas elecciones generales de abril de 2019, donde obtuvo más del 10% de los votos y 24 escaños en el Congreso, irrupción consolidada y preocupantemente ampliada en la repetición electoral de noviembre del mismo año (15,1% y 52 escaños). Aunque desde el punto de vista material muchas de las propuestas de estos partidos no pueden calificarse de otra manera que de racistas/xenófobas, en su discurso tratan de utilizar conceptos que generen menos rechazo directo. Así surge el “nativismo”, como la defensa de políticas que protejan y promuevan los intereses de la población autóctona frente a los supuestos perjuicios y agravios derivados del aumento de la diversidad en las sociedades europeas vinculado a las migraciones contemporáneas.

En realidad, más que las políticas que hayan podido impulsar directamente desde posiciones de gobierno (con algunas excepciones como la Lega Norte en Italia) el efecto más significativo de la irrupción de la ultraderecha ha sido mover todo el tablero político europea hacia posiciones más radicales en materia migratoria, ya que las formaciones de derecha y centroderecha tradicionales, tratando de contener su pujanza electoral, han asumido como propios gran parte de sus postulados. Consideramos que la normalización de este tipo de alternativas representa el mayor riesgo.

5.- Conclusiones

Por lo expuesto en estas líneas, concluimos que cualquier política antidiscriminatoria dirigida a las personas de origen migrante que pretenda tener efectos transversales debe poner el foco en la erradicación de dos exclusiones: la que les impide el acceso a la ciudadanía plena y aquella que tiene una dimensión más social y material.

Respecto a la primera, habría que romper con la “racialización” de la ciudadanía (Lube 2014: 64). Dado que la nacionalidad continúa siendo la llave de acceso a la ciudadanía plena, la medida más inmediata sería democratizar el acceso a la nacionalidad española, a través de la rebaja del alto nivel de exigencia existente en materia de requisitos (con especial incidencia en el excesivo plazo general de 10 años para la adquisición por residencia, aunque no es de menor relevancia el impacto negativo de las nuevas pruebas de integración) y una racionalización del muy farragoso procedimiento burocrático.

Sin perjuicio de lo anterior, a nuestro juicio en esta materia el paso definitivo sería avanzar en la desvinculación entre nacionalidad y ciudadanía, abriendo la titularidad y ejercicio normalizado de los derechos fundamentales a las personas residentes extranjeras, haciendo especial hincapié en la participación política (Arce 2012).

Es innegable que el pluralismo derivado de los flujos migratorios contemporáneos tiene una dimensión colectiva. Arraigan en las sociedades de acogida comunidades nacionales con unas características étnicas, culturales o religiosas en parte homogéneas y en muchas ocasiones diferenciadas del perfil social mayoritario. Ya han demostrado su fracaso las políticas de asimilación pura de la ciudadanía liberal clásica (Marshall 1950), siendo imprescindible asegurar el respeto a la identidad de origen de las personas migrantes. Kymlicka, en su apuesta por una “ciudadanía multicultural”, defiende dar una dimensión política y representatividad colectiva a esas identidades (Kymlicka 1995). Sin negar potencialidades a la propuesta del autor canadiense, nos plantea dudas respecto a su eficacia a la hora de romper con los estereotipos negativos y uniformizadores sobre las personas inmigrantes, además de, paradójicamente, poder representar un riesgo para la propia diversidad interna de estas comunidades.

En este sentido, optamos por poner el acento en acciones de discriminación positivas más dirigidas específicamente a erradicar prejuicios colectivos que a reforzar identidades comunitarias. Una herramienta útil para ello es la consideración de las personas de origen migrante como “grupo vulnerable”, lo que podría abrirles la puerta a dichas acciones positivas y también “blindarles” contra el trato desigual. La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990) ya contempla esta circunstancia, algo que también se ha consolidado en la jurisprudencia del Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), destacando la especial vulnerabilidad de las personas inmigrantes en situación irregular³⁶. Consideramos que también podrían encajar en la construcción jurisprudencial de grupo vulnerable del TEDH, que afirma que la vulnerabilidad no se sitúa tanto en el individuo en sí, sino más bien en las circunstancias sociales, históricas e institucionales que rodean en el grupo en el que es encuadrado (García y Arce 2017: 49 y ss). En el caso que nos ocupa, dichas circunstancias las representarían los diferentes elementos que configuran la discriminación estructural de las personas migrantes en España que hemos descrito a lo largo de este artículo. Es más, consideramos que el estatus migratorio podría encajar dentro de las cláusulas abiertas de circunstancias discriminatorias de los arts. 14 CE y 14 CEDH.

³⁶ Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 Serie C No. 218.

A caballo entre la apertura de la ciudadanía plena y la lucha contra la dimensión social y material de las situaciones discriminatorias de base étnica/nacional, se encuentra el acceso de las personas migrantes a los derechos sociales y a los recursos del Estado del bienestar. Hemos analizado como el ordenamiento jurídico español estratifica a las personas según su nacionalidad y estatus migratorio en materia de derechos sociales, y como esa circunstancia queda “bendecida” tanto en la jurisprudencia constitucional como en la del TEDH, con mayores cautelas al trato desigual basado en la nacionalidad que respecto al dependiente de la situación administrativa de las personas migrantes.

Nos parece especialmente significativo como la jurisprudencia del tribunal de Estrasburgo abre la posibilidad de establecer un trato desigual a las personas según el estatus migratorio alegando motivaciones vinculadas al ahorro de recursos públicos. Como hemos expuesto, en las situaciones discriminatorias que afectan a los migrantes subyace en muchas ocasiones razones étnico-raciales o religiosas, causas expresamente vetadas por el TEDH para justificar un tratamiento jurídico diferenciado. En la línea argumental de la austeridad pública señalada, las personas extranjeras en situación irregular son objetivo prioritario en las restricciones de acceso a derechos sociales justificadas en limitaciones presupuestarias³⁷. Tal como indica la CIDH, y todos los principales indicadores en materia de exclusión social, éste es uno de los colectivos más vulnerables por sus circunstancias sociales, económicas y legales, por lo que excluirlos de los recursos esenciales para la inclusión tan solo ahondará la discriminación estructural que padecen. Coincidimos con Caicedo en que, respecto a las limitaciones de derechos sociales por estatus migratorio vinculadas a la moderación del gasto público,

El principio democrático impone que los Estados reconozcan los derechos sociales como un proceso de empoderamiento y en cualquier negación basada en los estatutos migratorios debe exigirse un mayor rigor de las razones que justificaría la diferencia de trato (Caicedo 2018: 253 y ss)

Otro de los ámbitos clave en la lucha contra la discriminación transversal que sufren las personas de origen migrante en España es la percepción negativa que sobre ellas tiene el perfil social mayoritario. Para ello sería necesario reforzar la labor educativa y de sensibilización que muestre que en cada individuo hay una confluencia de características diversas que constituye una “identidad compleja” (Dupont 2015: 270). Consideramos que los estereotipos desfavorables sobre los que se asientan las situaciones discriminatorias que afectan a las personas migrantes están generados por tomar “la parte por el todo”, es decir, por hacer depender de una/s característica/s concreta/as (nacionalidad, etnia o religión principalmente) la categorización general y uniformizadora del colectivo. Es un eficaz antídoto contra el prejuicio poner de relieve que las personas migrantes tienen una pluralidad de dimensiones más allá de su origen (cultural, ideológica, familiar, profesional...) que hacen prácticamente imposible definir las de una forma simple y homogénea.

Conectado con la anterior, emerge la responsabilidad de las formaciones políticas y de los medios de comunicación a la hora de tratar el fenómeno migratorio. En el anterior apartado hemos comprobado que la sociedad española tiene una imagen totalmente distorsionada de la realidad migratoria de nuestro país, tanto desde la perspectiva cuantitativa como desde la cualitativa. Entendemos que la ausencia de rigor y la manipulación presiden el tratamiento mediático y el debate partidario en esta materia. Como consecuencia de esta situación, destacamos más arriba que cualquier iniciativa “pro derechos” de las personas migrantes puede conllevar un coste electoral que pocos representantes institucionales parecen dispuestos a asumir y que se ha

³⁷ Como ejemplo de ello el citado RDL 16/2012.

generado un estado de opinión ideal para el crecimiento de los postulados xenófobos de la ultraderecha.

Concluimos reiterando que la discriminación estructural que sufren las personas de origen migrante en España tan solo se puede afrontar con políticas transversales que atiendan a las diferentes dimensiones de la misma: jurídica, social, económica... Este reto no afecta tan solo a los directamente concernidos, ya que mantener en el tiempo situaciones discriminatorias que afectan alrededor del 10% de la población acaba socavando la convivencia general, y cuestiona la propia configuración constitucional de nuestro Estado como social, democrático y de derecho.

Lista de referencias

- AKKERMAN, T. (2018): “Partidos de extrema derecha y políticas de inmigración en la UE” en *Anuario CIDOB de la inmigración*, pags. 48-62.
- ANDERSON, B. (2006): *Imagined Communities Reflections on the Origin and Spread of Nationalism*. Londres: Verso.
- APDHA y UNIVERSIDAD DE GRANADA (2016): *Identificaciones basadas en perfil étnico en Granada*. Granada.
- ARCE JIMÉNEZ, C.
(2009): *La ciudadanía en la era de la globalización: El reto de la inclusión*. Madrid: Ed. Ramón Areces.
(2012): *Los derechos políticos de los residentes extranjeros. La ciudadanía inclusiva*. Sevilla: Defensor del Pueblo Andaluz.
(2018) “Migraciones, derechos humanos y vulnerabilidad”, en *Revista de Fomento Social*, num. 73/1, pags. 115-140.
(2018) “Derecho de sufragio, administración y principio de igualdad”, en *Estudios de Deusto*, vol. 66/2, pags. 249-280.
- CAICEDO CAMACHO, N. (2018): “Los derechos sociales de los y las migrantes: el reconocimiento fragmentado por el TEDH”, en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 38, Época II, pags. 231-269.
- BARRÈRE UNZUETA, M. A. y MORONDO TARAMUNDI, D. (2011): “Subordiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45.
- CENTRO DE INVESTIGACIONES SOCIOLOGICAS -CIS- (2017) *Actitudes hacia la inmigración (X) Estudio nº 3190*. Madrid.
- COBREROS MENDAZONA, E. (2007): “Discriminación por indiferenciación: estudio y propuesta” en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 81, pags. 71-114.
- DE LUCAS MARTÍN, J. (2001): «Hacia una ciudadanía inclusiva. Su extensión a los inmigrantes», en *Afers Internacionals*, núm. 53, pags. 63-75.
- DUPONT, P.L. (2015): “¿Reconocimiento o antidiscriminación? una síntesis jurídico-política”, en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 32, Época II, pags. 239-274.
- FERRAJOLI, L. (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta
- GARCÍA AÑÓN, J. y otros (2013): *Identificación policial por perfil étnico en España. Informe sobre experiencias y actitudes en relación con las actuaciones policiales*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- GARCÍA-JUAN, L. y ARCE JIMÉNEZ, C. (2017): “La vulnerabilidad de los inmigrantes internacionales en situación administrativa irregular desde un enfoque jurídico”, en *Revista Huellas de la Migración*, vol. 2, núm. 4, pags. 47-64.
- GIL-ALONSO, F. y VIDAL-COSO, E. (2015): “Inmigrantes extranjeros en el mercado de trabajo español: ¿más resilientes o más vulnerables al impacto de la crisis?” en *Revista Migraciones*, núm. 37, pags. 97-123
- KAYA, A. (2017): “Populismo e inmigración en la Unión Europea”, en *Anuario CIDOB de la inmigración*, pags. 52-79
- KYMLICKA, W. (1995): *Multicultural Citizenship: a liberal theory of minority rights*. Oxford: Oxford University Press.
- LUBE GUIZARDI, M. (2014): “Migración, integración y nacionalismo: reflexiones para una ciudadanía inclusiva” en *Revista Migraciones*, núm. 35, pags. 43-70.
- MARSHALL, T.H. (1950): *Citizenship and social class*. Cambridge: Cambridge University Press
- MINISTERIO DEL INTERIOR (Secretaría de Estado de Seguridad) (2017): *Informe sobre la evolución de los incidentes relacionados con los delitos de odio en España*. Madrid.
- MUÑOZ DE BUSTILLO LLORENTE, R. y GRANDE MARTÍN, R. (2017): “Inmigración y Estado de bienestar en España”, en *Anuario CIDOB de la inmigración*, pags. 206-229.
- OACNUDH (2006): *Los derechos de los no ciudadanos*. Nueva York y Ginebra.
- OIM (2009): *Migración irregular y flujos migratorios mixtos: Enfoque de la OIM*. Ginebra.
- PISARELLO, G. (2007): *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid: Trotta.
- REY MARTÍNEZ, F. (2008): “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, en *Revista española de Derecho Constitucional*, vol. 28, núm. 84, pags. 251-283.
- (2017): “Igualdad y prohibición de discriminación: de 1978 a 2018”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 100, págs. 125-171
- SECO MARTÍNEZ, J.M. (2017): “De la igualdad formal a la igualdad material cuestiones previas y problemas a revisar”, en *Revista Derechos y Libertades*, núm. 36, Época II, pags. 55-89
- SOLANES CORELLA, A. (2016): “Una reflexión iusfilosófica y política sobre las fronteras”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XXXII, pags. 145-184
- WIHTOL DE WENDEN, C. (2000): *¿Hay que abrir las fronteras?.* Barcelona: Bellaterra.
- ZANETTI, G. (2015): “Reflexiones sobre la igualdad a la luz de la teoría crítica de la raza” en *Revista Derechos y libertades*, núm. 33, Época II, pags. 47-65.