



Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas

TESIS DOCTORAL

# **El lenguaje de los derechos de las personas migrantes: entre la libertad y la discriminación**

Cristina Ortega Giménez

Directora:

Dra. D<sup>a</sup>. Rosario Tur Ausina

Codirectora:

Dra. D<sup>a</sup>. Alicia de Lara González

Universidad Miguel Hernández de Elche

2023

La presente Tesis Doctoral, titulada **“El lenguaje de los derechos de las personas migrantes: entre la libertad y la discriminación”**, se presenta bajo la modalidad de **tesis convencional con los siguientes indicios de calidad:**

1. Artículo de revista en coautoría con la directora de la tesis doctoral, la Dra. Tur Ausina, y la codirectora, la Dra. De Lara González: Tur Ausina, R., De Lara González, A. y Ortega Giménez, C. (2023). El Caso Vinícius Jr: ¿discurso de odio, discurso odioso... y pan y circo? *Diario La Ley*, 10266.

· Indicio de calidad: Revista electrónica con Clasificación Integrada de Revistas Científicas D, Dialnet Métricas impacto 2021: 0,13.

· Link a la publicación: <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2023/04/13/el-caso-viniicius-jr-discurso-de-odio-discurso-odioso-y-pan-y-circo>

2. Capítulo de libro en coautoría con la directora de la tesis doctoral, la Dra. Tur Ausina: Ortega Giménez, C. y Tur Ausina, R. (2023). Midnight in Paris. ¿Cualquier tiempo pasado fue mejor? En A. Ortega Giménez y L.S. Heredia Sánchez (Eds.), *Arte, cine, derecho y comercio internacional* (pp. 125-144). Pamplona: Editorial Aranzadi.

· Indicio de calidad: Editorial jurídica de prestigio internacional indexada en Web of Science y situada en el segundo puesto del Ranking SPI 2022 de Editoriales Especializadas del Scholarly Publishers Indicators, que realiza el grupo ILÍA del Consejo Superior de Investigaciones Científicas del CSIC. Datos disponibles en <https://spi.csic.es/indicadores/prestigio-editorial/prestigio-editorial-clasificacion-disciplinas-2022/2022-prestigio-editorial-clasificacion-disciplinas-derecho>.





La Dra. Dña. ROSARIO TUR AUSINA, directora, y la Dra. Dña. ALICIA DE LARA GONZÁLEZ, codirectora de la tesis doctoral titulada “El lenguaje de los derechos de las personas migrantes: entre la libertad y la discriminación”

**INFORMAN:**

Que Dña. CRISTINA ORTEGA GIMÉNEZ ha realizado bajo nuestra supervisión el trabajo titulado “El lenguaje de los derechos de las personas migrantes: entre la libertad y la discriminación” conforme a los términos y condiciones definidos en su Plan de Investigación y de acuerdo al Código de Buenas Prácticas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, cumpliendo los objetivos previstos de forma satisfactoria para su defensa pública como tesis doctoral.

Lo que firmamos para los efectos oportunos, en ..... a ..... de ..... de 202....

Directora de la tesis

Dra. Dña. ROSARIO TUR AUSINA

Codirectora de la tesis

Dra. Dña. ALICIA DE LARA GONZÁLEZ



El Dr. D. JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN, Coordinador del Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche

**INFORMA:**

Que Dña. CRISTINA ORTEGA GIMÉNEZ ha realizado bajo la supervisión de nuestro Programa de Doctorado el trabajo titulado “El lenguaje de los derechos de las personas migrantes: entre la libertad y la discriminación” conforme a los términos y condiciones definidos en su Plan de Investigación y de acuerdo al Código de Buenas Prácticas de la Universidad Miguel Hernández de Elche, cumpliendo los objetivos previstos de forma satisfactoria para su defensa pública como tesis doctoral.

Lo que firmo para los efectos oportunos, en ..... a ..... de ..... de 202.....

Prof. Dr. D. JOSÉ ANTONIO PÉREZ JUAN

Coordinador del Programa de Doctorado en Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche

**EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS MIGRANTES:  
ENTRE LA LIBERTAD Y LA DISCRIMINACIÓN**

**ÍNDICE**

<b>1. INTRODUCCIÓN</b> .....	16
A. OBJETO DE ESTUDIO.....	16
B. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	19
C. ESTRUCTURA DEL TRABAJO ACADÉMICO.....	20
D. METODOLOGÍA.....	22
<b>CAPÍTULO I. LA REGULACIÓN DE LA MIGRACIÓN EN ESPAÑA Y SU INCIDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DEL ESTATUS JURÍDICO-SOCIAL DEL MIGRANTE</b> .....	24
1. Punto de partida: el concepto de ‘migrante’ y su relación con la hostilidad.....	24
2. El origen de la categoría de ‘migrante’ y los derechos reconocidos en el marco constitucional.....	28
3. Del artículo 13 de la Constitución Española a la promulgación de la primera ley de extranjería, la LO 7/1985, de 1 de julio.....	37
4. La primera modificación garantista de la ley de extranjería: la LO 4/2000, de 11 de enero.....	44
5. La concepción del migrante como amenaza que consolidó la LO 8/2000, de 22 de diciembre.....	48
6. El refuerzo de las medidas restrictivas de los derechos de la población migrante: la aprobación de la LO 14/2003, de 20 de noviembre.....	55
7. La labor del Tribunal Constitucional en el reconocimiento de derechos a los migrantes: la importancia de las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 17 de diciembre.....	63
8. La integración social de los migrantes, según la nueva LO 2/2009, de 11 de diciembre..	67
9. El tortuoso camino de los derechos de los migrantes a partir de las últimas reformas legislativas en España y la postura de los tribunales al respecto.....	72

9.1. La regulación de la violencia de género y de la trata de seres humanos a través de la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, por la que se modifican los artículos 31 bis y 59 bis de la LOEx.....	72
9.2. El Real Decreto 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones .....	75
9.3. La STC 17/2013, de 31 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la LO 14/2003 de reforma de la Ley de Extranjería, y otras relacionadas que limitaban los derechos de los extranjeros.....	82
9.4. La detención de extranjeros y las medidas de seguridad aplicables a los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE).....	85
9.5. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que otorga cobertura legal a los rechazos de migrantes en las fronteras de Ceuta y Melilla.....	94
9.6. La STC 172/2020, de 19 de noviembre, y la legalización ‘definitiva’ de las devoluciones en caliente.....	110
10. Últimos cambios legislativos en materia migratoria tras la irrupción del COVID-19 en los ámbitos europeo y español.....	119
10.1. Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario.....	120
10.2. Instrucción 4/2020 sobre el requisito de medios suficientes en la tramitación de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar, en el contexto del Covid 19.....	130
10.3. Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.....	132
10.4. Orden ISM/1485/2021, de 24 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2022.....	139
11. La era post-COVID: la aprobación del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio.....	141

12. Reflexiones finales en torno al estudio jurídico de la figura del migrante: la pobreza como principal motor del desplazamiento de poblaciones.....	142
13. Evolución y tratamiento jurídico-social de la categoría específica de refugiado: especial referencia a España.....	144
13.1. Hacia una protección efectiva de los derechos de los refugiados: la vigente Ley Orgánica 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.....	151
14. Concepto y contornos difusos de la categoría del apátrida: especial referencia al ámbito español.....	165
15. El nuevo pacto europeo de migración y asilo: hacia la consecución de la Agenda 2030, una nueva oportunidad para los derechos de las personas.....	173
16. La regulación del fenómeno migratorio: hacia un cambio de paradigma jurídico-social en la concepción de las personas que se desplazan.....	183

## **CAPÍTULO II. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICO-SOCIAL DEL MIGRANTE A TRAVÉS DE LA TÉCNICA NORMATIVA.....**

1. Derecho y lenguaje: apuntes iniciales sobre la construcción de realidades sociales.....	189
2. Técnica normativa: concepto, evolución y alcance del principio de seguridad jurídica.....	191
3. El lenguaje de género como cambio de paradigma en la redacción de la técnica normativa.....	199
4. El empleo del lenguaje jurídico para discriminar a las personas migrantes: punto de partida y estrategias discursivas.....	207
4.1. El empleo del lenguaje jurídico para discriminar a las personas migrantes: otras estrategias discursivas.....	213
5. El lenguaje de los derechos humanos como antídoto para curar ‘el miedo a los bárbaros’.....	222

## **CAPÍTULO III. LA INCIDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICO-PERIODÍSTICA EN LA PERCEPCIÓN SOCIAL DE LOS MIGRANTES.....**



1. Los métodos de interpretación jurídica en la configuración del estatus del migrante en sociedad.....	228
1.1 Punto de partida: los métodos clásicos de interpretación jurídica.....	228
1.2. La hermenéutica constitucional como método específico de interpretación jurídica.....	240
1.3. La interpretación constitucional como garantía efectiva de los derechos fundamentales.....	247
2. La migración bajo el prisma de las teorías de la comunicación y los efectos de la audiencia.....	248
2.1. Primeras investigaciones mediáticas sobre la influencia de los mensajes en la audiencia: contenido y efectos de ‘la teoría de la bala’.....	248
2.2. La conformación de la opinión pública mediante el uso de la ‘estereotipia’ en los medios.....	253
2.3. La influencia del público en los medios de comunicación: concepto y efectos de ‘la teoría de los dos pasos’.....	257
2.4. El ‘modelo de las 5W’ y ‘la teoría de los efectos nulos’: definición y contraste.....	260
2.5. Utilidad y satisfacción de los mensajes mediáticos en la audiencia: ‘la teoría de los usos y gratificaciones’.....	263
2.6. Las investigaciones mediáticas de finales del siglo XX: ‘la teoría de la agenda setting’, ‘la teoría de la espiral del silencio’ y ‘la teoría del framing’.....	269
2.7. Reflexiones finales sobre el estudio del fenómeno migratorio desde la óptica de las teorías de la comunicación.....	279

**CAPÍTULO IV. EL DERECHO A UNA COMUNICACIÓN PÚBLICA LIBRE EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CONCEPCIÓN JURÍDICO-SOCIAL DEL MIGRANTE...283**

1. Introducción: la ambivalencia de la libertad de expresión como núcleo de interés público.....	283
2. El derecho a una comunicación pública libre como fundamento de la democracia: especial referencia a los profesionales de la información como sujetos titulares.....	286
2.1. El derecho a una comunicación pública libre como fundamento de la democracia: naturaleza jurídica y contenido esencial.....	291

3. Ahondando en la problemática distinción entre las libertades de información y expresión: el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz.....	296
3.1. Ahondando en la problemática distinción entre las libertades de información y expresión: el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones.....	306
4. La protección del honor y de la identidad personal como límites al ejercicio de las libertades de información y expresión.....	312
4.1. Referencia a los principales delitos contra el honor: las calumnias e injurias en el Código Penal español.....	317
5. Los delitos de odio como límite al ejercicio de la libertad de expresión: punto de partida.....	322
5.1. Origen de la configuración legal de los delitos de odio: especial referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos .....	325
5.2. La persecución penal de los delitos de odio: aproximación a la agravante del artículo 22.4º .....	329
5.3. Regulación actual de los delitos de odio: origen de la configuración del discurso de odio en el artículo 510 CP.....	334
5.3.1. Controversias en torno a la naturaleza y el bien protegido del art. 510.1 a) CP.....	337
5.4. Breve aproximación a los artículos 510.1 b) y 510.2 a) CP.....	350
5.5 La persecución de los delitos de odio a través de una segunda vía: la factibilidad de la tutela civil.....	353
6. Reflexiones finales sobre el binomio delitos de odio y libertad de expresión: la educación en derechos como vía preventiva para contrarrestar la discriminación.....	357
7. El lenguaje de los medios de comunicación sobre los derechos de las personas migrantes.....	360
7.1. Punto de partida: la responsabilidad de los medios de comunicación en la defensa y promoción de los valores éticos.....	360
7.2. Principales estrategias discursivas de propagación del discurso discriminatorio en los medios de comunicación.....	364

<b>CAPÍTULO V. DE LA TEORÍA A LA PRAXIS: TRATAMIENTO PERIODÍSTICO DEL FENÓMENO MIGRATORIO A TRAVÉS DE LA TRAGEDIA DE NADOR.....</b>	<b>372</b>
1. Justificación del caso seleccionado: la tragedia de Nador del 24 de junio de 2022.....	373
2. Objetivo e hipótesis de la investigación.....	375
3. Metodología: análisis de contenido, medios objeto de observación y diseño de la muestra.....	376
4. Descripción del Código de análisis: parámetros de identificación.....	377
5. Resultados de la investigación.....	383
5.1. Aspectos generales sobre la cobertura informativa de la tragedia.....	383
5.2. Terminología empleada.....	385
5.3. Fuentes consultadas.....	388
5.4. Enfoques predominantes.....	391
5.5. Descontextualización y otros elementos destacados.....	395
6. Discusión y conclusiones.....	399
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>402</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>416</b>
<b>ANEXO: INDICIOS DE CALIDAD. NORMATIVA DOCTORADO UMH .....</b>	<b>461</b>
<b>AGRADECIMIENTOS.....</b>	<b>501</b>

## ÍNDICE DE LAS ABREVIATURAS Y SIGLAS MÁS UTILIZADAS

- ACNUR, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados.
  - Art., artículo.
  - art., artículo.
  - CE, Constitución Española.
- CEDH, Convenio Europeo de Derechos Humanos.
- CIE, Centros de Internamiento de Extranjeros.
- CP, Código Penal.
- DUDH, Declaración Universal de los Derechos Humanos.
- ECRI, Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia.
- FAPE, Federación de Asociaciones de Periodistas de España.
- LO, Ley Orgánica.
- LOEx, Ley Orgánica de Extranjería.
- OIM, Organización Internacional para las Migraciones.
- ONG, Organización No gubernamental.
- ONU, Organización de Naciones Unidas.
- RAE, Real Academia Española.
- RD, Real Decreto.
- STC/SSTC, Sentencia del Tribunal Constitucional/Sentencias del Tribunal Constitucional.
  - TC, Tribunal Constitucional.
- TEDH, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
- TS, Tribunal Supremo.
- UE, Unión Europea.
- UNESCO, Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

## RESUMEN

La presente tesis doctoral examina los efectos del lenguaje y sus percepciones en el ejercicio de los derechos y libertades de las personas migrantes, desde una perspectiva jurídico-periodística. Para ello, parte de un análisis detallado de la regulación migratoria en España, con numerosas referencias al tratamiento periodístico del fenómeno a lo largo de las décadas.

El estudio, desde la perspectiva de las dos disciplinas, evidencia cómo ambas son responsables de la creación de categorías de personas que no responden a la realidad actual de las migraciones. Posteriormente, se examina la influencia de la técnica normativa y de la interpretación jurídico-periodística en el lenguaje de los derechos del colectivo migrante, y en cómo perciben y se relacionan los autóctonos con estos grupos. El lenguaje y su interpretación actúan como poderosas herramientas que pueden construir sociedades de consenso o, por el contrario, de miedo y discriminación.

En línea con esto, se estudia la configuración de las libertades de información y expresión y los límites a su ejercicio constituidos en la figura del delito de odio. La injerencia que supone la modalidad del discurso de odio en ambas libertades nos obliga a buscar otras herramientas, como la educación en derechos, para fomentar un ejercicio responsable e inclusivo de estos derechos fundamentales que permita al castigo penal conservar su condición de *ultima ratio*.

Este trabajo también incorpora un estudio sobre el uso del lenguaje periodístico en un caso específico relacionado con la migración. Los resultados de la investigación empírica ofrecen claves para contribuir a la identificación temprana de la intolerancia y la desinformación en los medios de comunicación.

Por último, las conclusiones de esta tesis doctoral manifiestan la necesidad de seguir profundizando en el estudio transversal del trinomio regulación-lenguaje-información, y su incidencia en el fenómeno migratorio. Todo ello desde la promoción de la educación, basada en un lenguaje de los derechos humanos que favorezca la libertad en igualdad.

**Palabras clave:** Derecho constitucional, migración, lenguaje, discriminación, libertad de expresión, educación

## ABSTRACT

This thesis examines the effects of language and its perceptions in the exercise of the rights and freedoms of migrants, from a legal-journalistic perspective. To do this, it starts from a detailed

analysis of migration regulation in Spain, with numerous references to the journalistic treatment of the phenomenon over the decades.

The study, from the perspective of the two disciplines, shows how both are responsible for the creation of categories of people who do not respond to the current reality of migration. Subsequently, the influence of normative technique and legal-journalistic interpretation on the language of the rights of the migrant collective is examined, and on how the natives perceive and relate to these groups. Language and its interpretation act as powerful tools that can build societies of consensus or, on the contrary, of fear and discrimination.

In line with this, the configuration of the freedoms of information and expression and the limits to their exercise constituted in the figure of hate crime are studied. The interference that the modality of hate speech implies in both freedoms forces us to look for other tools, such as education in rights, to promote a responsible and inclusive exercise of these fundamental rights that allows criminal punishment to retain its status of *ultima ratio*.

This thesis also incorporates a study on the use of journalistic language in a specific case related to migration. The results of empirical research offer keys to contribute to the early identification of intolerance and misinformation in the media.

Finally, the conclusions show the need to continue deepening the cross-sectional study of the trinomial regulation-language-information, and its impact on the migratory phenomenon. All this from the promotion of education, based on a language of human rights that favors freedom in equality.

**Key words:** Constitutional law, migration, language, discrimination, freedom of expression, education

Decís vosotros que los tiempos son malos.  
Sed vosotros mejores y los tiempos serán mejores:  
vosotros sois el tiempo.

SAN AGUSTÍN,  
Sermón 80,8

# 1. INTRODUCCIÓN

## A. OBJETO DE ESTUDIO

Afirmaba Adela Cortina (2017, p. 17) que la historia humana consistía “en ir poniendo nombres a las cosas para incorporarlas al mundo del diálogo, la conciencia y la reflexión”. Cuando hace cinco años me topé con estas palabras, desconocía que la necesidad de nombrar realidades sociales para poder reconocerlas, analizarlas y tomar posición ante ellas se convertiría en el *leitmotiv* de esta tesis doctoral.

Los primeros pasos en el ámbito académico, tímidos y vacilantes, me condujeron al estudio del fenómeno migratorio y a su relación con el odio. El motivo era una acuciante crisis de refugiados sirios que tambaleaba los cimientos en los que se había asentado la creación de la Unión Europea, y dejaba entrever que la caída del Muro de Berlín supuso el levantamiento de otras barreras -físicas o invisibles- cuyo fin no era otro que separar a las personas.

La experiencia de cooperación que viví, en el verano de 2017, en el centro de asistencia socioeducativa para menores refugiados en Líbano, ‘Fratelli Project’, me confirmó la idea de que quería investigar sobre el desplazamiento de las poblaciones. En aquel proceso de discernimiento, también descubrí algunos datos preocupantes, como el informe publicado por el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica (CEDRE), en 2021<sup>1</sup>, que mostraba cómo el racismo y la xenofobia crecían a un ritmo vertiginoso en España<sup>2</sup>. O las palabras del Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, que alertó el 7 de mayo de 2020 de que estábamos inmersos en un “tsunami de odio y xenofobia”<sup>3</sup>. Un peligro que subrayó, de nuevo, el 25 de septiembre de 2022 en su cuenta de Twitter: “El discurso de odio sigue proliferando”.

En aquel momento comprendí que deseaba profundizar más en el concepto del discurso de odio. Sin embargo, un estudio exhaustivo de su contenido y límites dirigía la investigación hacia el terreno

---

<sup>1</sup> Informe recuperado el 7 de enero de 2022 de <https://www.igualdad.gob.es/comunicacion/notasprensa/Paginas/solo-el-18-2-de-las-personas-que-han-experimentado.aspx>.

<sup>2</sup> El racismo y la xenofobia son dos formas de discriminación hacia determinados grupos de personas pero no significan lo mismo: la xenofobia proviene del prefijo griego -xeno, que hace referencia a algo o alguien de origen extranjero; y del sufijo latino -fobia, que indica hostilidad o aversión. Por lo tanto, el concepto indica un rechazo hacia el extranjero que no tiene por qué deberse, necesariamente, a motivos raciales o culturales, causas que sí constituyen el origen de las actitudes racistas.

<sup>3</sup> Declaraciones recuperadas el 20 de junio de 2020 de <https://www.unmultimedia.org/avlibrary/asset/2544/2544691/>.



del Derecho penal, cuando se pretendía ir más allá del castigo mediante instrumentos punitivos. Lo que se buscaba, como reflexionaba Cortina (2017), era señalar con el dedo el origen de ciertas realidades y nombrarlas para tratar de afrontarlas. Pero, ¿qué era lo que provocaba el odio, la hostilidad o el rechazo hacia las personas ‘de fuera’? La reflexión que hacía Hannah Arendt en su obra *Nosotros, los refugiados* (1943, p. 364) también ocupó mi mente durante algún tiempo: “La sociedad ha descubierto en la discriminación la gran arma social con la que matar hombres sin derramamiento de sangre”. Pensé entonces en el derecho de las personas a expresarse en libertad, y en cómo dicha libertad, manifestada a través de las palabras, se podía utilizar para menospreciar y excluir del espacio público *-a priori* igualitario- a los más vulnerables.

Estas relaciones entre la libertad, la igualdad y el lenguaje como medio para ejercerlas -o vulnerarlas- orientaban la mirada investigadora hacia otra rama mucho más beligerante en cuanto a la defensa de los derechos humanos y de un lenguaje que integrase un respeto intrínseco a los mismos: el Derecho constitucional. Al fin y al cabo, son las normas constitucionales las únicas de nuestro Ordenamiento que poseen una dimensión educativa de primer orden, que expresan principios y valores que aspiramos a que tengan presencia no solo en nuestro sistema político, sino en toda la sociedad (De Miguel Bárcena, 2023). Y es el lenguaje el principal medio que empleamos para relacionarnos entre nosotros, para comunicar quiénes somos y cómo entendemos a los demás.

Abordar la animadversión hacia los migrantes desde una perspectiva constitucional, me permitía poner el foco de estudio en el poder de las palabras que se emplean en un Estado constitucional que propugna como valores superiores la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo (art. 1.1 CE). En un Estado donde el Derecho, inicialmente, regula la vida de los ciudadanos a través de un lenguaje jurídico que normaliza conceptos (inmigrante, emigrante, refugiado, apátrida...), condiciona los pensamientos y actuaciones de la sociedad hacia determinadas personas (el inmigrante como amenaza, culpable y chivo expiatorio); y termina fabricando realidades que se perpetúan en el tiempo (xenofobia, racismo, discriminación).

Pese a que existían pocos trabajos que abordasen la importante relación entre lenguaje y Constitución, entendíamos que era necesario adentrarnos, con humildad y determinación, en este campo de estudio para analizar dicha influencia de las palabras en el ejercicio de los derechos de un colectivo, como es el migrante, que supone casi el 16% de la población total del país, según el Instituto Nacional de Estadística (2022<sup>4</sup>). Además, la migración está lejos de desaparecer, pues se

---

<sup>4</sup> Informe recuperado el 5 de mayo de 2023 de [https://www.ine.es/prensa/cp\\_j2022\\_p.pdf](https://www.ine.es/prensa/cp_j2022_p.pdf).

estima que para 2050 abandonarán su país en torno a 1000 millones de personas (ACNUR, 2021<sup>5</sup>). Por lo tanto, en las próximas décadas conviviremos entre diferentes especies y culturas. La elección de las palabras que hagamos para nombrar y relacionarnos con la realidad migratoria determinará, en buena medida, el establecimiento de sociedades basadas en el consenso y el respeto, o en el miedo y la discriminación.

El cariz constitucional que definiría la elaboración de este trabajo no impedía reflexionar en otras direcciones, pues el estudio de la palabra convertida en discurso público sobre asuntos socialmente relevantes, también reclama aproximaciones codisciplinarias para su comprensión (Bañón Hernández y Solves Almela, 2021). Igualmente un fenómeno tan complejo y heterogéneo como es la migración exige múltiples perspectivas para abordarlo adecuadamente.

Quizá mi predisposición a la interdisciplinariedad también obedecía a mi doble formación académica: me había graduado en Periodismo y, posteriormente, en Derecho. Los estudios en el ámbito jurídico me obligaban a prestar atención al lenguaje del legislador y a la interpretación que se hacía de él por parte de los operadores jurídicos; pero mi formación en Periodismo me recordaba que igualmente debía reparar en el medio periodístico porque, a fin de cuentas, los periodistas no solo informan sobre la realidad que acontece, sino que participan en su construcción.

Las conexiones entre las dos disciplinas me parecían evidentes: en principio, el Derecho trata de resolver los problemas diarios del ciudadano y el Periodismo, como apuntábamos, informa sobre ellos. El operador jurídico produce, interpreta y aplica el Derecho, lo que sirve para configurar y orientar la vida de los ciudadanos en sociedad; y el periodista descifra los códigos jurídicos, los traduce y transmite a la ciudadanía. Con sus informaciones y enfoques, nos influyen sobre qué pensar y cómo hacerlo (Cohen, 1963).

En definitiva, ambas disciplinas se retroalimentan a través del lenguaje y la comunicación, y son responsables de las imágenes y comportamientos que desarrollan los ciudadanos sobre temas de interés como la migración o el racismo. Tanto el Derecho como el Periodismo son creadores de la realidad social.

En base a todo lo expuesto, en esta tesis doctoral se examinan los efectos del lenguaje y sus percepciones en el ejercicio de los derechos y libertades de las personas migrantes, desde una

---

<sup>5</sup> Marcellesi, F. y Martínez, R. Reconocer y proteger a los refugiados climáticos (27/19/2015). *El País*. Texto recuperado el 8 de mayo de 2023 de [https://elpais.com/internacional/2015/10/26/actualidad/1445872107\\_049759.html](https://elpais.com/internacional/2015/10/26/actualidad/1445872107_049759.html).

perspectiva jurídico-periodística. Sin embargo, el trabajo que sigue es el modesto resultado de lo que nunca ha dejado de ser un intento, pues realizar una tesis doctoral desde una doble vertiente no es tarea sencilla: se corre el riesgo de presentar una amalgama de elementos con poca relación entre sí que aboque al lector a la confusión, en lugar de aportar luz sobre el objeto de estudio. Además, el empleo simultáneo de las dos disciplinas puede derivar en la redacción de bloques separados que den lugar a dos tesis diferentes, en lugar de la esperada obra compacta e interdisciplinar.

Pese a todo, asumimos tamaño reto porque entendemos, en primer lugar, que el futuro de la investigación académica pasa, obligatoriamente, por una interdisciplinariedad que permita vincular dos o más enseñanzas para desarrollar nuevos enfoques metodológicos y resolver todo tipo de problemas. A tal propósito parecen encaminarse los planes de estudio de las universidades con la proliferación de los dobles grados que ofrecen al estudiantado una formación transversal para un mundo cada vez más interrelacionado. En segundo lugar, como se ha dicho, la comprensión de fenómenos heterogéneos necesita múltiples aproximaciones para tratar de comprenderlo en su complejidad: la palabra, las migraciones o el odio son temas de interés público que exigen que dejemos de investigar “de espaldas los unos a los otros” (Bañón Hernández y Solves Almela, 2021, p. 7); y empecemos a hacerlo en conjunto.

Investigar desde diferentes perspectivas nos parece condición *sine qua non* para adquirir un conocimiento amplio, crítico y - por qué no- más certero del entramado legislativo y mediático, que nos ayude a identificar respuestas honestas para todos los ámbitos de actuación. Lo cierto es que si aspiramos a crear un futuro donde el disfrute de los derechos humanos sea efectivo para cualquier persona, hemos de aprender a vivir en diversidad. Esta tesis doctoral constituye un punto de partida hacia ese fin.

## **B. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN**

Los objetivos de esta investigación pueden concretarse en los siguientes:

- Analizar el régimen jurídico del fenómeno migratorio en España, con especial atención a su evolución jurisprudencial y al marco normativo europeo.
- Observar el tratamiento periodístico de las migraciones en relación con los cambios operados en el ámbito normativo.
- Examinar la influencia del lenguaje jurídico en la creación e interpretación de conceptos normativos que definen y regulan la vida de las personas migrantes.

- Estudiar cómo el periodismo descifra el lenguaje del Derecho sobre migración, lo interpreta y transmite a la ciudadanía.
- Determinar cómo el lenguaje jurídico-periodístico contribuye a la construcción social de las personas que forman parte del fenómeno migratorio, así como al ejercicio de sus derechos y libertades.
- Reflexionar sobre el modo en que el Ordenamiento Jurídico español limita y sanciona las libertades de expresión e información de aquellos que las ejercitan para difundir discursos discriminatorios.
- Establecer patrones que permitan identificar un lenguaje intolerante en los medios de comunicación.
- Plantear mecanismos que fomenten un ejercicio responsable e inclusivo de la libertad de expresión cuando afecte a población vulnerable.
- Proponer elementos que conformen un buen lenguaje de los derechos de las personas migrantes.

### **C. ESTRUCTURA DEL TRABAJO ACADÉMICO**

Definidos el objeto de estudio y los objetivos del trabajo, la presente tesis doctoral lo aborda a través de cinco capítulos. El primero de ellos se centra en el análisis del marco regulador del fenómeno migratorio en España: desde el estudio de la figura del migrante y su evolución normativo-jurisprudencial hasta el examen de la regulación de categorías íntimamente relacionadas, como el refugiado, el apátrida o el beneficiario de protección subsidiaria. Este régimen jurídico es el que, en buena medida, ha configurado el lenguaje que establece el ejercicio de los derechos y libertades de estas poblaciones.

Este conocimiento exhaustivo de la regulación migratoria lo acompañamos de una revisión del tratamiento periodístico de la migración, desde que se aprobó la primera ley de extranjería en España hasta la actualidad marcada por los efectos derivados de la pandemia por COVID-19.

Sentadas estas bases, en el segundo capítulo profundizamos en la elaboración del régimen jurídico a través de una aproximación al concepto de técnica normativa. Aquí radica, tal vez, uno de los aspectos más novedosos y complejos de esta tesis, dadas las pocas referencias bibliográficas que

ahondan en la influencia del lenguaje jurídico en la configuración de los derechos del colectivo migrante; y en cómo perciben y se relacionan los autóctonos con estos grupos.

Del estudio de la redacción de las disposiciones, se subrayarán una serie de estrategias discursivas que han favorecido la creación de estereotipos discriminatorios hacia esta población. Asimismo, se destacarán las premisas que ha de cumplir un lenguaje de los derechos que se valga de una descripción y conceptualización realista e integral de las migraciones.

La atención a la redacción de la normativa nos conduce, necesariamente, a su interpretación. Por ello, en el tercer capítulo se examinan los métodos de interpretación jurídicos en relación con la protección de los derechos de las personas vulnerables. Sin embargo, en esta parte no ha de esperar el lector un análisis puramente teórico de los mismos, sino práctico y relacionado, en cierta manera, con la labor de los medios de comunicación. En segundo lugar, nos referimos al conocimiento de la hermenéutica constitucional como método de interpretación específico. Su aplicación supone una garantía efectiva de los derechos fundamentales para todas las personas sin distinción, dada la condición de derecho de Igualdad y de Libertad inherente al Derecho constitucional.

En tercer lugar, aludimos a la interpretación periodística a través de una aproximación a las principales teorías de la comunicación mediática, como el *framing*, la agenda setting o la espiral del silencio. El estudio de las mismas, conectado en diversos puntos con la construcción de las normas, permite conocer por qué, a la hora de informar sobre la realidad migratoria, se otorga importancia a unos temas concretos mientras que otros se omiten, las razones que explican la elección de determinados enfoques para presentar las noticias, etc. Del entendimiento de este entramado, se infiere cómo los medios participan en la construcción de la realidad y contribuyen a modelar las percepciones dominantes sobre temas de interés como la migración.

El cuarto capítulo se ocupa, por su parte, de revisar la configuración jurídica de las libertades de información y expresión, es decir, cómo comunicamos lo que hemos regulado, redactado e interpretado anteriormente. Nos detendremos especialmente en los límites impuestos a la propagación de discursos discriminatorios o de odio hacia ciertos colectivos, donde abordaremos el concepto de delito de odio. También se reflexionará acerca de si los mecanismos sancionadores de aquellos delitos cometidos mediante la palabra (discursos de odio) son suficientes para erradicarlos, y si suponen una intromisión desmedida en la libertad de expresión, fundamento de nuestro Estado social y democrático de Derecho. Por esto, se intentarán proponer otras herramientas de carácter

preventivo como la educación en derechos humanos que pone el foco en que los ciudadanos aprendan a conocer sus derechos y a ejercerlos sin dañar a otros.

Este capítulo culminará examinando la autorresponsabilidad de los medios de comunicación en la difusión de discursos intolerantes; y a su compromiso, como educadores, con la promoción de un lenguaje de los derechos humanos.

El recorrido interdisciplinar efectuado en estos cuatro capítulos lo acompañamos de una muestra de ejemplos, seleccionados de forma deliberada y minuciosa, para lograr una mayor comprensión de lo que se va detallando. No obstante, con la intención de llevar a la práctica todas las deducciones teóricas extraídas a lo largo de las páginas, y mostrar un estudio de caso específico sobre el uso del lenguaje periodístico sobre migración, en el quinto capítulo se selecciona la tragedia de Nador del 24 de junio de 2022, y se estudia su tratamiento informativo en la prensa escrita más leída en España.

Para ello, se diseñará un código de análisis de contenido conformado por parámetros jurídico-periodísticos que analizarán aspectos relevantes como la terminología empleada para referirse a las personas migrantes o los encuadres predominantes en la elaboración de las noticias. Los resultados de la investigación empírica intentarán evidenciar que la cobertura periodística analizada presenta deficiencias claras que pueden germinar en desinformación, antesala del florecimiento de discursos discriminatorios.

Por último, el trabajo ofrece unas conclusiones que tratan de poner de relieve los hallazgos más relevantes. En ningún caso, estas valoraciones finales se presentan como verdades cerradas, sino constataciones provisionales que se someten a consideración de los lectores y sobre las que se seguirá investigando durante los próximos años. Ya que este proyecto de investigación, como su propio nombre indica, es una tarea inacabada y en constante evolución.

#### **D. METODOLOGÍA**

Para el desarrollo de la tesis doctoral se han manejado distintas fuentes normativas, bibliográficas y jurisprudenciales. Respecto de las primeras, se han utilizado textos internacionales, europeos y constitucionales, así como otras fuentes de rango infraconstitucional de diverso signo. Respecto de las segundas, referenciadas al final del trabajo, se ha prestado atención a distintas obras del ámbito jurídico y periodístico. Aludiendo de nuevo a la interdisciplinariedad que caracteriza este trabajo, también se ha tenido en cuenta doctrina perteneciente a los campos de estudio de la Sociología y la

Lingüística, dado que el estudio de los procesos migratorios a partir del análisis de la palabra conforman, en ambas disciplinas, líneas de investigación consolidadas en España y en el extranjero (Bañón Hernández y Solves Almela, 2021).

Con respecto a las fuentes jurisprudenciales, se ha hecho uso, especialmente, de la jurisprudencia constitucional española (TC) aunque también nos hemos referido, en no pocas ocasiones, a la del Tribunal Supremo (TS) y a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Por último, para la elaboración de la investigación empírica que aparece en el quinto capítulo, se ha empleado la técnica del análisis de contenido, entendida como un procedimiento de investigación cuantitativo centrado en el análisis de mensajes (Riffe y Freitag, 1997). Igualmente, nos hemos inspirado en el análisis crítico del discurso (Van Dijk, 1997), que estudia el modo en que el abuso de poder, el dominio y la desigualdad son practicados y reproducidos por los textos y el habla en un contexto sociopolítico determinado. La explicación de ambos métodos se detallará en el propio capítulo (p. 372).

# CAPÍTULO I. LA REGULACIÓN DE LA MIGRACIÓN EN ESPAÑA Y SU INCIDENCIA EN LA CONFIGURACIÓN DEL ESTATUS JURÍDICO-SOCIAL DEL MIGRANTE

Voy con las riendas tensas  
y refrenando el vuelo,  
porque no es lo que importa llegar solo ni pronto,  
sino con todos y a tiempo.

LEÓN FELIPE

## 1. Punto de partida: el concepto de ‘migrante’ y su relación con la hostilidad

La migración constituye un rasgo inherente a la naturaleza de las personas. Las primeras manifestaciones en torno a la movilidad humana se sitúan en la época antigua, cuando las poblaciones se movían de un lugar a otro en función de lo que podían cazar para asegurar su supervivencia. Más tarde, a esta se sumarían otras razones como la búsqueda de la libertad y la senda de las riquezas; o de la “felicidad” cuyo “derecho inalienable a todos los hombres” proclamó la Declaración de Independencia de Filadelfia (1776) como una de las “verdades evidentes” del mundo. Cualesquiera de estos motivos inspirarían a las personas en su afán por recorrer el mundo.

Partimos entonces de la premisa que defienden con fervor autores como Bauman (2016), que al ser cuestionado por el origen exacto de la inmigración solía responder: somos inmigrantes desde siempre.

Sin embargo, como seres humanos en movimiento (Díaz Revorio, 2021, afirma que el carácter nómada lo llevamos en nuestros genes<sup>6</sup>), también albergamos cierta vocación de permanencia que

---

<sup>6</sup> No solo lo afirma el autor en sentido figurado, sino que se apoya en estudios que parecen demostrarlo, como el de Dobbs (2016, p. 16 y ss.) en el que se explica que el ansia humana por explorar es innato y puede que se deba a “una variante de un gen llamado DRD4 que interviene en el control de la dopamina, un mensajero químico del cerebro con una función importante en el aprendizaje y los mecanismos de recompensa. Los investigadores han asociado muchas veces esta variante, conocida como DRD4-7R y presente en el 20% de los humanos, a la curiosidad y la inquietud”. El autor detalla que “decenas de estudios en humanos han descubierto que la variante 7R hace a sus portadores más proclives a aceptar riesgos, explorar nuevos lugares, ideas, comidas, relaciones, drogas o conductas sexuales, y, en general, a apreciar el movimiento, los cambios y la aventura”. De hecho, varias investigaciones han relacionado el citado 7R con las migraciones humanas: “El primer gran estudio genético en llegar a esta conclusión, dirigido en 1999 por Chuansheng Chen, de la Universidad de California en Irvine, descubrió que el 7R era más frecuente en las modernas culturas migratorias”. Más tarde, en 2011, otro estudio más amplio y con un análisis estadístico más riguroso confirmó esta observación “al hallar que el 7R, junto con otra variante llamada 2R, tiende a encontrarse con más frecuencia que la puramente atribuible al azar en poblaciones cuyos antepasados cubrieron distancias más largas en sus migraciones desde que salieron de África”. Al final, ambos estudios respaldan la idea de que “un estilo de vida nómada se asocia con una mayor incidencia de la variante 7R”.



nos obliga a querer dejar huella en aquellos lugares que consideramos como ‘nuestros’ para, así, - solo nosotros- cultivarlos, enriquecernos... hasta destruirlos<sup>7</sup> (Harari, 2014). Esto ha generado numerosos conflictos entre los seres humanos que veían en ‘otros’ de su misma especie una amenaza para la consecución de estos fines personales; unos orígenes individualistas, egoístas y violentos que llevarían a Hobbes a proclamar en su obra *Leviatán* (2003<sup>8</sup>) el conocido aforismo de que “el hombre es un lobo para el hombre”.

Quizá por ello, con el paso de las décadas y las transformaciones sociales, el carácter ‘nómada’ de la humanidad se ha ido perdiendo para pasar a caracterizar únicamente a un grupo muy concreto de personas, aquellos que deciden -o se ven obligados a- huir de sus países de origen por necesidades de cualquier índole: los denominados inmigrantes o simplemente migrantes<sup>9</sup>.

---

<sup>7</sup> El autor parte del pensamiento de que la humanidad posee una actitud “depredadora” comprometida con la extinción de otras especies y del ecosistema en el que habita. Además, critica lo que se conoce como “el orden natural de las cosas” al afirmar que el devenir histórico se ha caracterizado por una perpetuación de estructuras de dominio manejadas al antojo de los poderosos para someter a las clases más débiles.

<sup>8</sup> La fecha original de publicación de la obra es 1651.

<sup>9</sup> A lo largo de esta investigación, para designar a este colectivo hemos optado por el uso de diferentes vocablos a cuya interpretación nos referiremos exhaustivamente cuando proceda. Por el momento debe saber el lector que preferimos huir del término ‘inmigrante’ porque únicamente enfatiza la perspectiva concreta de salida de una zona determinada. En su lugar, utilizaremos la construcción (in)migrante que creemos que refleja, por un lado, el uso extendido de esta palabra en la mayoría de estudios doctrinales y normativa referente nuestro tema objeto de estudio, a los que necesariamente deberemos aludir en páginas posteriores. Y por otro, hemos de recordar que el hecho de que estas personas se puedan encontrar inmigrando en un momento determinado de su vida, no significa que este sea su único rasgo identificativo. De ahí que coloquemos el prefijo -in- entre paréntesis, pues lo relevante no es tanto que abandonen su país, sino que estén en movimiento (migración). Por ello, ‘migrante’ es un término menos definido que resulta preferible (Díaz Revorio, 2021, entre otros) para tratar la perspectiva genérica que implica trasladarse del lugar en el que se habita a otro diferente (lo que también puede ocurrir en el seno del propio país, haciendo referencia a los denominados movimientos migratorios internos) debido, en la mayoría de los casos, a la necesidad de mejorar las condiciones de vida existentes. Esto habitualmente les ubica como minoría o colectivo vulnerable o en riesgo de marginación, y en no pocos casos implica además la existencia de una situación (al menos temporal) de pobreza (Díaz Revorio, 2021).

En este sentido, Gorjón Barranco (2020) señala el fenómeno de la globalización y las contradicciones que surgen en torno a él<sup>10</sup> (como la inexistencia, por ejemplo, de una globalización de los derechos que supondría una auténtica universalización e igualdad entre todos los seres humanos, Díaz Revorio, 2021) como la principal causa que explica el gran desplazamiento de personas que se ha producido en términos generales, desde el Sur hacia el Norte del mundo.

Por citar un ejemplo, en la Unión Europea, en 2019 vivía en torno a un 5% de ciudadanos que no pertenecen a ningún Estado miembro; en España, sin embargo, los flujos migratorios han ido en aumento con el paso de los años. Pues si en 1998 un 1,5% de nuestra población era inmigrante, en 2019, según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), la cifra se sitúa por encima del 10%<sup>11</sup>.

No obstante, esta diversidad no implica que hayamos construido una sociedad basada en el respeto y la tolerancia hacia la interculturalidad. De hecho, parece que durante las últimas décadas estamos asistiendo a una redimensión de los conflictos relacionados con los extranjeros entendidos como los “otros” (Van Dijk, 1997<sup>12</sup>). Pues si hace años a inmigrantes, como el poeta Antonio Machado, otras naciones les cerraban sus puertas ante el miedo de que pudiesen arrebatarles lo que consideraban propiedad de los autóctonos, hoy en día, al que llega para ser acogido se le suele recibir con una especie de hostilidad en sus diferentes manifestaciones.

En efecto, la hostilidad hacia los inmigrantes, lejos de reducirse o estabilizarse, presenta un ritmo tan acelerado como alarmante. Así lo señalan los informes anuales publicados por el Ministerio del

---

<sup>10</sup> La globalización se define como un proceso de índole económica, tecnológica, política, social y cultural a escala mundial que consiste en la creciente comunicación e interdependencia entre los distintos países del mundo, que unen sus mercados a través de una serie de transformaciones para alcanzar un carácter global. En este sentido, Fazio Vengoa (2003) entiende que la globalización, lejos de unir de forma efectiva a las naciones, “exacerba las diferencias entre ellos, incluso permite la supervivencia de formas identitarias menores que reafirman o, por lo menos pueden reafirmar si así lo desean y perseveran, su singularidad en el mundo”. Quizá esto se deba a que la globalización se mueve en una contradicción perceptible entre la apertura y la flexibilización a la circulación de capitales y productos que demanda el comercio internacional, y la restricción y represión a la circulación de personas que exigen y efectúan los Estados modernos.

<sup>11</sup> Informe recuperado el 5 de mayo de 2023 de [https://www.ine.es/prensa/cp\\_j2022\\_p.pdf](https://www.ine.es/prensa/cp_j2022_p.pdf).

<sup>12</sup> El enfoque dicotómico “nosotros-ellos” se basa en una ideación homogeneizadora, negativa y estereotipante de la alteridad, frente a las dimensiones positivas que se atribuyen al endogrupo. En esta construcción de la realidad analizada por Van Dijk en numerosas de sus obras, han desempeñado un papel determinante los medios de comunicación cuyas informaciones publicadas, a lo largo del tiempo, ponían el foco en las diferencias socioculturales y los problemas que originaba la población migrante para el país receptor; mientras que reforzaban los rasgos positivos que caracterizaban a los autóctonos. Todo ello ha contribuido a construir en el imaginario social una concepción negativa y mercantilista que considera a los migrantes como seres pertenecientes a una categoría inferior, en definitiva, una carga para aquellos que los acogen.

Interior de España<sup>13</sup>, donde se cifran los delitos de odio sufridos por la población inmigrante en nuestro país. Lo mismo está sucediendo en el seno de la Unión Europea, donde según el Consejo de Europa asistimos a un recorrido imparable del odio que no deja libre a ningún territorio de la Unión<sup>14</sup>. En ese auge de ciertos movimientos xenófobos y racistas, Pérez Vera (2019, p. 16) señalaba que, partiendo de planteamientos populistas, estos “inundan las redes sociales y la opinión pública con manifestaciones excluyentes de todo lo que se considera diferente de una pretendida identidad nacional, que se presenta tanto mejor cuanto más monolítica. Y no hay duda de que los inmigrantes encarnan de manera paradigmática esa diferencia que se percibe como una amenaza”.

Y frente al odio entendido como frontera, valla o muro para preservar identidades nacionales, lo más curioso es que el movimiento de las migraciones está lejos de desaparecer. El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) estima que para 2050 abandonarán su país en torno a 1.000 millones de personas<sup>15</sup> debido al cambio climático que, según Naïr (2016), se erige a día de hoy como la primera causa de migración en el mundo.

Sumémosle a estas cifras el número de personas que emigrarán por otras razones derivadas de las que comentábamos al principio: la desigualdad económica imperante, la falta de libertad de expresión en países totalitarios o únicamente en virtud del ejercicio reconocido en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH):

*“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.*

*2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país”.*

Esto último debería bastar para comprender la acción de emigrar, inmigrar -o simplemente migrar- como un auténtico derecho ligado a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la

---

<sup>13</sup> Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España (2021), recuperado el 20 de enero de 2022 de <https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/delitos-de-odio/estadisticas/INFORME-EVOLUCION-DELITOS-DE-ODIO-VDEF.pdf>.

<sup>14</sup> Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorándum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Recuperada el 5 de enero de 2020 de <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

<sup>15</sup> Marcellesi, F. y Martínez, R. Reconocer y proteger a los refugiados climáticos (27/19/2015). *El País*. Texto recuperado el 8 de mayo de 2023 de [https://elpais.com/internacional/2015/10/26/actualidad/1445872107\\_049759.html](https://elpais.com/internacional/2015/10/26/actualidad/1445872107_049759.html).

personalidad, cuyo ejercicio no habría de necesitar justificación o defensa alguna, simplemente resulta inherente al ser humano dada su condición natural.

Es por todo ello que nos preguntamos: ¿cómo se ha de responder al crecimiento exponencial del movimiento migratorio y de la hostilidad (política, social, mediática) hacia este? ¿Hemos de asumir que se trata de fenómenos intrínsecos que están obligados a cohabitar? De tal forma, que el incremento de uno necesariamente implica el del otro, que recurrirá al establecimiento de barreras no solo físicas, sino también jurídicas (promulgación de leyes que a lo largo de las décadas han regulado y protegido los derechos de los seres humanos migrantes, pero también han supuesto restricciones a su natural derecho a la movilidad). Y, sobre todo, conceptuales, pues en función de las palabras que utilicemos para referirnos a las personas y en las que basemos nuestra forma de relacionarnos con ellas y de concebir el mundo exterior, estas pueden -o no- constituir un factor de inclusión o exclusión hacia los migrantes.

La respuesta a estas cuestiones es ciertamente compleja, pero quizá el recuerdo del poeta Antonio Machado y de su identidad migratoria pueda servirnos como origen y fin de nuestra investigación. Uno de sus poemas menos conocidos, pero con un fuerte significado atemporal decía: “Nadie es más que nadie, porque –y este es el más hondo sentido de la frase–, por mucho que valga un hombre, nunca tendrá valor más alto que el valor de ser hombre”.

La igualdad en dignidad que subyace en estos versos se erige como la principal razón para intentar romper el binomio migración-hostilidad.

## **2. El origen de la categoría de ‘migrante’ y los derechos reconocidos en el marco constitucional**

Cuando tratamos de definir jurídicamente ‘migración’ o ‘migrante’<sup>16</sup> nos encontramos ante términos genéricos no concretados en el derecho internacional que, por uso común, designan a “movimientos de personas que se trasladan fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a

---

<sup>16</sup> Creemos más adecuado partir del término ‘migrante’, recogido con múltiples matices y connotaciones en numerosas declaraciones internacionales y europeas, que del vocablo “extranjero” que cada Estado define de forma particular en sus ordenamientos jurídicos internos. En el caso español, el art. 1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, dispone que “*se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*”. La imprecisión en la definición obedece a la conceptualización efectuada en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, que afirma que se entenderá por extranjero a “*toda persona que no sea nacional de los Estados miembros de las Comunidades Europeas*”.

través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones” (Organización Internacional para las Migraciones -OIM-, 2019<sup>17</sup>).

Se trata de definiciones que, aunque parten de la neutralidad para explicar el fenómeno, pecan de vaguedad e imprecisión, dado que, como veremos en las páginas siguientes, los refugiados también pueden constituir grupos que se ven obligados a desplazarse por causas sociales. Entonces, ¿migrantes y refugiados son términos idénticos?

En este sentido, Mármola (1997) distinguía entre migraciones voluntarias y forzadas, e interpretaba que en las voluntarias la decisión migratoria se toma en función de las ventajas que ofrece el lugar de destino, aun cuando el lugar de origen no está condicionando u obligando la partida. El autor enmarcaba en esta categoría la figura del inmigrante. Mientras que las migraciones forzadas son aquellas motivadas por una presión externa directa como puede ser un conflicto armado o una situación extrema, como sería el caso de los refugiados (Mármola, 1997).

No obstante, y aunque creemos que esta distinción resulta muy efectiva a efectos organizativos y sistemáticos para poder exponer las razones que están detrás de las migraciones, no resulta, sin embargo, tan determinante y científica como parece. Y ello porque no entendemos la autonomía de la voluntad como un hecho objetivo por el que uno opte de forma libre, es decir, las situaciones no impactan de la misma forma en todos los ciudadanos.

Puede ocurrir que quien atraviese, por ejemplo, una situación prolongada de desempleo se sienta forzado a abandonar su país en busca de oportunidades en el extranjero; pero también quien, en la misma situación, elija voluntariamente esperar a que la coyuntura mejore sin abandonar su lugar de residencia. ¿Quién decide, entonces, o qué criterios marcan que la migración sea voluntaria o forzada? Es una cuestión ardua para la que, probablemente, hallaríamos múltiples respuestas. Respuestas que se ofrecen tanto en base a la experiencia, prioridades y valores que forman parte del acervo personal de cada uno de nosotros, como a partir de la capacidad de las autoridades públicas para generar un sentimiento de pertenencia a un pueblo, propiciado no solo porque oferta condiciones objetivas de progreso (recursos sociales, laborales y económicos), sino también porque es capaz de generar un sentimiento de arraigo y bienestar emocional en su propia ciudadanía.

---

<sup>17</sup> Glosario de la Organización Internacional para las Migraciones, disponible para su consulta online en <https://www.iom.int/es/definicion-de-la-oim-del-termino-migrante#:~:text=T%C3%A9rmino%20gen%C3%A9rico%20no%20definido%20en,permanente%2C%20y%20por%20diversas%20razones>.

En cualquier caso, podemos hallar una definición de ‘inmigrante’ que resulta de ayuda a efectos de diferenciarlo de la categoría jurídica de ‘refugiado. La OIM (2019), en su Glosario sobre Migración<sup>18</sup>, precisa el “estatuto del inmigrante” y aclara que se trata del estatus de una persona considerada inmigrante, de acuerdo con la legislación interna del Estado receptor.

Antes de adentrarnos en las luces y sombras que presenta la normativa de extranjería en nuestro país, desde un marcado carácter mercantilista, resulta de interés la clasificación que establece Bogado Bordazar (2012) sobre dos tipos de inmigrantes. Así, estos pueden ser laborales (o económicos, que el autor entiende que viene a significar lo mismo en este contexto) y a su vez internos o internacionales: el primer caso se diferencia del inmigrante internacional en que la persona no traspasa una frontera internacional en su decisión de traslado, sino que se moviliza dentro de su país de residencia o en el interior de una unión económica de integración, como podría ser la UE.

No obstante, en ambos supuestos se abandona el lugar de residencia en busca de una vida mejor en un nuevo país; algunos huyen de la miseria económica en la que se encuentra su nación de origen, otros emprenden el viaje con el objetivo de hallar mejores oportunidades profesionales o laborales (Bogado Bordazar, 2012).

Ligado a este último supuesto hallamos también la definición de trabajador migratorio, que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares de la ONU define en su artículo 2 como *“toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional”*. Como hemos observado, las diferentes definiciones ofrecidas se aproximan al concepto de “inmigrante” desde una perspectiva laboral, lo que a su vez origina que la situación administrativa en la que estas personas se encuentren en el país de destino adquiera una importancia descomunal con respecto a su situación personal, familiar... Cabe recordar que en ningún caso nos podemos referir a los migrantes como ‘legales’ o ‘ilegales’, pues únicamente pueden ser objeto de ilegalidad los actos que cometemos, no las personas que los llevan a cabo. La alusión a estos términos contribuye, en palabras de González Cámara (2010, p. 672), “a la criminalización de los inmigrantes en situación irregular, cuando en buena parte de los Estados [no poseer la

---

<sup>18</sup> Glosario de la Organización Internacional para las Migraciones, disponible para su consulta online en <https://www.iom.int/es/definicion-de-la-oim-del-termino-migrante#:~:text=T%C3%A9rmino%20gen%C3%A9rico%20no%20definido%20en,permanente%2C%20y%20por%20diversas%20razones>.

documentación en regla] consiste únicamente en una falta administrativa y la mayoría de los migrantes en situación irregular no ha cometido ningún delito penal”.

Algo idéntico ocurriría con los términos ‘irregulares’, ‘clandestinos’ o ‘sin papeles’ que caracterizan situaciones, pero al emplearlas como definitorias de una persona le niegan su condición personal de individuo<sup>19</sup>.

Esto se entiende, en parte, porque hasta la década de los 50 los vínculos jurídicos de pertenencia a un Estado prevalecían sobre la solidaridad humana (Fernández Pérez, 2016). Sin embargo, poco a poco se va alzando la consideración del carácter de persona humana del extranjero y, a partir de esta, el reconocimiento de una serie de derechos inalienables.

En términos generales, se considera que los derechos y libertades fundamentales de los extranjeros fueron afirmados a partir de la Resolución del Instituto de Derecho Internacional realizada en su sesión de Nueva York de 1929 (Fernández Pérez, 2016), aunque, como bien apunta la autora, dichas libertades después fueron objeto de restricciones impuestas por el Estado, sobre todo en lo que concierne a las libertades económicas. En este sentido, la Declaración Internacional de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948 supuso la “consolidación de la tendencia progresiva a la igualdad de trato en materia de derechos y libertades entre nacionales y extranjeros (...), marcando las pautas programáticas básicas que habrían de delimitar el alcance jurídico de esta equiparación en el marco del desarrollo del Derecho Internacional de los derechos humanos” (Bonet Pérez, 2004, pp. 316-321).

---

<sup>19</sup> Llegados a este punto, resulta necesario realizar una pequeña precisión en referencia a la relación existente entre el ‘inmigrante’ y la denominada ‘aporofobia’. Si uno lo piensa detenidamente, no habrá escuchado con asiduidad el término ‘inmigrante’ referido a un extranjero adinerado que emigra a Europa con el propósito de emprender un negocio o establecerse de forma permanente por cuestiones de diversa índole. Sin ser conscientes -o quizá deliberadamente- empleamos el vocablo para hablar sobre los inmigrantes pobres; y la palabra “extranjero” para hacerlo con respecto a los ricos. En España hallamos una ejemplificación de este trato desigual a raíz de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que entre otras situaciones prevé que cualquier extranjero que adquiriera una vivienda por un valor mínimo de 500.000 euros o invierta en capital en nuestro país opta, si lo desea, a adquirir el permiso de residencia “Golden Visa”. De hecho, se establece un plazo de 20 días para que la Administración responda a la solicitud de visado, si no hay respuesta, se entiende concedida.

Una situación completamente distinta a la que prevé la Ley de Extranjería para conceder los permisos de residencia a inmigrantes, en la que el plazo del que dispone la Administración para contestar a las solicitudes de residencia se aumenta hasta tres meses, y si no se ha respondido en ese periodo de tiempo, la solicitud se considera denegada; y ello sin mencionar, por no constituir objeto de esta comunicación, la cantidad de trabas y obstáculos que prevé la Ley para conceder tales permisos. Ante estas dos realidades, no cabe duda de que el dinero se erige como un elemento determinante a la hora de, o bien, disfrutar de un privilegio, o por el contrario, verse forzado a sufrir los farragosos mecanismos legislativos para el reconocimiento de un derecho; y a ser recibido con menos entusiasmo y más suspicacia que el extranjero acaudalado.

En tratados posteriores, donde destacan particularmente el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales (CEDH) de 1953, la Carta Social Europea de 1961, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966; y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1996, observamos, por un lado, un hondo respeto por la soberanía estatal en la fijación de su política migratoria. Recordemos, pues, el artículo 2 del Protocolo número 4 del CEDH donde dispone el derecho a la libre circulación y la libertad de residencia únicamente a “*aquellos extranjeros en situación regular o legal*”. De esta manera, no se reconoce el derecho a todo extranjero de entrar y permanecer en un Estado Parte.

Y, por otro lado, es clara la inclinación a establecer, en el seno de la Unión Europea, un estatuto jurídico privilegiado de los extranjeros comunitarios frente a un estatuto común para los no comunitarios. Así, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000) se restringe el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo a los ciudadanos de la Unión, así como en las elecciones municipales (arts. 39 y 40); y se limita de nuevo la libertad de circulación a los ciudadanos de la Unión (art. 45). Todo ello mientras que, como bien señalaba Bonet Pérez (2004), la Carta oferta la igualdad de trato solamente a “*los nacionales de terceros países que estén autorizados a trabajar en el territorio de los Estados miembros en materia de condiciones de trabajo*” (art. 15.3).

Estas tendencias político-jurídicas se interrelacionan en nuestra Constitución Española, que apenas dedica unos cuantos artículos a las personas migrantes. El art. 13 constituye el punto de referencia de la configuración constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España (Bonet Pérez, 2004; Vidal Fueyo, 2009, p. 189 y ss.), “la base de nuestro derecho de extranjería”<sup>20</sup> (Hernández Melgar, 2016); especialmente lo dispuesto en sus párrafos 1 y 2:

*“1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.*

*2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”.*

---

<sup>20</sup> En líneas generales, se trata de una rama del ordenamiento jurídico que regula los derechos de los no nacionales, en particular su régimen de acceso, estancia, permanencia, salida y expulsión del territorio, así como su régimen de derechos y libertades (Diccionario panhispánico del español jurídico, 2020). Definición recuperada el 12 de febrero de 2022 de <https://dpej.rae.es/lema/derecho-de-extranjer%C3%ADa>.



La debilidad de la regulación constitucional del fenómeno migratorio ha supuesto la apertura de un amplio vacío que han aprovechado los sucesivos gobiernos para modificar, reiteradamente, la ley de extranjería española en función de intereses contrapuestos. De hecho, la diferencia entre partidos situados en lados opuestos de la escala ideológica se refleja en la adopción y aplicación de mayores o menores medidas restrictivas y de apertura (Fernández Pérez, 2016).

Paralelamente, esto ha obligado a una actuación de extraordinaria importancia del Tribunal Constitucional que durante los últimos treinta años se ha encargado de matizar o reducir las limitaciones a los derechos de los extranjeros practicadas habitualmente en todos los países de nuestro entorno.

Siguiendo a Fernández Pérez (2016, p. 8), en el caso español desde que se aprobó la primera ley de extranjería en 1985 hemos sido testigos de un “complejo diálogo” entre el intento de los poderes ejecutivo y legislativo de establecer normas de control de los movimientos migratorios y de restricción de derechos de los extranjeros, y la acción correctora en el ámbito judicial a través de la labor del Tribunal Constitucional. Y es que la autora acierta al señalar que la ordenación de la extranjería, la adecuación de una ley a la Constitución es algo más que un problema jurídico, pues “de lo que se trata es de saber si dicha ley respeta los postulados de justicia que la Constitución instituye para regir la vida de una determinada sociedad, lo cual es antes que nada una cuestión política sobre la que es no solo necesario, sino sumamente conveniente, un debate permanente”.

En este diálogo-debate entre nuestros tres poderes esenciales de organización del Estado (ejecutivo, legislativo y judicial), el Tribunal Constitucional ha ido asentando una doctrina a partir de una interpretación progresiva del art. 13 que, de acuerdo con el profesor Balaguer Callejón (2021), consagra unos criterios en los que iremos ahondando conforme analicemos sus sentencias más destacadas en esta materia. Sin embargo, por razones de clarificación consideramos conveniente señalarlos y situarlos como punto de partida de este estudio jurídico-normativo cuyo fin, que ha de estar siempre presente, no es otro que averiguar si la evolución y cambios operados en este ámbito han influido de forma determinante en la concepción que albergamos hoy sobre las personas migrantes:

a) la única exclusión de titularidad de derechos y libertades fundamentales que la CE realiza respecto de los extranjeros se constriñe a los derechos de participación política del art. 23; b) aunque todos los derechos y libertades de los extranjeros son, respecto a su contenido, de configuración legal, queda garantizado el pleno respeto del contenido esencial del derecho constitucionalmente definido; y c) a pesar de la dicción literal del art. 14 CE (que predica la

igualdad ante la ley tan solo respecto de los españoles), existe un núcleo de derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos.

En este último caso, se refiere el profesor Balaguer Callejón (2021) a aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, consagrados en el art. 10 CE (*“la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”*) que constituyen el fundamento de nuestro orden político español.

En relación a la titularidad de los extranjeros para el ejercicio de sus derechos, resulta imprescindible partir de la STC 107/1984 de 23 de noviembre<sup>21</sup>, que constituye el primer pronunciamiento relevante en materia de interpretación de los derechos y libertades de los extranjeros por parte del Tribunal Constitucional español.

En esta sentencia se abordó, en primer lugar, el problema de la interpretación del principio de igualdad del art. 14 CE en relación a la población no nacional, es decir, indirectamente la sentencia resolvió también el alcance del art. 13.1 CE: el Tribunal señaló que *“cuando el art. 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad lo hace refiriéndose con exclusividad a “los españoles”. Son estos quienes, de conformidad con el texto constitucional, ‘son iguales ante la Ley’ y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros”*.

Seguidamente se matizó esta afirmación al señalar que la igualdad jurídica de los inmigrantes ha de interpretarse conforme el artículo 13 CE; es decir, el hecho de que la CE no recoja a través de una declaración expresa la igualdad existente entre españoles y extranjeros no quiere decir que, *a contrario sensu*, proclame la desigualdad entre ambos (Santamaría Ibeas, 1993).

Parece que lo que el TC pretende evitar es que la solución se circunscriba a una interpretación únicamente del art. 14 CE, y lo que hace, en palabras de Santamaría Ibeas (1993, p. 505), es *“ampliar la cantidad de preceptos que es necesario conjugar para hallar la interpretación más conforme con el espíritu constitucional”*.

Después de fijar uno de los principios básicos del derecho de extranjería en nuestro país, que la Constitución es obra de españoles, pero no exclusivamente para españoles, el TC crea una triple categoría de derechos para los extranjeros a partir de la denominada ‘teoría tripartita de los

---

<sup>21</sup> Nos encontramos ante el caso de un trabajador uruguayo, a quien su empleador le exigió una autorización de residencia para poder celebrar con él un contrato de trabajo. El actor en el amparo invocó acuerdos entre España y Uruguay de reciprocidad e igualdad laboral, alegando la violación de los artículos 13, 14 y 35 de la Constitución de España. El Tribunal finalmente desestimó dicho recurso de amparo.

derechos<sup>22</sup> (entre otros, Santamaría Ibeas, 1993; Vidal Fueyo, 2009), que mantendrá a lo largo de toda su jurisprudencia y que ha sido dotada de especial importancia dada, como ya es sabida, la falta de concreción de los preceptos constitucionales a la hora de ser aplicados en el ámbito de la extranjería (Solanes Corella, 2019).

El TC parte de una expresión ya establecida en la STC 107/1984 para convenir con la contraparte en que la Constitución es, efectivamente, obra “*de*” españoles, pero no exclusivamente “*para*” españoles. Así, alude en una primera categoría a aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE)<sup>23</sup> y declara la equiparación entre nacionales y extranjeros. La segunda categoría recae sobre los derechos derivados del artículo 23 CE (derecho al voto) que entiende que son derechos predicables de los ciudadanos españoles, y sobre los cuales no hay equiparación con los extranjeros. Y, por último, el resto de derechos que dependerán de lo que se establezca en los tratados y leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto de los nacionales.

El contenido de la primera categoría de derechos incluye de manera no exhaustiva los siguientes: derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc. Esta serie de garantías corresponde a los extranjeros por mandato constitucional y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles. Además, aquí también se incluye la tutela judicial efectiva (proclamada en el art. 24.1 CE) que es uno de los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, y ello es así, como afirma el TC, “*no solo por la dicción literal del citado artículo -todas las personas...-, sino porque a esa misma conclusión se llega, interpretando, según exige el art. 10.2 de la CE, en relación al art. 10 de la DUDH...*”.

También se enmarcaría dentro de este grupo de derechos el de la libertad individual contenida en el art. 17 CE, “*el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que, corresponden por igual a los españoles y a los extranjeros*”.

---

<sup>22</sup> Escapa al objeto de esta tesis el análisis de las luces y sombras que ha comportado el establecimiento de esta teoría tripartita de derechos a la que el Tribunal Constitucional se ha remitido insistentemente a lo largo de su jurisprudencia sobre derechos y libertades de las personas migrantes. Para profundizar en el tema, especialmente en los problemas que ha acarreado esta clasificación, se recomienda la lectura de Vidal Fueyo, M. C. (2009). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 353-379.

Los derechos correspondientes a la segunda categoría se atribuyen únicamente a los nacionales, donde a su vez habría que diferenciar entre dos subcategorías:

Por una parte se encuentra el art. 23 CE respecto a los derechos políticos, como el derecho al sufragio y el de acceder a las funciones y cargos públicos, que el art. 13.2 atribuye “*solamente*” a los españoles, quedando así limitado a las personas extranjeras, salvo, como especifica el artículo en su apartado segundo, “*lo que atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales*”.

Este apartado fue objeto de la primera reforma constitucional que ha experimentado nuestra CE y supuso la adhesión del inciso “*y pasivo*” para completar el derecho de sufragio que hasta ese momento los extranjeros solo podrían ejercer de forma activa. Dicha reforma obedeció a la ratificación por España del Tratado de la Unión Europea firmado en Maastricht en 1992.

Como consecuencia de su entrada en vigor, los ciudadanos europeos comenzaron a ostentar, entre otros, los derechos de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales de los municipios en los que residiesen, correspondientes a otro país miembro distinto al de origen.

Este es, hoy por hoy, el único supuesto en que se ha reconocido la excepción del artículo 13.2. Pero en cualquier caso no es aplicable a la situación de estancia, sino tan solo a la de residencia.

Por otra parte, nos topamos con aquellos derechos que la CE atribuye a los españoles pero sin impedimento a que el poder legislativo los haga extensibles a las personas extranjeras. Se trata de derechos no constitucionales en relación a estas personas, en los que el art. 13.1 no impone un núcleo mínimo (no se ubican bajo la sección 1a, del título I, “*libertades públicas*”); y que pueden ser regulados por la ley o los tratados de igual o desigual manera para españoles o extranjeros.

Por último, la tercera categoría de derechos se refiere, según la citada STC 107/1984, de 23 de noviembre, a los que “*pertenecerán o no a los extranjeros según dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio*”. Estos derechos son los contemplados en nuestra ley de extranjería cuya evolución legislativa y cambios significativos analizaremos en profundidad en unos instantes.

Lo que parece evidente es que el desarrollo legal del art. 13.1 de la CE era indispensable (“*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley*”); y es a este imperativo al que respondía el Título I (derechos y libertades de los extranjeros) de la primigenia Ley Orgánica 7/1985, y que se mantiene en el mismo título de la actual LO 4/2000. En su art. 3.1 se formula una norma de carácter general

según la cual “los extranjeros gozan en España de derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”; y en ella se modula el ejercicio de derechos y libertades fundamentales.

Eso sí, se toma como punto de partida la situación administrativa regular o irregular de la persona extranjera en el territorio español para el pleno ejercicio de los derechos y libertades. Así se expone en el Preámbulo que asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España.

En línea con lo anterior, el ejercicio de algunos derechos y libertades fundamentales se reguló por dicha Ley, aun cuando estos estuvieron recogidos bajo el término “*todos*” en la CE, como el derecho de fundar sindicatos o el de reunión o asociación cuyas restricciones previstas en la Ley fueron posteriormente declaradas inconstitucionales en la STC 115/1987, de 7 de julio, y siempre desde luego, diferenciando entre las situaciones administrativas regular o irregular de los extranjeros. De la misma manera, el TC argumentó en torno al goce del derecho de asociación por parte de los extranjeros lo siguiente: “*El art. 13.1 de la Constitución (...) ha de respetar en todo caso las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando este ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la CE. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales*”.

### **3. Del artículo 13 de la Constitución Española a la promulgación de la primera ley de extranjería, la LO 7/1985, de 1 de julio**

La denominada ‘teoría tripartita de los derechos’ también sería mencionada en el segundo pronunciamiento significativo del Tribunal Constitucional en materia migratoria: se trata de la STC 115/1987, de 7 de julio, que resolvió un recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la primera regulación real sobre extranjería tras la aprobación de la Constitución en 1978.

Dos hechos marcaron el nacimiento de esta primigenia ley: en primer lugar, la aprobación se produjo en un momento en el que se adivinaba el cambio de tendencia de la emigración a la inmigración en España, de tal forma que este dejaba de ser ‘exportador’ de ciudadanos que se

marchaban al extranjero en busca de una mayor prosperidad y bienestar social para convertirse en país de acogida de otros ciudadanos del mundo que perseguían idénticos fines en nuestro territorio. Así, López de Lera (1995) explicaba que dicha transformación obedecía, entre otras razones, a la buena coyuntura social que envolvía a España, base de la industria turística; a su situación política internacional -miembro de la Comunidad Europea y puente entre esta y Latinoamérica y algunos países árabes-, así como su situación económica, con un fuerte crecimiento entre 1975 y 1990. Todo ello lo convirtió en un atractivo destino para los componentes de diversos flujos migratorios.

Precisamente la entrada de España como miembro de pleno derecho a la entonces Comunidad Económica Europea (que fue efectiva el 1 de enero de 1986) marcó, en segundo lugar, que la redacción de la LO 7/1985 se llevase a cabo bajo unas premisas muy restrictivas para el establecimiento de los inmigrantes en España. En este sentido, el legislador pensaba que el fenómeno migratorio constituiría una limitación para el ingreso de España en la actual UE, pues existía cierta desconfianza entre los ya miembros, como Alemania, Francia o Bélgica, ante la posible entrada de un país que se podía convertir en “zona de paso” para los inmigrantes que se dirigían hacia esos Estados. Por ello la ley debía dar “seguridad” a los estados europeos de que España no sería un auténtico “coladero de inmigrantes” (Solanes Corella, 2010, p. 79) en un ámbito europeo en el que naciones como Alemania o Francia habían cerrado, en buena medida, sus puertas a la inmigración desde la crisis del petróleo de principios de los setenta.

El resultado del texto fue la puesta en marcha de un sistema legal durísimo que partía, como bien señalaba Mazkianan (2004), del principio de preferencia nacional con respecto a los extranjeros. Esto se apreciaba de forma clara en la redacción del art. 18 de la citada ley, especialmente en el apartado a):

Para la concesión y renovación del permiso de trabajo, se apreciarán las siguientes circunstancias:

- a) La existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante.*
- b) La insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar.*
- c) El régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero”.*

De los 36 artículos que componen la LO 7/1985 solo se dedican siete a abordar los derechos de los extranjeros, partiendo de la base de considerar sujetos de derechos únicamente a aquellos que se encontrasen de forma legal en España, lo que trajo como primera consecuencia de la aprobación de esta ley la transformación de la situación administrativa de miles de extranjeros que a partir de ese

momento pasaban a ser considerados como “ilegales” en España (Mazkiaran, 2004). No obstante, la Disposición Transitoria Segunda de la ley otorgaba un plazo de tres meses para que los extranjeros interesados pudieran regularizar su situación; dicho plazo se fue prorrogando hasta el año 1986 ante la cantidad de solicitudes y lentitud en la tramitación de los expedientes.

Por lo tanto, el control férreo de los inmigrantes en situación irregular se convirtió en uno de los principales objetivos de la ley, como bien se podía apreciar en el párrafo noveno de la exposición de motivos: *“Es necesario diferenciar, con absoluta claridad, las situaciones de legalidad de las de ilegalidad. Por ello, la Ley asegura la plenitud de los derechos y las garantías para su ejercicio respecto de los extranjeros que se hallen legalmente en España. Y al propio tiempo, y en prevención de las alteraciones que pudieran en su caso producirse, respecto de la convivencia social, por la presencia de extranjeros en términos no legales en España, desarrolla las medidas específicas para impedir tales situaciones”*.

Resulta bastante significativa la parte en la que el legislador establece una relación inequívoca entre *“las alteraciones que pudieran producirse respecto de la convivencia social”* con *“la presencia de extranjeros en términos no legales en España”*, por lo que *“condena”* prácticamente al ostracismo a aquellos que no sean capaces de regularizar su situación; y los identifica con los causantes de aquellas perturbaciones que pudiesen surgir en el ámbito social del país. Los inmigrantes en estas circunstancias son entendidos, entonces, como futuros delincuentes de los que hay que proteger al resto de la sociedad; y a los que el ejercicio de derechos como el de reunión o asociación (que para el legislador podrían ser utilizados causar tales perturbaciones) queda supeditado a que *“se hallen legalmente en territorio español”* (arts. 7 y 8, entre otros).

Por esto, no extraña que Fernández Pérez (2016) considere que la totalidad de la ley aborda el fenómeno migratorio desde un enfoque que prioriza el mantenimiento del orden público (migrantes como amenazas) a la garantía de los derechos fundamentales (migrantes como personas). Así, el párrafo cuarto del preámbulo establecía que a los extranjeros se les conceden las *“mayores garantías jurídicas”*, pero que estas *“solo ceden ante exigencias de la seguridad pública claramente definidas”*.

De hecho, se instaura un esquema sancionador que se repetirá a lo largo del tiempo, imponiendo de forma casi exclusiva la expulsión como medida a adoptar para determinadas sanciones relacionadas con la estancia irregular o la entrada en el territorio sin la documentación exigible.

En este sentido, Fernández Pérez (2016, p. 119) apuntaba que, en esta materia, la LO 7/1985 *“abusaba hasta extremos insospechados de conceptos jurídicos indeterminados, lo que conducía a una discrecionalidad casi absoluta”*; por ejemplo, destaca la autora que era motivo de expulsión de

España “*estar implicados en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado o realizar cualquier tipo de actividades contrarias a los intereses españoles o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países*” (art. 26).

Esta idea estereotipada del ‘inmigrante delincuente’ vino reforzada por algunos medios de comunicación que legitimaron el trato institucional discriminatorio hacia las personas migrantes (Giró y Jarque, 2007, p. 31). De hecho, cabe destacar el estudio realizado por los citados autores, en el que analizaban la totalidad de los editoriales publicados en los diarios *El Periódico*, *La Vanguardia*, *El País* y *Avui* que hubiesen tenido alguna relación con la inmigración desde octubre de 1999 hasta 2002, tras el clima de tensión originado en el barrio de Ca n’Anglada (Terrassa, Barcelona) entre la población magrebí y algunos vecinos españoles. En esta investigación se demostró que diarios como *La Vanguardia* asociaban la inmigración con una cuestión de política exterior “porque tenía que ver con extranjeros” y de seguridad “porque la delincuencia provoca un sentimiento de indefensión y perplejidad en los ciudadanos de Barcelona”.

Lo cierto es que la cabecera se mostraba muy preocupada por el deterioro de la imagen de Barcelona y la inseguridad que comportaba el gran número de atracos perpetrados por bandas -siempre de extranjeros- que sucedían en la capital de Cataluña. También afirmaba que la alta concentración de inmigración en barrios como Ciutat Vella favorecía que estos cometiesen delitos como forma de supervivencia. Observemos el siguiente ejemplo que Giró y Jarque (2007, p. 32) destacan por encima de otros en su estudio: se trata de un editorial titulado “Calles inseguras” (*La Vanguardia*, 12/07/2000), donde se describe a los delincuentes como “extremadamente violentos y expeditivos” (sin aportar una explicación de por qué lo son); y usan términos como “bandas procedentes de países extranjeros”, que parecen sugerir un carácter “inmigrante”, en lugar de hablar, por ejemplo, de bandas “internacionales”.

Otro ejemplo de la construcción del “inmigrante delincuente” en los medios lo hallamos, de acuerdo con el estudio, en un editorial de *El Periódico* titulado “El regreso del miedo de la gente” (*El Periódico*, 8/02/2000), en el que se profundiza en el temor a ser atracado o agredido entre los ciudadanos por -según el editorialista- tres factores: la precariedad social, la inmigración ilegal y el ánimo delictivo. Incluso, el diario llega a comprender que, en parte, “la delincuencia de inmigrantes contribuya a fomentar la xenofobia” por parte de la población autóctona.

En un trabajo posterior, Igartua et al., (2004, p. 2) analizaron 819 noticias publicadas durante el año 2002 en los cuatro diarios de información general más leídos en España (*El País*, *El Mundo*, *ABC* y



*La Razón*), y también identificaron que el enfoque que “vinculaba la inmigración a la delincuencia” era el más empleado en las informaciones relativas a la migración. En investigaciones posteriores (Igartua et al., 2005; 2007) se volvió a corroborar que el enfoque temático dominante en las noticias era el binomio aparentemente inseparable de inmigración-delincuencia, aunque también ocupaban un papel destacado otros argumentos como las entradas irregulares en pateras, la contribución económica que podía suponer la acogida en nuestro país de personas migrantes; o su experiencia personal, desde el punto de vista del interés humano, en su tránsito hacia España. Además, en 2005 los mismos autores señalaban que las noticias en las que se enfatizaba la vinculación entre delincuencia e inmigración recibían un emplazamiento más privilegiado dentro de los medios de comunicación analizados.

El otro enfoque que predominaba en el ámbito jurídico-periodístico de la época era, sin duda, el empleo. Llama la atención que el permiso de residencia y el de trabajo se unifiquen en un mismo documento, una práctica que venía reflejada en el art. 15 de la LO 7/1985 y que se convertirá en habitual en reformas posteriores: *“Los extranjeros mayores de dieciséis años que deseen fijar residencia en España para ejercer en ella cualquier actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena, habrán de obtener, simultáneamente con el permiso de residencia, que expide el Ministerio del Interior, el permiso de trabajo, cuyo otorgamiento correspondiera al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y que tendrá una duración máxima de cinco años”*.

Es evidente entonces que se establece como requisito para poder residir en España de forma fija la obligación de desarrollar un trabajo previa autorización del Ministerio de Trabajo. Por lo que nos hallamos ante una situación normativa -sumamente relevante, pues se trata de la primera vez que una ley acomete la tarea de recoger, formular y sintetizar los principios que deben informar sobre la extranjería- que presenta al inmigrante como un sujeto que viene simplemente a desempeñar una labor profesional, como elementos o “vectores del mercado” (Naïr, 2016, p. 151 y ss.) que en función de si resultan “necesarios” para este, se les permitirá la entrada en nuestro territorio (recordemos el art. 18 de la citada ley que dispone que la renovación del permiso de trabajo de los extranjeros podía depender de *“la insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar”*).

Hemos de comentar también cómo, a pesar de que en la exposición de motivos de la LO 7/1985 se haga una referencia explícita a la *“la integración de los extranjeros en la sociedad española”*, no hallamos ningún apartado específico de la ley que se dedique a la promoción de la misma.

Quizá esto se deba a que el legislador enfoca el fenómeno migratorio desde la seguridad nacional u orden público y el empleo, con los efectos negativos que estas aproximaciones comportan para la población migrante y para la concepción que albergaban los ciudadanos españoles sobre ellos. Pero esta falta de intención real de integrar a los inmigrantes en nuestra sociedad también puede justificarse en base a la idea que Fernández Pérez (2016) considera que subyacía e impregnaba todo el articulado de la ley: una concepción temporal del fenómeno migratorio, sin vocación de permanencia en España, y por tanto sin la necesidad de buscar fórmulas para favorecer su adaptación, pero sí para su control hasta esperar (o lograr) que los flujos de personas se dirigiesen hacia otros Estados.

La falta de presupuestos aceptables y la excesiva discrecionalidad que la ley otorgaba a las autoridades para el desarrollo de la LO 7/1985 tuvo como consecuencia directa su inaplicabilidad práctica. Esto obligó al Gobierno socialista de Felipe González a aprobar el Reglamento de extranjería de 1996 de desarrollo de la LOEx, donde, en parte, se observó una flexibilización generalizada con respecto a las restricciones para el establecimiento y trabajo de los extranjeros en nuestro país. De esta forma, se fijaron requisitos posibles para la regularización de inmigrantes a los que se les concedió la posibilidad de obtener un permiso de residencia en España de manera temporal, aunque esto no bastaría para evitar futuras regularizaciones extraordinarias motivadas más bien por el caos normativo y burocrático existente, que por un cambio en la percepción del fenómeno migratorio que tuviese como objetivo su integración plena en la sociedad.

Como es lógico, esta primera ley de extranjería vino acompañada de fuertes críticas de grupos sociales influyentes como ONGs y asociaciones en defensa de los derechos de las personas migrantes, y especialmente por parte de la doctrina que cuestionó su “encaje constitucional” (entre otros, Mazkarian, 2004; Fernández Pérez, 2016, p. 121<sup>24</sup>).

Ello cristalizó en un recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo, el 3 de octubre de 1985, que afectó a los artículos de la LOEx número 7 (derecho de reunión y manifestación), 8 (asistencia y prestaciones sociales), 26 (expulsión) y 34 (imposibilidad de suspensión de las resoluciones administrativas en materia de extranjería) por entender que vulneraban varios preceptos constitucionales (14, 16, 17, 53.2, entre otros), así como un gran número de artículos de los textos

---

<sup>24</sup> La autora resumió el principal problema de la LO 7/1985 en los siguientes términos: “La realidad social se impuso a la política del Gobierno de creer que el inmigrante irregular no existe en la medida en que la ley lo ignore o imponga condiciones inaccesibles a su regularización”.

internacionales de derechos humanos suscritos por España, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

El Tribunal Constitucional resolvió dicho recurso en la STC 115/1987, de 7 de julio, que marcó una línea de interpretación de los derechos y libertades de los extranjeros mucho menos restrictiva que la establecida por la LOEx; y esta vez, de forma expresa, limitó la libertad del legislador para configurar los derechos de los extranjeros por medio de la incorporación del contenido esencial.

Así, el TC entiende (FJ 3) que *“el art. 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando este ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros”*. Se refuerza, entonces, una línea doctrinal que tiende a dar cada vez más trascendencia a los derechos del primer grupo dentro de la triple clasificación antes indicada (los que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos).

Además, se declara expresamente que los extranjeros son titulares de los derechos políticos de asociación, reunión y manifestación independientemente de su situación administrativa. Y ello es así porque, en palabras del TC, *“el art. 21 CE afirma genéricamente que se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los españoles, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde expresamente este derecho se reserva a los ciudadanos”*.

Lo mismo sucede con el art. 22 CE cuya interpretación para el Tribunal Constitucional es que, en contraste con otras Constituciones comparadas, *“reconoce directamente a los extranjeros el derecho de asociación”* sin que se haga necesario el cumplimiento de algún requisito previo para ello.

A pesar de que estos pronunciamientos fueron acogidos de forma positiva por la doctrina, dado el avance que supuso para el reconocimiento y establecimiento efectivo de los derechos de los extranjeros en España, el Tribunal decidió avalar la constitucionalidad del art. 26.2º LOEx, lo que significó que admitía el internamiento preventivo del extranjero previo a su expulsión y su

prolongación hasta un máximo de 40 días, pues afirmaba que esta “*no conllevaba un carácter penitenciario*”.

Esta práctica, que supone una clara privación de libertad para los extranjeros en situación irregular, se convertirá en habitual a partir de entonces hasta el punto de que los sucesivos gobiernos aumentarán progresivamente el presupuesto destinado para estos centros a la vez que prolongarán, mediante reformas de la LOEx que veremos posteriormente, el plazo de detención de los inmigrantes hasta los 60 días.

Lo cierto es que aunque la STC 115/1987, de 7 de julio, supuso un progreso con respecto a la restrictiva LO 7/1985, además de una llamada de atención a la actividad legislativa del momento (Fernández Pérez, 2016), no fue acogida con especial simpatía por los sectores más críticos de la LOEx que consideraban que este pronunciamiento desmerecía, en parte, la línea iniciada por el TC en la STC 107/1984, mucho más abierta a lograr una equiparación real y efectiva de los derechos entre españoles y extranjeros. Pero, en parte, esto se debe a la actuación “timorata” (Fernández Pérez, 2016, p. 123) del Defensor del Pueblo que únicamente recurrió ciertos preceptos de la LOEx cuando, dadas las incongruencias que presentaba la LOEx, podía haber exigido del TC una respuesta a la totalidad de la ley, lo que habría conllevado un pronunciamiento en términos más atrevidos y severos por parte del Alto Tribunal.

#### **4. La primera modificación garantista de la ley de extranjería: la LO 4/2000, de 11 de enero**

Tras quince años en los que la LOEx había demostrado su fortaleza siendo únicamente concretada por dos reglamentos, la década de los 2000 supuso “un cambio drástico” (Solanes Corella, 2010, p. 82) no solo en el plano normativo, pues solo en el período comprendido entre el 2000 y el 2010 se produjeron cinco reformas legales de la ley de extranjería y varias modificaciones reglamentarias. A esto se ha de sumar la acción complementaria del TC que estará presente durante estos años como telón de fondo para matizar, advertir y, especialmente, proteger la línea iniciada con la STC 107/1984 de reconocimiento constitucional progresivo de los derechos de los extranjeros.

Efectivamente, eran notorios los cambios que había sufrido el paisaje de la inmigración en España durante los últimos quince años, por citar un ejemplo recuperamos esta información publicada por el diario *El País* el 10 de enero de 2002. El rotativo titulaba “España registró en 2000 su mayor aumento de población en 30 años gracias a la inmigración”; e informaba de que “esta espectacular subida confirma una tendencia al alza evidente desde 1998 y que en tres años ha supuesto un aumento de 1,2 millones de personas”.

La interpretación de los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística (INE) y del Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC), de los que el periódico se hacía eco, atribuían el incremento casi exclusivamente a la inmigración porque “en ese periodo los nacimientos sólo fueron 50.318 más que las defunciones; y de esta forma, el 96% del crecimiento registrado desde 1998 se debió a la inmigración”<sup>25</sup>.

Se entiende entonces que la necesidad de afrontar este nuevo panorama trajo consigo la redacción de la nueva ley de extranjería, la LO 4/2000, de 11 de enero que, si bien supuso un cambio sustancial con respecto a la LO 7/1985 en el reconocimiento de los derechos e integración de los extranjeros, nació “parcialmente muerta” (Solanes Corella, 2010, p. 83), pues el escaso tiempo que estuvo en vigor (8 meses) la convirtió en uno de los textos más efímeros de la historia de la democracia.

Resultaba curioso que la nueva ley impulsada por el PSOE, con el apoyo del resto de partidos de izquierdas y la oposición del Partido Popular<sup>26</sup>, no contase con una exposición de motivos<sup>27</sup> que justificase la finalidad que teóricamente perseguía: la integración social de los (in)migrantes en España, como bien se especificaba en el título de la ley (“*sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*”).

Para ello, la reforma contemplaba el reconocimiento de los mismos derechos que los ciudadanos españoles (art. 3) y la persecución, por vez primera, de actos racistas y discriminatorios que sufrían

---

<sup>25</sup> Noticia recuperada el 3 de febrero de 2022 de [https://elpais.com/diario/2002/01/10/sociedad/1010617201\\_850215.html#:~:text=Casi%20la%20mitad%20del%20crecimiento,que%20se%20presentaron%20320.000%20personas.%C3%A7](https://elpais.com/diario/2002/01/10/sociedad/1010617201_850215.html#:~:text=Casi%20la%20mitad%20del%20crecimiento,que%20se%20presentaron%20320.000%20personas.%C3%A7).

<sup>26</sup> Desde la aprobación de la nueva LOEx, el Partido Popular anunció su voluntad de reformarla en caso de vencer en las elecciones generales que se celebrarían ese mismo año. Para el presidente José María Aznar la ley de extranjería en su conjunto era “una ley irreal para un mundo inexistente” (*ABC*, 11 de julio de 2000); ya que su principal problema estribaba en que “limitaba las facultades discrecionales del Gobierno” en el control de las mafias que introducían a los inmigrantes irregulares en España, cuestión que seguía interpretándose como un problema de importancia capital para nuestro país. Por ello, el PP consideraba que la reforma de la LO 4/2000 debía efectuarse con la “máxima celeridad” (*El País*, 25 de mayo de 2000).

<sup>27</sup> Aunque parecía evidente la influencia que había tenido en la redacción de la ley la sesión especial que había mantenido el Consejo Europeo en Tampere en octubre de 1999. El objetivo de la conocida “Cumbre de Tampere” era la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. En línea con esto, uno de los principales fines que se estableció fue la consolidación de “una política de integración más decidida” con respecto a los nacionales de terceros países, que debía pasar por concederles “derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión”, así como el fomento por parte de los poderes públicos de los Estados miembros “de la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural; y el desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia”. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, documento recuperado el 15 de febrero de 2022 de [https://www.europarl.europa.eu/summits/tam\\_es.htm](https://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm).

diariamente los extranjeros y que hasta esa fecha no habían sido entendidos como un obstáculo para su pleno desarrollo en nuestra sociedad: “*Representa discriminación 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...*” (art. 23.1). No obstante, resultaba difícil convencerse de dicho propósito sin ninguna referencia previa al lenguaje de los derechos y al enfoque que, *a priori*, contienen las claves sobre el espíritu del texto articulado.

Pero, si la comparamos con la anterior LO 7/1985, esta nueva ley supuso un intento de integrar a las personas migrantes en España, que pasaba por empezar a entender la dimensión permanente del fenómeno migratorio (Ruiz de Huidobro, 2000). Esto conlleva avances, por un lado, el reconocimiento de los (in)migrantes como personas y no únicamente como mano de obra (Fernández Pérez, 2016) tolerable en una situación coyuntural específica. Por otro lado, las personas que se hallaban de forma irregular no eran vistas como potenciales delincuentes, estos cambios nos permiten superar, en cierta manera, los enfoques de empleo y delincuencia que impregnaban el tratamiento de las personas migrantes en la anterior LO 7/1985.

Por citar un ejemplo de lo que estamos hablando: resulta novedoso que ni el hecho de encontrarse irregularmente en territorio español -art. 49 a) LO 4/2000- ni el hecho de hallarse en España sin permiso de trabajo o sin haber solicitado el mismo -arts. 48 c) y 49 b)- constituyesen infracciones que comportaban como sanción la expulsión de nuestro país, a diferencia de las previsiones recogidas en el art. 26.1 de la LO 7/1985 y, a fin de cuentas, en la mayor parte de su articulado donde la expulsión se erigía como la sanción preferente para castigar cualquier infracción en la que incurriesen los extranjeros.

A pesar de que la ley sigue condicionando el ejercicio de ciertos derechos fundamentales a la autorización administrativa de estancia o de residencia para estimular así la entrada legal de personas, sí que reconoce ciertos derechos que no dependen de ese presupuesto previo, como la educación o asistencia sanitaria donde el legislador vincula su ejercicio a la previa inscripción padronal. Esto supone la aparición de un requisito novedoso -la inscripción en el padrón municipal-

cuya relación con la política de extranjería no dejará de aumentar a partir de la aprobación de la LO 4/2000 (Mazkarian, 2004; Solanes Corella, 2010).

De hecho, si atendemos a la literalidad de los nuevos preceptos también llaman la atención otros progresos sustantivos como el ejercicio del derecho de reunión, manifestación y asociación sin la necesidad de autorización administrativa (tal y como había establecido la STC 115/1987); o la introducción de la novedosa ‘regularización por arraigo’ dirigida a personas que vivían en España de forma irregular, pero que podían acceder a la situación de residencia temporal si lograban acreditar que habían permanecido en nuestro país durante al menos dos años, figuraban empadronados en un municipio (aquí volvemos a observar la importancia que se le otorga al padrón como instrumento para incentivar la regularización de los extranjeros) en el momento en que formule la petición y contaban con medios de vida suficientes para subsistir.

Con esta medida, que se convirtió en una fórmula de regularización permanente, “se recogía, por primera vez, en la Ley un artículo destinado a dar una solución realista a las personas que se encontraban en situación de irregularidad” (Mazkarian, 2004).

El principal problema que hallamos a la hora de estudiar esta ley es que, debido a su escasa vigencia, faltó una aplicación práctica que nos permitiese analizar la viabilidad de la misma; y si el establecimiento de todas estas garantías mejoró verdaderamente las condiciones de vida de las personas migrantes y supuso el inicio de un cambio real en la concepción que albergaban hasta entonces los españoles sobre este colectivo.

Aún así, no podemos dejar de comentar la principal crítica que recibió por parte de la doctrina (entre otros, Ruiz de Huidobro, 2000; Bonet Pérez, 2003; Mazkarian, 2004; Solanes Corella, 2010) en referencia a su técnica legislativa tachada de “francamente mala” (Mazkarian, 2004), en la que, en palabras del mismo autor, se percibía “una ensalada de propuestas que provenía de un proceso de elaboración rápido y urgente”; con preceptos que “seguían adoleciendo de escaso rigor terminológico, de abundantes imprecisiones técnicas y (...) de notorias faltas de previsión” (Fernández Pérez, 2016, p. 126). Tómese como ejemplo el hecho de que el título 1 de la LO y su capítulo I se titulaban de forma idéntica: “*Derechos y libertades de los extranjeros*”, con lo cual dejaba “sin sentido” todo el primer título, pues si los derechos y libertades se encuentran en el título I, “¿de qué sirve dividir el título en cuatro capítulos?” (Galiana Saura, 2000, p. 269). O las abundantes remisiones que contenía la Ley a otros textos normativos, lo que no parece aconsejable si tenemos en cuenta que dicha norma va dirigida a personas no nacionales que muy probablemente ignoren el Derecho español.

Todo ello podía redundar en una vulneración de derechos fundamentales de las personas migrantes. Por lo que era urgente llevar a cabo un desarrollo reglamentario por parte del Gobierno, que nunca tuvo lugar porque ese mismo año el Partido Popular, que había votado en contra de la aprobación de la LO 4/2000, ganó las elecciones generales con mayoría absoluta. Tal y como había prometido en su campaña electoral, inició sin demora un procedimiento de reforma que contó con la oposición de todos los grupos parlamentarios que habían apoyado la antigua ley de extranjería.

Nunca sabremos si la aplicación práctica de la LO 4/2000, a pesar de la falta de preámbulo y de las deficiencias técnicas y lingüísticas con las que contaba y que podían haber sido “afinadas y aquilatadas por un buen Reglamento” (Ruiz de Huidobro, 2000, p. 88), habría podido desplegar todas las virtualidades que se le presumían al texto.

##### **5. La concepción del migrante como amenaza que consolidó la LO 8/2000, de 22 de diciembre**

La modificación que llevó a cabo la LO 8/2000, de 22 de diciembre, se presentó como una “contrarreforma” y contó no solo con un rechazo absoluto del resto de grupos políticos, sino con numerosos estamentos del ámbito social que entendieron la reforma como “una ruptura del aparente consenso que había supuesto la ley anterior; y una voluntad legislativa de reintroducir medidas más restrictivas en el ámbito de la extranjería” (Solanes Corella, 2010, p. 84).

Siguiendo a la misma autora, la exposición de motivos de la LO 8/2000 dejaba claro que hacía tiempo que el fenómeno migratorio se percibía como “*un hecho estructural*” que había convertido a España en “*un país de destino de los flujos migratorios*”; y, por su situación, también en “*un punto de tránsito hacia otros Estados, cuyos controles fronterizos en las rutas desde el nuestro han sido eliminados o reducidos sustancialmente*”. Lo que para el Gobierno se traducía en la obligación de aumentar dichos controles para contrarrestar el denominado ‘efecto llamada’ que atribuía a la ley anterior, pues consideraba que “la realidad del fenómeno migratorio había superado las previsiones de dicha norma”. Una declaración de intenciones que no debía extrañar que se recogiese en la justificación de la ley, pues cuando el presidente del Gobierno, José María Aznar, todavía se encontraba en la oposición la repetía insistentemente; y los medios de comunicación se hacían eco de ella en la mayoría de las informaciones de esa época:

“José María Aznar reiteró que, tal y como prometió en su investidura y en la campaña electoral, considera prioritario afrontar el problema de la inmigración desde dos principios: la capacidad de acogida de España y los compromisos internacionales adquiridos. Y señaló como objetivos ordenar, dirigir y controlar los flujos migratorios; garantizar la legalidad de la entrada y permanencia de los



extranjeros en España, y delimitar correctamente los procedimientos de regularización de inmigrantes” (*El País*, 25/05/2000).

En este contexto, auspiciado también por los sucesos ocurridos en El Ejido en febrero de ese mismo año y que tuvieron un gran impacto mediático<sup>28</sup>, se intensificó el régimen punitivo establecido por la LO 4/2000, con la elevación de la graduación de las sanciones o la reinstauración, tal como había existido en la LO 7/1985, como infracción sancionable con expulsión la permanencia de forma ilegal en el territorio español. Asimismo, siguiendo a Solanes Corella (2010, p. 85), es “especialmente criticable” la incorporación de un procedimiento preferente de expulsión que permite llevarla a cabo en 48 horas. Este corto plazo de tiempo, según la autora, “pone en tela de juicio la garantía de derechos como el de la tutela judicial efectiva, y los que a él van aparejados como la asistencia jurídica y el derecho a intérprete, por la premura en la ejecución”.

Y es que, en línea con lo anterior, la aprobación de la LO 8/2000 implicó un marcado retroceso en el reconocimiento y protección de los derechos de los (in)migrantes que se encontraban en situación irregular. No solamente se apostó por el endurecimiento del marco sancionador, sino que se les volvió a negar el ejercicio de determinados derechos, como el de reunión y manifestación, asociación, sindicación, huelga y también la educación no obligatoria.

Como bien explica Solanes Corella (2010, p. 84), “la ley propiamente no negaba la titularidad de tales derechos a los extranjeros en situación irregular, sino que introducía el artificio de considerar que estos solo se podían ejercer por aquellos que estuvieran en situación regular”, por lo que semejante distinción vaciaba de contenido la regulación legal sobre la que ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional en un sentido totalmente contrario en la citada STC 115/1987.

Nos hallamos entonces ante una nueva ocasión en la que el poder legislativo utiliza como argumento disuasorio de la inmigración irregular la restricción de derechos fundamentales. Aunque se profundizará en dicha estrategia discursiva en el segundo capítulo de esta tesis doctoral, por

---

<sup>28</sup> El 5 de febrero de 2000 una mujer de 26 años murió apuñalada a manos de un migrante de origen magrebí que intentaba robarle. Este hecho fue el estallido de una tensión que se había ido acumulando los días anteriores al asesinato entre la población almeriense y la marroquí que cohabitaba en El Ejido, pues el 22 de enero dos agricultores habían fallecido a manos de otro migrante palestino. La conmoción que estos sucesos provocaron se tradujo rápidamente en lo que fue denominado por los medios de comunicación como “la caza del moro”: vecinos de El Ejido salieron a las calles de la ciudad almeriense “armados con cadenas, palos y hierros” (*ABC*, 08/02/2000) para obligar a los ciudadanos marroquíes a marcharse de allí. Estos episodios, en los que se profundizará más adelante, han sido considerados como “uno de los brotes de violencia racista más importantes de las últimas décadas en la Europa Occidental” (*ABC*, 22/03/2010).

ahora basta comentar que su empleo supone tratar a los (in)migrantes como ciudadanos de segunda o mercancías que, en función de su utilidad al mercado laboral, se les permite ejercer -o no- unos derechos a los que sí tienen acceso sin limitaciones los nacionales del país de acogida. De este modo, los derechos abandonan su estatus de garantías que protegen a todos los ciudadanos por igual y se transforman en “privilegios” (Fernández Pérez, 2016, p. 194) para los extranjeros cuya condición natural de personas queda relegada a un escalón posterior.

En el ámbito mediático, Casero Ripollés (2007) explicaba la tesis de que la identidad de los migrantes en la información periodística se articula a partir de una serie de ejes discursivos que enmarcan y condicionan la representación simbólica de estas personas, donde el relacionado con el ámbito laboral alcanzaría una especial importancia. Esto es así porque, tal y como recuerda Valero-Matas et al., (2014, p. 13), la inmigración, debido a que no formó parte del imaginario social español durante décadas, “ha generado el mito de reducir a este colectivo a la relación empleo-inmigrante, y en consecuencia a enjuiciar que los inmigrantes expulsan del mercado laboral a los autóctonos porque realizan el trabajo por un menor coste”. En la misma línea, Giró y Jarque (2007, p. 40) comparaban este fenómeno con el término *Gastarbeiter* (trabajador invitado) utilizado en ámbitos de habla alemana, “que proyecta en el futuro como algo razonable el reenvío de la persona inmigrante al país de origen o a otro país cuando en el país de acogida ya no se la necesite”.

Desgraciadamente, esta no será la última vez en que el ámbito jurídico-periodístico olvide que, como bien recuerda Álvarez Rodríguez (2000, p. 135), “los inmigrantes deben tener garantizados los derechos fundamentales” con independencia de su condición de regular o de no documentado, de su aportación al mercado laboral, etc.

Entre esos derechos, adquiere una importancia fundamental la dignidad recogida en el art. 10 CE, que indudablemente se vio menoscaba por la identificación que, según Fernández Pérez (2016, p. 133), la LO 8/2000 efectuaba del inmigrante irregular como un “inmigrante malo, al que algunos siguen empeñados en denominar ‘ilegal’, y no hay ingenuidad en esa utilización del lenguaje. Por eso según el modelo diseñado, no había obligación de integrar, sino de expulsar”.

Y es que resultaba curioso que a pesar de que “*la integración social*” de los inmigrantes formase parte del título de la ley y se hiciese referencia a la misma en la exposición de motivos (dicha ley “*contempla el tratamiento del fenómeno migratorio desde una visión amplia*” donde se especifica la integración de los residentes extranjeros -en situación administrativa regular, obviamente- como uno de los enfoques clave), no existía, a lo largo de sus 70 artículos y no pocas disposiciones

adicionales, un título dedicado a dicha integración social (tal y como hacía la primigenia LO 7/1985 que guardaba absoluto silencio en esta materia). Solo hallábamos contadas excepciones a lo largo de la ley como la referencia al Foro para la Integración Social de los Inmigrantes cuya función se revisó para enfocarlo a la consulta, la información y el asesoramiento de los migrantes.

Además, la LOEx no solo no favorecía la integración de las personas migrantes, sino que ponía más obstáculos para su promoción, como los arts. 16, 17 y 18 que regulaban el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros residentes, pero negaban al familiar reagrupable que se hallaba en el extranjero el derecho a venir a España a reunirse con su familia. Esta dificultad sobrevenida para Fernández Pérez (2016, p. 132) suponía una “vulneración del principio de protección jurídica de la familia” recogido en el art. 39.1 CE.

Podemos deducir de todo lo analizado hasta ahora que la reforma de la LOEx recuperó y afianzó los enfoques de empleo y delincuencia para abordar el fenómeno migratorio, que si bien los había instaurado la LO 7/1985, se habían visto mitigados por el intento de la LO 4/2000 de equiparar a los extranjeros con los españoles en cuanto al ejercicio de derechos fundamentales; y de convertir a la ciudadanía española en una sociedad abierta y plural donde cualquier grupo de personas tuviese cabida, independientemente de su origen y condiciones socio-económicas.

Aunque la respuesta de la LO 8/2000 fue la ‘criminalización’ de los inmigrantes en situación irregular mediante su expulsión, imponiendo condiciones inaccesibles a su regularización o, directamente, ignorando el número existente en nuestro país, la realidad se impuso a esta “política voluntarista del Gobierno de creer que el inmigrante irregular no existía” (Fernández Pérez, 2016, p. 121). Así, los profesores Cebolla Boado y González Ferrer (2008) demostraban en su informe “La inmigración en España (2000-2007): del control de flujos a la integración de los inmigrantes”, que en el período entre 1999 y finales de 2000, el porcentaje de inmigrantes irregulares en ningún momento supuso menos del 30 por ciento del total de la población extracomunitaria que vivía en España y, seguramente, en la mayor parte del período estuvo por encima del 50 por ciento.

Ello, según los autores, “pone muy en entredicho la efectividad de las supuestas medidas de control y de la dureza en frontera anunciadas por el (...) Partido Popular durante toda aquella legislatura” (Cebolla Boado y González Ferrer, 2008, p. 62).

Tal vez esta fue una de las razones por las que se aprobó en 2001 el plan GRECO, que en palabras del entonces delegado del Gobierno para la Inmigración, Enrique Fernández-Miranda, se trataba de

un programa encaminado a "a romper el círculo vicioso" de la inmigración irregular "que empieza con la entrada clandestina, sigue con la estancia ilegal y la explotación; y conduce a la marginación y a la delincuencia de supervivencia" (*El País*, 11/10/2000)<sup>29</sup>, unas declaraciones que enfatizan en lo que venimos insistiendo hasta ahora, la visión que transmitía el Gobierno de que el inmigrante en situación irregular es "malo" (Fernández Pérez, 2016, p. 133) y no tiene cabida en una sociedad estructurada como la nuestra<sup>30</sup>.

Como ya ocurrió en 1985, la LO 8/2000 vino acompañada del Reglamento de desarrollo 864/2001, de 20 de julio, que suavizaba, en parte, la política restrictiva establecida por dicha ley.

Con este instrumento jurídico se promovió la regularización de inmigrantes o bien por permanencia en España acreditada o por acceso al mercado laboral (con la facultad discrecional con la que, por supuesto, contaba la Administración para rechazar las solicitudes).

No obstante, esto no evitó que los puntos más controvertidos de la LO 8/2000 fuesen objeto de una batería de recursos de inconstitucionalidad, como la negación de ciertos derechos fundamentales a los extranjeros en situación irregular. En este sentido, la STC 236/2007, así como las siguientes que la ratificaron<sup>31</sup>, constituyó un punto de inflexión en el entendimiento de esta materia.

---

<sup>29</sup> La Ley Orgánica 8/2000 fue el punto de partida para la puesta en ejecución del Programa Global de Regulación y Coordinación de la Extranjería y la Inmigración en España (Plan GRECO). El objetivo del mismo, que tenía prevista una duración inicial de tres años, era el desarrollo de políticas de acción social dirigidas a la población migrante, pero únicamente se mencionaba la integración en una de sus cuatro líneas de actuación. Según Solanes Corella (2010, p. 85), este programa fue criticado, en primer lugar, "por el concepto de integración social que utilizaba, acusada de carácter unidireccional"; aunque explica la autora que también se percibieron algunos avances, puesto que cuando las condiciones legales y materiales así lo permitían, eran los propios migrantes los que podían dar "prueba de su capacidad para la integración social". En segundo lugar, el plan GRECO contemplaba el establecimiento de los denominados "contingentes", procedimientos mediante los cuales el Gobierno canalizaba los flujos migratorios que llegaban a nuestro país en función de las necesidades de mano de obra de la economía española. De este modo, se establecía cada año el cupo de trabajadores no europeos que podían acceder a ellos, una práctica que, en palabras de Agrela (2002, p. 15 y ss.), "se elaboraba exclusivamente sobre principios utilitaristas, de tal forma que la presencia de inmigrantes es bienvenida si nos permite resolver parte de nuestros problemas económicos o demográficos". Es evidente también que esta estrategia se construía en reacción a quienes son una amenaza, posibles "invasores", lo que supone un "umbral de tolerancia" acerca de "a cuántos podemos acoger porque aquí no cabemos todos". El resultado es una construcción estigmatizada de quiénes son los (in)migrantes que quieren vivir junto a nosotros (Agrela, 2002, p. 8).

<sup>30</sup> Tal y como afirmó en varias ocasiones el entonces líder del partido conservador "Unión Democrática de Cataluña", Josep Antoni Duran i Lleida: "Se debe actuar con contundencia contra los inmigrantes sin papeles (...), es necesario limitar la inmigración porque en Cataluña no hay sitio para todos" (*El Mundo*, 2001).

<sup>31</sup> (SSTC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007; STC 260/2007; STC 261/2007; STC 262/2007; STC 263/2007; STC 264/2007, y STC 265/2007).

Sin embargo, antes de adentrarnos en su análisis, creemos necesario mencionar dos decisiones del Alto Tribunal que se produjeron en el contexto de aprobación de la LO 8/2000:

En primer lugar, la STC 95/2000, de 10 de abril sobre igualdad de condiciones, que estimó un recurso de amparo promovido contra una sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que había denegado a la compañera de hecho del titular directo, el derecho a ser beneficiaria de la asistencia sanitaria al hallarse en situación administrativa de irregularidad. Fernández Pérez (2016) explica que el TC consideró que se había vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva porque “*no se podía afirmar la ilegalidad de la situación de la compañera en territorio nacional*”, con la importancia que supone el reconocimiento de este derecho para la población extranjera sin tarjeta de autorización en España.

Por otro lado, hallamos la STC 95/2003, de 22 de mayo, que estimó parcialmente un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo contra el inciso “*que residan legalmente en España*” del apartado a) del art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. Esta vez el TC interpretó que todos los extranjeros que se encuentren en España, independientemente de su situación administrativa, y siempre y cuando carezcan de recursos económicos para litigar, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en cualquier tipo de procedimiento judicial. En base a este principio se declaró nulo el precepto de la referida Ley que había otorgado este derecho únicamente a los españoles, a los nacionales de los demás Estados de la Unión Europea “*y a los extranjeros que residan legalmente en España*”.

Hemos observado, por lo tanto, otra oportunidad aprovechada por el Tribunal Constitucional para extender el ejercicio de un derecho fundamental a un colectivo al que cada vez se le aislaba más mediante reformas de la LOEx -donde la LO 8/2000 había marcado un antes y un después por su carácter extremadamente restrictivo-; y la aprobación de otras leyes que introdujeron modificaciones en la Ley de Extranjería con el objetivo de seguir condicionando el reconocimiento del estatus de estas personas a la obtención de una autorización de residencia en España.

Es el caso de la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, donde el propio título ya invitaba al lector a relacionar los tres términos enunciados, consolidando el modelo de control migratorio ya apuntado anteriormente (Solanes Corella, 2010).

Para comprender por qué esta autora y Fernández Pérez (2016), entre otras, critican la supuesta identificación que se desprendía de la ley entre el (in)migrante irregular y la delincuencia, hemos de recordar dos hechos relevantes acontecidos en aquel entonces: de un lado, el proyecto de ley fue

aprobado y divulgado por el Gobierno del Partido Popular una semana antes de las elecciones locales y autonómicas, tras una multitud de comentarios y datos aportados en los que se vinculaba el aumento de la inmigración con el incremento de la delincuencia (Fernández Pérez, 2016). Esto fortaleció la percepción de la sociedad de que se trataba de un binomio irreconciliable que solo podía ser contrarrestado con un endurecimiento del régimen sancionador de extranjería.

Por su parte, el llamado ‘Crimen de Pozuelo’ también contribuyó a aumentar la sensación de inseguridad creada: en junio de 2001 un ciudadano moldavo acabó con la vida de un abogado español en su casa ubicada en el barrio madrileño de Pozuelo de Alarcón. Esa misma noche también hirió de gravedad a la mujer de este y a sus dos hijas. La conmoción que causó este suceso entre la opinión pública -favorecida por el tratamiento que le dieron algunos medios de comunicación-<sup>32</sup> sirvió como una justificación más para incrementar las penas a los extranjeros a través de la LO 11/2003. Así, en su preámbulo el legislador afirma que *“la experiencia acumulada frente a un fenómeno [el migratorio] cada vez más importante exige abordar reformas desde diversas perspectivas”*; y señala *“la respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos”* como la primera de las medidas a llevar a cabo. Esto se traducirá en la sustitución de una pena impuesta por la comisión de un delito por la expulsión del infractor extranjero.

En concreto, la ley establece que aquellos que no sean residentes legales en España y cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, *“la regla general será la sustitución de la pena por la expulsión”*. Evidentemente si la pena de prisión es igual o superior a seis años, *“una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará, también como regla general, la expulsión”*.

---

<sup>32</sup> Tras conocerse los hechos, el periódico *La Razón* titulaba en portada: “La opinión pública clama contra la impunidad de las mafias y delincuentes extranjeros en España. El autor del salvaje crimen es un moldavo ‘sin papeles’ que se encontraba en libertad pese a haber sido detenido en nueve ocasiones”. Por su parte, el diario *El Mundo* editorializaba: “La inmigración masiva y a menudo ilegal nos está trayendo una violencia (...) desconocida entre nosotros”. Aunque más adelante profundizaremos en este tratamiento informativo, coincidimos con Aierbe (2001) en que en este caso la política y los medios se encargaron de crear un “totus revolutum” formado por la inmigración, la delincuencia, las drogas y las mafias, ante el que la Ley de Extranjería se erigía “como herramienta para defendernos de todo ello”. Así lo expresaba el fundador del periódico *La Razón*, Luis María Anson en un editorial de aquella época: “Una legislación y una política permisivas convirtieron a España en el paraíso de la droga en Europa. Todavía estamos a tiempo de impedir que por las grietas de la inmigración se introduzcan en nuestra nación las mafias y las bandas de delincuentes. Mayor Oreja se dio cuenta a tiempo y de su actitud lúcida se derivó la Ley de Extranjería. Esa ley hay que cumplirla, no regatearla”. Sin duda, se nos presentó una visión de la inmigración “ilegal” que no podía sino aterrar al conjunto de la sociedad.

Otra novedad importante es que la LO 11/2003 imposibilitó la solicitud de residencia legal de una persona que tuviese iniciada una orden de expulsión, cuando anteriormente esto ocurría solo en el caso de tener ya resuelta dicha orden. Lógicamente, esto producirá una vulneración clara del derecho fundamental a la presunción de inocencia.

## **6. El refuerzo de las medidas restrictivas de los derechos de la población migrante: la aprobación de la LO 14/2003, de 20 de noviembre**

Este entorno y lenguaje represivo precedieron a la aprobación de la tercera reforma de la LOEx: la LO 14/2003, de 20 de noviembre, nació con el objetivo de adecuar la normativa española a los cambios operados en la legislación europea<sup>33</sup>; y se fundamentó en el incremento del número de extranjeros en nuestro país, la necesidad de ordenar mejor los flujos migratorios, facilitar la inmigración legal y combatir la ilegal (Fernández Pérez, 2016).

Desde la perspectiva de la técnica legislativa, esta reforma incorporó algunas cuestiones como resultado de la STS de 23 de marzo de 2003, relativa a la necesaria regulación en la citada ley de determinados preceptos del Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio.

En efecto, con la mencionada sentencia, el Tribunal Supremo anuló diversos artículos del reglamento de 2001 por entender que vulneraban el principio de legalidad. Solanes Corella (2010, p. 88) explica que esto ocurrió “bien porque el reglamento había optado por ampliar la discrecionalidad a favor de la Administración, o bien por extender medidas restrictivas de los derechos más allá del ámbito estrictamente legal, por falta de rango o por invasión de la reserva de ley”.

De esta forma, en lugar de modificar el reglamento de desarrollo se acudió a la reforma legal que supuso un paso más en una política migratoria centrada en el control de los flujos de personas para reducir la inmigración ilegal. De su análisis exhaustivo destacamos varias cuestiones que influyeron en la percepción social de la figura del (in)migrante:

En primer lugar, fueron significativos los cambios operados en la regulación de la reagrupación familiar, entendido como el derecho de los extranjeros a mantener la unidad de su familia, de manera que pueden reunir consigo a determinados parientes al país al que se han desplazado. Para

---

<sup>33</sup> En esencia, el Reglamento CE 1030/2002 del Consejo, de 13 de junio; las Directivas 2001/51/CE de 28 de junio, 2001/40/CE de 28 de mayo, 2002/90/CE de 28 de noviembre y Decisión del Consejo de 20 de diciembre de 2001.

Fernández Pérez (2016, p. 155), se trata “del derecho más necesario para la integración social de los extranjeros, y al mismo tiempo el más lesionado en las sucesivas reformas de la LOEx”.

La LO 14/2003 introdujo como novedad la exigencia a los reagrupados de la obtención de una autorización de trabajo y residencia independiente de la adquirida mediante la reagrupación para poder nuevamente reagrupar a sus familiares (art. 17). En el caso de los ascendientes reagrupados, la ley disponía que “*podrán obtener una autorización de residencia independiente cuando obtengan una autorización para trabajar*”. Resulta incomprensible el establecimiento de este requisito cuando previamente para poder reagrupar a los ascendientes se exigía que estos se hallasen en una “*situación de dependencia económica*” de los reagrupantes.

El objetivo de esta medida, así como la eliminación -por citar otro ejemplo- del supuesto excepcional de reagrupación familiar por cuestiones humanitarias, perseguía la limitación de las reagrupaciones en cadena para mitigar el denominado ‘efecto llamada’, un concepto (sobre el que volveremos más adelante) que el Partido Popular comenzó a utilizar en aquella época -y que a día de hoy acude a él de forma persistente, tal y como hace VOX<sup>34</sup>- para referirse al efecto principal que había causado la aprobación de la LO 4/2000, y justificar así la restricción de derechos a los migrantes.

Todo esto vino acompañado del reforzamiento de los instrumentos sancionadores previstos en la LO 4/2000 y modificados por la LO 8/2000 para luchar contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos. El punto novedoso en esta materia se centró en que ahora la LO 14/2003 apelaba en su preámbulo a la colaboración con las compañías de transportes “*en orden a contar con mayor información sobre las personas que vayan a ser trasladadas hasta el territorio español*”. Es decir, exigía a las empresas de transportes vigilar y comprobar que sus viajeros tuviesen la documentación en regla como medida preventiva para reducir la entrada a España de personas en situación irregular.

De este modo, el art. 66 LOEx establecía que “*toda compañía (...) estará obligada, en el momento de finalización del embarque y antes de la salida del medio de transporte, a remitir a las*

---

<sup>34</sup> Prueba de ello la encontramos en estas declaraciones del ex presidente del Partido Popular, Pablo Casado, en las que acusaba al PSOE de ser “los responsables del efecto llamada” que propició la llegada de numerosos migrantes a las costas de las Islas Canarias durante el mes de noviembre de 2020: <https://www.pp.es/actualidad-noticia/casado-sanchez-es-responsable-efecto-llamada-por-demagogia-psoe>.

El contexto de este reproche obedece a la conocida ‘crisis de Arguineguín’, en la que se estima que, durante el periodo mencionado, el muelle llegó albergar a más de 2.000 personas que habían sido rescatadas del mar cuando trataban de llegar a España por esa vía.



*autoridades españolas encargadas del control de entrada la información relativa a los pasajeros que vayan a ser trasladados, ya sea por vía aérea, marítima o terrestre, y con independencia de que el transporte sea en tránsito o como destino final, al territorio español*". En caso contrario, se establecían sanciones graves para aquellos que facilitasen "*la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino a España, o su permanencia en nuestro país*". Por lo tanto, queda patente la obsesión de las autoridades para abordar el fenómeno migratorio desde el control y la ordenación de las personas.

En línea con esto, la nueva LOEx también introdujo una habilitación genérica de acceso al Padrón Municipal<sup>35</sup> a favor de la Dirección General de la Policía, con el propósito de mejorar el ejercicio de las competencias legalmente establecidas sobre el control y permanencia de los extranjeros en España.

Solanes Corella (2010, p. 88) aclara que esta habilitación se formuló en términos de reciprocidad con el Instituto Nacional de Estadística (INE), "al establecer la obligación de la Dirección General de la Policía de comunicar a dicho Instituto los datos de los extranjeros que pudieran haber sufrido variación en relación con los consignados en aquel". Es indudable que, como bien apunta Fernández Pérez (2016, p. 159), "el padrón puede convertirse en un arma de doble filo, pues puede ser utilizado como un mecanismo de apertura hacia determinados derechos; o bien, una forma de control de los inmigrantes irregulares asegurando su exclusión".

Este acceso abierto a los datos de los extranjeros choca frontalmente con el derecho a la intimidad recogido en el art. 18 CE, y con las disposiciones de los arts. 14 y 53 CE que garantizan el respeto al ejercicio de este derecho fundamental por parte de los extranjeros, independientemente de su situación administrativa y en términos igualitarios con respecto a los españoles.

Esta posible inconstitucionalidad es aún más grave si recordamos que el Tribunal Constitucional en su STC 292/2000, de 30 de noviembre, se había opuesto a toda limitación del derecho a la protección de datos<sup>36</sup> por razones genéricas como "*interés público*" o "*intereses de terceros más dignos de protección*", a las que responderían estas previsiones.

---

<sup>35</sup> De acuerdo con la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (modificada en varias ocasiones), se trata de un registro administrativo donde se inscriben los habitantes de un municipio y que se gestiona por los propios Ayuntamientos a través de medios informáticos. Es obligatorio que toda persona que resida en España se inscriba en el Padrón del Municipio donde resida habitualmente.

<sup>36</sup> Entendiendo que este abarca aquellos datos que identifiquen o permitan la identificación de la persona, que puedan configurar su perfil ideológico, racial, sexual, económico, etc.

Sin duda, la LO 14/2003 introdujo nuevas dificultades para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar y para la protección del derecho a la intimidad de los extranjeros, mientras que apenas avanzaba en su integración. Un paso tímido en este sentido (aunque ganará peso con los años) lo encontramos en la incorporación del artículo 71 de la LOEx que materializaba la constitución del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (aunque su creación se había propuesto varios años atrás, en virtud de la LO 4/2000). Se trataba de un organismo “con funciones de estudio y análisis, y con capacidad para elevar propuestas de actuación, en materia de lucha contra el racismo y la xenofobia”<sup>37</sup> (Fernández-Arias, 2007).

Se buscaba que con el tiempo el Observatorio pudiese convertirse, en palabras del mismo autor, en “una herramienta esencial para luchar contra los fenómenos racistas que, lamentablemente, van en aumento en España”, como demostraba el resultado del primer trabajo llevado a cabo por dicho organismo en marzo de 2006: un estudio sobre la opinión de los españoles en materia de racismo y xenofobia que dejaba varias paradojas preocupantes: por un lado, confirmaba la intuición de que los españoles percibían que el número de extranjeros que vivían en nuestro país era excesivo. Por otro lado, prevalecía, entre los primeros, la idea de que en España existían determinados grupos o minorías étnicas, religiosas o culturales, que no se querían mezclar con el resto de la sociedad, lo que acentuaba la visión de que los extranjeros eran poco proclives a la apertura cultural.

Y por último, el informe señalaba la percepción generalizada de que el aumento de la inmigración favorecía la delincuencia. Unos datos que no pueden extrañarnos si tenemos en cuenta que el legislador siempre acude a las mismas razones para justificar las sucesivas reformas de la LOEx.

Desde entonces, la labor del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia -hoy dependiente del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de España- ha ido en aumento mediante la realización de informes, seminarios y talleres que actúan como instrumentos de integración, concienciación y educación de toda la ciudadanía en los principios de igualdad y no discriminación<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> La decisión de crear el Observatorio, como bien comenta Fernández-Arias (2007), es el resultado de las recomendaciones de los diversos informes de la ECRI, de la transposición de la Directiva 43/2000 de la Unión Europea sobre "Aplicación del principio de Igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico"; y de diversas advertencias de la sociedad civil en referencia al aumento en España de situaciones de discriminación, racismo y xenofobia contra ciudadanos extranjeros y miembros de minorías étnicas.

<sup>38</sup> Se puede consultar toda la información referente a la actuación del Observatorio en <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/es/index.htm>.

Los años venideros hasta la aprobación de la cuarta y -hasta ahora- última reforma de la ley de extranjería se caracterizarán por una labor ardua del Tribunal Constitucional que aún debía resolver ocho recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LO 8/2000, a los que enseguida haremos referencia.

Pero antes cabe destacar el impacto que tuvieron en toda Europa los denominados ‘Disturbios de Francia’<sup>39</sup>, ocurridos durante los meses de octubre y noviembre de 2005, que demostraron el fracaso de Estados como Francia en la integración social de la población extranjera.

Hasta entonces la mayoría de los gobernantes europeos habían dirigido sus políticas migratorias a blindar sus fronteras y a endurecer los procedimientos sancionadores para dificultar las condiciones de vida de los (in)migrantes ‘irregulares’ que llegasen a sus territorios. Un ejemplo ilustrativo de la ‘amenaza’ que constituía este colectivo para la seguridad y estabilidad de los Estados son las declaraciones pronunciadas por el entonces ministro del Interior francés, Nicolás Sarkozy. En una visita a un suburbio francés<sup>40</sup>, el que se convirtió años más tarde en presidente del Gobierno afirmó

---

<sup>39</sup> Los incidentes comenzaron tras la muerte de dos jóvenes africanos que escapaban de la policía en Clichy-sous-Bois, una comuna pobre ubicada en un suburbio del este de París. Se les había acusado de robo y ante el “miedo” al interrogatorio de las autoridades, se escondieron en una subestación eléctrica y terminaron electrocutándose al entrar en contacto con un transformador. Días después, los ciudadanos del barrio comenzaron a manifestarse como “una forma de expresar la frustración por el desempleo, el acoso policial y la discriminación que sufrían diariamente en la zona”. BBC News (02/11/2005). Texto recuperado el 3 de marzo de 2022 de <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4399748.stm>.

Rápidamente, los disturbios se expandieron a otras áreas de Francia (Dijón y Marsella, entre otras) y también a otros países (Bélgica, Dinamarca y Alemania). La noche del 5 de noviembre de 2005 marcó el punto más intenso de las protestas en Francia con 1.295 vehículos incendiados, 312 personas arrestadas y una víctima mortal. El Mundo (14/11/2005). Texto recuperado el 3 de marzo de 2022 de <https://www.elmundo.es/elmundo/2005/11/04/sociedad/1131110014.html>).

Finalmente, el Gobierno decidió declarar el estado de emergencia como medida para contrarrestar la violencia imperante en todo el país. En este sentido, el presidente de la República, Jacques Chirac, llegó a admitir durante aquellos días que “Francia tiene problemas innegables en las zonas urbanas más pobres (...)”; y que se debe trabajar para solucionarlos “sin importar nuestro origen, somos todos hijos de la República y todos tenemos los mismos derechos”. BBC News (10/11/2005). Texto recuperado el 3 de marzo de <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/4425210.stm>).

<sup>40</sup> Los denominados *banlieues* (suburbios), en los que se concentraba la mayoría de población extranjera residente en Francia, se caracterizaban por presentar una tasa de desempleo más alta que la media del país, lo que a su vez propiciaba el aumento de la economía paralela, y unos porcentajes muy elevados de violencia urbana.

Hoy en día, Kantt (2016) explica que a estos problemas se ha de sumar el hecho de que algunos yihadistas que atentaron en Francia vivían anteriormente en estas comunas (basta recordar el ejemplo de Seine-Saint-Denis, escenario de un operativo antiterrorista que logró desarticular una célula yihadista que había perpetrado varios ataques en Francia). Esto se tradujo en un aumento de la “la discriminación que sufren los habitantes de los *banlieues* (...), que se sienten estigmatizados, son señalados con el dedo”; y hasta tienen que escuchar diariamente que las zonas en las que viven son consideradas por los autóctonos como auténticas “fábricas de yihadistas”.

que “el vandalismo y los crímenes formaban parte de la vida cotidiana de los suburbios de toda Francia”, por ello tildaba a los jóvenes inmigrantes que allí vivían de “escoria”<sup>41</sup>.

La estigmatización que producían entre la población extranjera declaraciones como estas dará lugar al fenómeno de la “revuelta urbana” que, según Esevenri Mayer (2007), nace del hecho de que a la juventud (in)migrante se la había dejado fuera de los espacios formales de integración (del sistema educativo y del mercado de trabajo, principalmente), dificultándoles “la accesibilidad al mercado laboral y creando mecanismos encubiertos de discriminación y segregación étnica que hacían permanentes las desigualdades sociales”. Por ello, este colectivo reaccionó con un comportamiento violento, por ejemplo, quemando coches, comercios de ciudades prósperas como París o Lyon (aquellos que nunca iban a poder poseer), o “haciendo barricadas o lanzando cocktails molotov contra las autoridades”, a los que veían como la representación del enemigo que les excluía de la vida social del país.

Por su parte, España tampoco fue inmune a la manifestación de comportamientos colectivos violentos de los jóvenes de origen extranjero: ténganse en cuenta los sucesos de El Ejido del año 2000 mencionados en páginas anteriores.

De este modo, durante esta década continúan los fuertes antagonismos en la convivencia entre vecinos autóctonos y extranjeros, que se acrecentarán todavía más tras la histórica ‘crisis de los

---

<sup>41</sup> El ministro Sarkozy vociferó a unos vecinos durante su visita al barrio Val d'argent, en Argenteuil: “Vous en avez assez, hein?” (“Estáis hartos, ¿eh?”), “Vous (en) avez assez de cette bande de racaille” (“Estáis hartos de esa panda de escoria”), “Ben, on va vous on débarasser” (“Bien, os los vamos a quitar de encima”). Vídeo recuperado el 12 de marzo de 2022 de <https://www.youtube.com/watch?v=Bs2TiewZWXI>.

Solo unos días después, tras el inicio de los citados Disturbios de París, Sarkozy reiteraría sus palabras en la cadena *France 2*: “Son matones, escoria, insisto y lo ratifico”, aunque después puntualizó que se refería únicamente a “una parte ínfima” de los jóvenes. El Confidencial (11/10/2015), texto recuperado el 13 de marzo de [https://www.elconfidencial.com/mundo/2015-10-11/que-fue-de-la-escoria-de-francia\\_1051502/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2015-10-11/que-fue-de-la-escoria-de-francia_1051502/).

cayucos<sup>42</sup>. Esta situación, sin precedentes en nuestro país, avivó los conflictos entre los dos grupos de la población; y, en parte debido al tratamiento que le otorgaron los medios de comunicación, reforzó la idea entre los autóctonos de que “la inmigración era un problema y amenaza para la sociedad española, especialmente para las regiones receptoras directas de este tipo de inmigración”, como podían ser Ceuta y Melilla, las Islas Canarias y las costas andaluzas (Rodríguez Díaz y Mena Montes, 2008, p. 4 y ss.).

En este contexto, cabe destacar la investigación “Tratamiento informativo de la inmigración en España”, publicado en 2007 por el Observatorio y Grupo de Investigación sobre Migración y Comunicación (MIGRACOM) de la Universidad Autónoma de Barcelona<sup>43</sup>, a partir del estudio del caso “Montfalcó”<sup>44</sup>. En ella se mostraba cómo en los diferentes informativos de las televisiones estatales y autonómicas de tarde-noche, solo se dedicaba un minuto (de los 53 minutos con 29 segundos, casi una hora ocupada en la cobertura del caso) a dar voz a los principales protagonistas de la noticia: los migrantes. El resto lo copaban fuentes institucionales como el Gobierno o la policía encargada del caso.

En el citado estudio se llegó también a la conclusión de que los principales medios de comunicación españoles articulaban la información sobre el caso a partir de la polarización nosotros-ellos (Van Dijk, 1997), lo que condiciona de manera determinante la identidad de los migrantes proyectada por

---

<sup>42</sup> Durante el año 2006 llegaron a las Islas Canarias más de 30.000 personas en unas embarcaciones parecidas a las canoas denominadas “cayucos”, a la misma vez unos 7000 migrantes arribaban a las costas andaluzas en condiciones similares. La conocida como “crisis de los “cayucos” se produjo, según explica Arteaga Martín (2019) como consecuencia de un conjunto de factores extraordinarios, tales como el cierre de unos campamentos que aglutinaban a migrantes en torno a Ceuta y Melilla tras numerosas llegadas en 2005, el fracaso de los acuerdos migratorios establecidos con Mauritania y Senegal; o la regularización extraordinaria que llevó a cabo el Gobierno en 2005 y tuvo como consecuencia el desplazamiento de las rutas migratorias terrestres desde Nigeria, Níger, Malí y Gambia hacia las vías marítimas de África occidental.

En el ámbito de la seguridad nacional, el mismo autor considera que esta experiencia conformó el denominado “modelo español de inmigración” que “combinaba mecanismos diplomáticos con policiales para fortalecer el control de las fronteras exteriores de la UE frente a las llegadas de migrantes por vía marítima”. Dicho modelo pareció demostrar su utilidad, pues el flujo de entradas en España se redujo a partir de la crisis de 2006 y en los años posteriores hasta la crisis de refugiados de 2015.

<sup>43</sup> Informe recuperado el 18 de noviembre de 2021 de <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/InformeTratamientoInformativoInmigracionEspana2007.pdf>.

<sup>44</sup> Los hechos se remontan al 28 de mayo del 2007, cuando diversos medios españoles informaron del rescate de una patera con 26 inmigrantes, que se encontraba a la deriva por el Mediterráneo. Tras desentenderse de la embarcación las autoridades de Malta, finalmente los ocupantes fueron auxiliados por un pesquero español de Tarragona, denominado “Montfalcó”. Entre otras, véase esta noticia recuperada de *Diario Sur* el 2 de noviembre de 2021 de [https://www.diariosur.es/prensa/20070530/espana/habrian-muerto-pasamos-largo\\_20070530.html](https://www.diariosur.es/prensa/20070530/espana/habrian-muerto-pasamos-largo_20070530.html).

dichos medios. Pues existía un énfasis de las informaciones positivas sobre ‘nosotros’ y una acentuación de noticias negativas sobre ‘ellos’; a la misma vez que también se observaba una supresión de las informaciones negativas sobre ‘nosotros’; y una omisión de las noticias positivas sobre ‘ellos’.

Todo ello se podía evidenciar en la forma en la que la cadena de televisión *Cuatro* informaba sobre los hechos: “De nuevo un barco español se hace cargo de inmigrantes que nadie quiere”; y justificaba más adelante que se hubiese bautizado al Montfalcó como un “barco salvador de inmigrantes”. Por lo que se presenta la información a partir de la bondad -reiterada- de los españoles en contraposición a un colectivo que, por diferentes razones, ningún otro país desea acoger.

En este otro ejemplo observábamos cómo la cadena *Antena 3* utiliza en su informativo el calificativo de “26 ilegales”, una fórmula que también había empleado *Telemadrid* en su noticiero del 29 de mayo de 2007; y concluía con la siguiente frase: “Algunos sonríen porque han conseguido su sueño, llegar a Europa, aunque sea a cualquier precio”. Esto parece incitar al espectador a juzgar o a cuestionarse moralmente la conveniencia o no de la travesía de los migrantes hasta Europa, al mismo tiempo que subraya el tópico del continente europeo como lugar soñado para la inmensa mayoría de los ciudadanos africanos<sup>45</sup>.

Sin embargo, si se es capaz de mirar más allá de estas tensiones y de cómo reaccionan los medios de comunicación y los partidos en el gobierno ante ellas, advertiremos la lección que, con independencia del lugar en el que sucediesen, traían implícita: para lograr una convivencia pacífica la integración social de los extranjeros debía convertirse, de una vez por todas, en un objetivo inexcusable de las políticas migratorias de los Estados, un fin que antes tenía que ser introducido en el debate social por agentes influyentes en la opinión pública, como los medios de comunicación, para que su necesidad fuese calando en el conjunto de la población.

El punto de partida de este nuevo enfoque pasaba, según Kazyrytski (2013, p. 28), por llevar a cabo (introduciendo quizá en la futura reforma de la ley de extranjería) “cambios cualitativos en la situación socioeconómica de las personas de origen inmigrante, [con] intervenciones en los barrios empobrecidos en los que vivían para eliminar los factores de riesgo que podían provocar desafección e incitar a la violencia juvenil”. También, en palabras del mismo autor, se necesitaba

---

<sup>45</sup> Ambos ejemplos han sido extraídos del informe “Tratamiento informativo de la inmigración en España” de MIGRACOM (2007), anteriormente referenciado: <https://www.inclusion.gob.es/oberaxe/ficheros/documentos/InformeTratamientoInformativoInmigracionEspana2007.pdf>.

una “reforma educativa” que contase con los niños inmigrantes como protagonistas y destinatarios de la misma, a través de la creación, por ejemplo, de un espacio fructífero para su formación profesional”.

Nunca sabremos si estos firmes avances hubiesen posibilitado el inicio de una verdadera inclusión de la población migrante en nuestra sociedad. Desgraciadamente, desde el ámbito político no se aceptó el órdago que subyacía en los conflictos sociales comentados; o quizá no interesó enfocar el fenómeno migratorio desde esa perspectiva.

### **7. La labor del Tribunal Constitucional en el reconocimiento de derechos a los migrantes: la importancia de las sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007, de 17 de diciembre**

No obstante, en el ámbito jurídico nuestro Tribunal Constitucional sí había dado desde hacía tiempo “un decidido paso hacia la integración de la población extranjera en España” (Fernández Pérez, 2016, p. 168). Ahora, con la resolución de las STC 236/2007, de 7 de noviembre, y la STC 259/2007, de 17 de diciembre<sup>46</sup> la doctrina detectó un avance indiscutible en el reconocimiento de derechos a las personas indocumentadas y, por tanto, un logro en la equiparación con el resto de ciudadanos.

En la STC 236/2007, el Tribunal se pronunció sobre varios recursos de inconstitucionalidad presentados por el PSOE y varias Comunidades Autónomas contra la anterior LO 8/2000.

La importancia de esta resolución estriba en que ha sido considerada como el *leading case* en el que el TC, a lo largo de 17 extensos fundamentos jurídicos, trata de establecer unos criterios generales para concretar de una forma más clara que en sus pronunciamientos anteriores, el régimen jurídico-constitucional de los extranjeros en España (Vidal Fueyo, 2009).

De este modo, su pauta interpretativa se basa en el criterio de la dignidad humana que, sin embargo, define de forma difusa y poco solvente, de tal forma que en función de la relación que los derechos recurridos presenten con respecto a la dignidad humana, se concederá un mayor o menor respeto a ambos -y una mayor o menor libertad al legislador para establecer limitaciones a su ejercicio-.

En relación con este enfoque predeterminado de la migración, argumenta Vidal Fueyo (2009, p. 363) de manera crítica que “no puede olvidarse que todo derecho fundamental, en cuanto tal, presenta una íntima conexión con la dignidad de la persona y (...) establecer gradaciones en la dignidad nos aleja del terreno de la seguridad jurídica y nos acerca al de la subjetividad”.

---

<sup>46</sup> En el resto de decisiones referentes a esta materia se procede, en términos generales, a incorporar las consideraciones legales que aparecen en estas dos sentencias.

A pesar de esta indeterminación, hemos de destacar el alcance del fallo en relación con los preceptos de la LO 8/2000 relativos al derecho a la educación de naturaleza no obligatoria y el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, cuya inconstitucionalidad conllevaría la nulidad del inciso “*residentes*” que figuraba en cada uno de ellos. Y es que para el TC tales derechos se reconocen constitucionalmente por igual a todos los extranjeros, independientemente de su situación administrativa, lo que sería recibido por aquellos sectores más críticos con dicha ley orgánica como un progreso determinante en la integración de los migrantes en España.

Concretamente, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, se reconocen los siguientes derechos que merecen un análisis particular:

- Derecho de los (in)migrantes en situación irregular a reunirse y manifestarse, así como el reconocimiento del derecho de asociación, sindicación y huelga. El Tribunal llega a la conclusión de que “*la definición constitucional del derecho de reunión realizada por nuestra jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre*” (FJ 6). En consecuencia, se declara inconstitucional la exigencia de autorización de estancia o residencia en España para que los extranjeros puedan ejercer el derecho de reunión.

En términos idénticos se analiza el derecho de asociación y se llega a la misma conclusión, constatando su importante grado de conexión con la dignidad humana (FJ 7), e incluso con la sociabilidad, lo que permite inferir un cambio en la percepción del Tribunal hacia los migrantes a los que, a partir de ese momento, se les reconoce y protege la necesidad de contacto humano como a cualquier persona.

En referencia a los derechos de sindicación y huelga, el TC llega a la misma conclusión que en los casos anteriores: no resulta constitucionalmente admisible la exigencia de la situación de legalidad en España para que un trabajador extranjero pueda ejercer el derecho de libertad sindical y el de huelga aunque, como bien recuerda Vidal Fueyo (2009), tal requisito sí sea necesario para la



celebración válida de un contrato de trabajo y, en consecuencia, para que el extranjero obtenga la condición jurídico-formal de trabajador<sup>47</sup>.

- Reconocimiento del derecho a la educación a todos los menores migrantes (pues antes solo se reconocía el derecho a los menores inmigrantes en situación de irregularidad administrativa hasta los 16 años).

En este caso el Tribunal no otorga un margen de libertad al legislador orgánico (una vez respetado un contenido esencial mínimo) y, en consecuencia, anula el precepto impugnado. Vidal Fueyo (2009, p. 372) entiende, tal y como lo interpretamos nosotros, que quizá el Tribunal “considera que el derecho a la educación está más cerca de la dignidad humana que la asociación, la reunión y la sindicación y, correlativamente, la libertad del legislador disminuye”.

- Derecho a la asistencia jurídica gratuita: la LO 8/2000 reconocía dicho derecho a los (in)migrantes en situación irregular solamente en aquellos procedimientos que podían comportar la denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio nacional y en todos los procedimientos en materia de asilo. Ahora la STC 236/2007 lo extiende a todos los procedimientos en los que se vean inmersos, pues se remite a lo ya declarado en la STC 95/2003, de 22 de mayo: se parte entonces de una conexión instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva, donde la titularidad del derecho es de todos los extranjeros, con independencia de su situación jurídica (STC 95/2003, FJ 5). Por lo tanto, se deduce la inconstitucionalidad del precepto impugnado.

- Visado: el Tribunal permite que no se motive la denegación de visados (excepto cuando se refiere al visado por reagrupación familiar y a la solicitud de permiso de trabajo por cuenta ajena).

Vidal Fueyo (2009) disiente con el pronunciamiento del TC en esta materia específica, y argumenta que el Tribunal Supremo estableció una línea jurisprudencial que hasta nuestros días exige la motivación de la denegación del visado en todos los casos. Dicha jurisprudencia (por citar algunas

---

<sup>47</sup> El problema, tal y como resalta Vidal Fueyo (2009), es que tras reconocer estos derechos a todos los extranjeros, se otorga un incomprensible margen de libertad al legislador que, una vez respetado el contenido esencial de cada derecho mencionado, “*podrá fijar condiciones específicas para su ejercicio por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia*” (FJ 9 STC 236/2007). Objeción que se hace extensiva al fallo, que no anula los preceptos impugnados (salvo el correspondiente al derecho a huelga en el que el TC sí declara la nulidad del mismo) en pro de una defensa de la “*voluntad del legislador*”.

sentencias relevantes, véase la SSTS de 27 de diciembre de 1999, FJ 4; o la STS de 15 de diciembre de 1999, FJ 2) viene a destacar que la motivación en el orden administrativo tendría como finalidad primordial evitar la indefensión del interesado, concepto este último que, como el TS subraya, “*es necesario interpretar en el amplio sentido de limitar en lo posible la perplejidad de aquellos (los interesados) ante decisiones administrativas cuyos fundamentos les resulten incomprensibles, por no hacerse explícitos; y que por eso se vean obligados a acudir a ciegas a su impugnación*” (17).

Esto posibilitaría a su vez que los órganos jurisdiccionales conociesen, según el TS, “*los datos fácticos y normativos que les permitiesen resolver la impugnación judicial del acto, en el juicio de su facultad de revisión y control de la actividad administrativa, sancionada en el artículo 106 de nuestra Constitución*”. La motivación resulta, además, clave “*para el logro de la seguridad jurídica que debe imperar tanto a priori como a posteriori, en las relaciones entre la Administración y los administrados*”.

- Expulsión judicial: declara la constitucionalidad porque la expulsión judicial es alternativa a la expulsión, no complementaria. A lo largo del fundamento jurídico 14 avala su postura a partir de la afirmación de que la pena se impone en el marco de la política criminal del Estado, mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son ámbitos que atienden a intereses públicos completamente distintos.

- Procedimiento preferente de expulsión: declara constitucional el plazo de alegaciones de 48 horas en el procedimiento preferente de expulsión. El argumento esgrimido es que la pretendida indefensión que generaría el precepto que regula dicho trámite no es tal, “ya que la brevedad de los plazos no significa, para el Tribunal, la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si lo que se pretende es hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso” (Fernández Pérez, 2016, p. 191). La autora lamenta esta decisión del TC, puesto que si el legislador puede prever la reducción en los plazos cuando respondan a una finalidad razonable y necesaria, “una de las infracciones que puede dar lugar a la aplicación de dicho procedimiento preferente es el mero hecho de encontrarse irregularmente en España”, cuya sanción de expulsión y posterior internamiento son, para la autora, “sobradamente desproporcionadas” (Fernández Pérez, 2016, p. 191).

Como hemos observado a lo largo del estudio de estos derechos reconocidos en la STC 236/2007, en unos casos el legislador solo está obligado a respetar un contenido esencial mínimo, pudiendo después distinguir entre extranjeros según su situación administrativa (como ocurre con los derechos de reunión, asociación y sindicación); y, en otros casos, dicha diferencia está

constitucionalmente prohibida y la regulación ha de ser exactamente igual para españoles y para extranjeros, con independencia de la situación legal de estos últimos (derecho a la tutela judicial efectiva o derecho a la educación, que el TC los considera más cercanos a la garantía de la dignidad humana y, por lo tanto, más merecedores de protección que los anteriores).

A pesar de que se produjo un avance significativo en la integración de los migrantes en España mediante el reconocimiento del derecho a la educación y a la asistencia jurídica gratuita, las sentencias posteriores dictadas por el Tribunal Constitucional durante este periodo confirmarán, por un lado, la incapacidad del propio Tribunal de establecer una verdadera configuración constitucional de los derechos y deberes correspondientes a las personas extranjeras; y por otro, las dificultades que conlleva nuestro marco normativo de extranjería que Fernández Pérez (2016, p. 110) define acertadamente como “un cuerpo legal complejo, disperso y necesitado de simplificación, con procedimientos administrativos que carecen de agilidad en la tramitación de los expedientes, de lentitud en la emisión de las resoluciones o de saturación de las oficinas (...), generando incertidumbre en las expectativas de los sujetos implicados”.

De hecho, pasarán cinco años hasta que la ley de extranjería sea reformada de nuevo, a pesar de que se habían producido notables modificaciones en el conjunto normativo en esta materia tanto por la vía de jurisprudencia, como por los cambios introducidos en los instrumentos inferiores de desarrollo (reglamentos). Sin embargo, esta no contendrá grandes mejoras en cuanto a su redacción, simplificación de los procedimientos que incorpore y satisfacción de las necesidades de los sujetos destinatarios de la misma.

## **8. La integración social de los migrantes, según la nueva LO 2/2009, de 11 de diciembre**

En 2009 se aprueba la cuarta reforma de la ley de extranjería: la LO 2/2009, de 11 de diciembre, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Esta norma buscaba, en primer lugar, dar respuesta a la realidad migratoria de la época caracterizada por un aumento progresivo de migrantes<sup>48</sup>. En segundo lugar, se justificaba la aprobación de una nueva ley en base a la exigencia de transponer determinadas directivas

---

<sup>48</sup> Según el Instituto Nacional de Estadística (INE), la población extranjera en España no dejaba de crecer, el 1 de enero de 2009 había alcanzado los 5.598.691 habitantes, lo que correspondía al 12% de los residentes totales del país. Informe recuperado el 18 de marzo de 2022 de <http://www.ine.es/prensa/np551.pdf>.

europas<sup>49</sup>, e incorporar, urgentemente, la ya mencionada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias 236/2007 y siguientes)<sup>50</sup>.

Entre sus objetivos, la ley presenta, de forma expresa, su voluntad -recurrente- de “ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal manera que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades reales de nuestro mercado de trabajo”. A esta perspectiva utilitarista también se suma la conocida obsesión de nuestros dirigentes por acabar con la inmigración irregular, “reforzando los medios e instrumentos de control y los sancionadores, especialmente por lo que se refiere a quienes faciliten el acceso o permanencia de la inmigración ilegal en España, agravando el régimen sancionador en este caso y, reforzando los procedimientos de devolución de los extranjeros que han accedido ilegalmente a nuestro país”, tal y como se expone en la exposición de motivos de la LO 2/2009.

Todo ello en un contexto de grave crisis económica a nivel mundial<sup>51</sup>, donde la reforma de la LOEx pudo generar, de acuerdo con Fernández Pérez (2016, p. 195), cierta alarma social respecto al papel

---

<sup>49</sup> Destacan, entre otras, por el convencimiento de los Estados miembros en seguir enfocando la migración desde la perspectiva del control y la lucha contra la inmigración irregular: la Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes; la Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas; la Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal; o la Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

<sup>50</sup> De este modo, se celebra la nueva redacción que presenta la LOEx de los artículos correspondientes a derechos afectados por la inconstitucionalidad comentada en páginas anteriores.

<sup>51</sup> Nos estamos refiriendo a la crisis financiera global de 2008, cuyo desencadenante se ha de buscar, dos años antes, en el colapso que sufrió la burbuja inmobiliaria en Estados Unidos. Esto provocó la llamada “crisis de las hipotecas subprime”, producto de la incapacidad de deudores con alto nivel de riesgo crediticio de pagar los créditos hipotecarios que les otorgaron las instituciones bancarias. Las repercusiones de esta situación económica no solo afectaron al sistema financiero estadounidense, sino que a partir de 2008 se contagiaron al resto de mercados internacionales. De esta forma, los diferentes países del mundo tuvieron que hacer frente a una aguda crisis de liquidez y a una caída del PIB global del 5% en 2009, lo que trajo consigo quiebra de empresas y destrucción de empleo a nivel global, de acuerdo con el World Bank national accounts data, and OECD National Accounts data files: <https://data.worldbank.org/indicator/NY.GDP.MKTP.CD>).

Solo en España, según la Cadena SER, el paro alcanzó el 25% de la población en 2012 y rondaba el 50% para los jóvenes menores de 30 años. Cadena Ser (24/01/2013). Texto recuperado el 2 de abril de 2022 de [https://cadenaser.com/ser/2013/01/24/economia/1358987951\\_850215.html](https://cadenaser.com/ser/2013/01/24/economia/1358987951_850215.html)).

de los (in)migrantes en el mercado de trabajo y sobre su acceso a los derechos sociales (sanidad, educación...). De hecho, critica la autora que desde las instituciones se emitían mensajes “antipedagógicos que parecían querer enlazar cierta vinculación entre la inmigración y la crisis económica”, como el confuso discurso en el Congreso del portavoz de Convergència i Unió (CiU), Carles Campuzano, en el que defendía la reforma de la ley ante la nueva situación social y económica “ya que se ha pasado de un modelo de crecimiento, creación de empleo y reducción del paro, en el que la inmigración ha sido protagonista, a una nueva realidad de crisis económica, con índices de paro elevados y con un previsible mantenimiento de la entrada de ciudadanos extranjeros”<sup>52</sup>.

En esta época comienzan a convertirse en clásicos reproches contra este colectivo el supuesto ‘abuso’ que hacen de los servicios públicos o que su situación de vulnerabilidad intrínseca suponga una carga excesiva para el Estado<sup>53</sup>. Sin embargo, en una investigación llevada a cabo por Moreno Fuentes y de Figueiredo Ferreira (2013, p. 43) desmontan este tipo de argumentos explicando que “las poblaciones de origen inmigrante no solo no hacen un uso particularmente intensivo de los diversos sistemas de protección social, sino que, de hecho, se encuentran generalmente infra-representados entre los usuarios de la mayoría de los esquemas en proporción a su peso relativo en la población”.

Además, los datos disponibles en su informe muestran que “el balance fiscal entre su contribución al erario público y el coste de las prestaciones y servicios sociales que reciben resulta claramente favorable a las arcas del Estado” (Moreno Fuentes y de Figueiredo Ferreira, 2013, p. 43).

Pese a este contexto, el mensaje imperante en el Gobierno responsable de la reforma (el PSOE) era la necesidad de adaptar la ley al respeto de los derechos fundamentales recogidos en nuestra Carta Magna y ratificados por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia examinada anteriormente.

Así, los cambios que propuso la LO 2/2009 conllevaron avances positivos en la integración de los migrantes: en primer lugar, se ha de destacar el traspaso de competencias del Gobierno central a las Comunidades Autónomas que fue, sin duda, uno de los puntos cruciales de esta reforma. Este, que había comenzado a gestarse con el RD 1162/2009 de 10 de julio, buscaba adaptar la regulación de

---

<sup>52</sup> Cinco Días. La mayoría de los partidos promueve una reforma urgente de la Ley de Extranjería (18/09/2008). *Cinco Días*. Texto recuperado el 27 de febrero de 2022 de [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2008/09/18/economia/1221717385\\_850215.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2008/09/18/economia/1221717385_850215.html).

<sup>53</sup> Al respecto, se recomienda la lectura del reportaje “El peligro de los rumores falsos”, publicado por Ania Elorza el 10 de julio de 2012 en *El País*, donde analiza los tradicionales prejuicios contra los (in)migrantes: [https://elpais.com/ccaa/2012/07/09/paisvasco/1341861756\\_498731.html](https://elpais.com/ccaa/2012/07/09/paisvasco/1341861756_498731.html).

los procedimientos de autorización inicial de residencia y trabajo (que se regulaban en dicho decreto) a los requerimientos derivados del traspaso a las Comunidades Autónomas de la competencia ejecutiva que, en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros, reconocían determinados Estatutos de Autonomía (Solanes Corella, 2010)<sup>54</sup>.

Lo cierto es que dada la gran disparidad en las tasas de población migrante por comunidades autónomas, “se hacía ineludible establecer un marco sólido de colaboración entre Estado y Comunidades” (Fernández Pérez, 2016, p. 194). Por lo que esta nueva coordinación entre instituciones fue bien acogida por la mayoría de la doctrina.

En segundo lugar, no menos importante, la integración se convierte en uno de los ejes configuradores de la política migratoria en España, según dispone el preámbulo de la LO 2/2009 en cuanto a objetivos que persigue la reforma: “*Reforzar la integración como uno de los ejes centrales de la política de inmigración que, teniendo en cuenta el acervo de la Unión Europea en materia de inmigración y protección internacional, apuesta por lograr un marco de convivencia de identidades y culturas*”. Esto se tradujo en que, por primera vez, a nivel legal se dedicó un artículo a la integración de los migrantes. Se trata del artículo 2 ter que queda redactado de la siguiente manera:

*“1. Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley.*

*2. Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato”.*

---

<sup>54</sup> Se trata de un tema complejo que Solanes Corella (2010) explica muy acertadamente: con el traspaso de las referidas competencias en materia de autorización inicial de trabajo de los extranjeros a las Comunidades Autónomas concurren en el correspondiente procedimiento administrativo dos Administraciones Públicas. Así, la autora explica que, por un lado, se encuentra la autoridad laboral autonómica, que resuelve sobre la concesión de la posibilidad de trabajar, al amparo de la autorización de residencia y trabajo solicitada; y por otro, hallamos a la autoridad estatal competente en materia de residencia de extranjeros, que decide sobre la posibilidad de que el extranjero resida en España, al amparo de dicha solicitud de autorización de residencia y trabajo. Por lo tanto, a partir de entonces las Comunidades Autónomas se encargarán de la tramitación y resolución de las autorizaciones iniciales de trabajo por cuenta propia o ajena, de la tramitación y la resolución de los recursos presentados con relación a los expedientes a los que se refiere el punto anterior; y de la aplicación del régimen de inspección y sanción a las personas extranjeras.

Aunque quizá se echan en falta medidas jurídicas de carácter vinculante para lograr las buenas intenciones que recoge el artículo, sí que, siguiendo a Solanes Corella (2010), desde dichos valores se arbitran mecanismos como la puesta en marcha de acciones formativas con medidas específicas para favorecer el aprendizaje de las lenguas cooficiales y el acceso al empleo como factores esenciales de integración<sup>55</sup>.

A esto hay que añadir que el nuevo texto remarque el papel integrador que deben jugar las Administraciones Públicas, garantice un mejor acceso de las ONGs a los centros de internamiento (proponiendo incluso la creación de un Juzgado de Vigilancia de esos centros); y lo que para Fernández Pérez (2016) constituye el avance más significativo en materia de integración: la protección de las situaciones de discapacidad que se produzcan en este grupo social.

De esta forma, el art. 14.2 de la LO 2/2009 relativo al derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales dispone: “*En cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico*”. La obligación del domicilio habitual se convierte en el único requisito exigible para poder acceder a estos servicios especializados de los que, hasta ahora, solo disfrutaban los menores en situación regular en nuestro país.

Por todo ello, y a pesar de algunas trabas que siguen patentes en esta nueva reforma<sup>56</sup>, coincidimos con Solanes Corella (2010, p. 98) en que, en términos generales, sí se observa una “potencialización de la integración de los extranjeros”<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> Dicha autora considera que leyes autonómicas relativas a esta cuestión como la Ley 15/2008, de 5 de diciembre, de integración de las personas inmigrantes en la Comunitat Valenciana o la ley 10/2010, de 7 de mayo, d'acollida de les persones immigrades i retornades a Catalunya, necesariamente han de interpretarse dentro de este marco de la ley estatal.

<sup>56</sup> En este sentido, la ley añade nuevos requisitos para la reagrupación de los ascendientes mayores de 65 años (art.17 LOEx, letra d), respecto a los cuales a partir de ahora será necesario que existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Excepcionalmente se les podrá reagrupar por razones humanitarias, “*si se cumplen las demás condiciones previstas en la ley*”. Además, este grupo de familiares solo pueden ser reagrupados cuando el reagrupante haya adquirido la residencia de larga duración (art.18 LOEx), no como en los otros casos que para reagrupar basta con la renovación de la residencia inicial).

<sup>57</sup> Si se desea ahondar más en los aspectos positivos y negativos de esta reforma, se recomienda la lectura de Solanes Corella, Á. (2010). Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 90, 77-101.

El contexto en el que se desarrolló la última reforma de la LO 2/2009 culminará con la decisión del Parlamento de Navarra de interponer, en marzo de 2010, un nuevo recurso de inconstitucionalidad contra uno de sus puntos clave: la limitación del derecho a la educación postobligatoria a los extranjeros mayores de dieciocho años “residentes” en nuestro país (art. 9.2 LOEx). La Cámara de Navarra basaba su argumentación jurídica en que el derecho a la educación, garantizado en el art. 27 CE, corresponde a todas las personas independientemente de su condición de nacional o extranjera, de su situación legal y sin distinciones por razones de edad.

EL TC resolvió el asunto mediante la STC 155/2015, de 9 de julio, en la que desestimaba el recurso afirmando que *“es a través de un desarrollo normativo expreso como pueden establecerse limitaciones en el derecho a la educación de los extranjeros mayores de edad ‘no residentes’ (...), será en la legislación educativa en la que se deberán establecer esas condiciones diferenciadas”*. Esto venía a significar que el Alto Tribunal no podía posicionarse sobre una eventual regulación que no se había efectuado; solo en el caso de que se desarrollasen normativamente condiciones diferenciadas de trato entre unos y otros, el Parlamento de Navarra debía presentar un recurso y entonces el Alto Tribunal analizaría, sobre una base fáctica real, la inconstitucionalidad alegada.

## **9. El tortuoso camino de los derechos de los migrantes a partir de las últimas reformas legislativas en España y la postura de los tribunales al respecto**

Tras la cuarta y última reforma de la LOEx, se inicia un periodo en el que los derechos y libertades de los extranjeros se verán afectados por los cambios que experimentarán leyes relacionadas, indirectamente, con el ámbito de la extranjería. En la mayoría de los casos, estas reformas solo servirán para restringir más si cabe las garantías de protección de este colectivo, aunque en otros sí que se apreciará algún tímido avance en el reconocimiento de sus derechos que, a su vez, conllevará cambios en el lenguaje empleado para dirigirse a estas personas.

A continuación se expondrán, brevemente, las modificaciones más significativas que han tenido lugar en España durante los últimos diez años:

**9.1. La regulación de la violencia de género y de la trata de seres humanos a través de la Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, por la que se modifican los artículos 31 bis y 59 bis de la LOEx.** La ley de extranjería establecía en su art. 31.2 bis que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género que denunciasen a su agresor serían objeto de un expediente administrativo sancionador si se encontraban en situación de irregularidad en nuestro país.



Aunque se permitía que este quedase suspendido hasta la resolución del procedimiento penal, coincidimos con Chocrón Giráldez (2011, p. 2162) en que “se anteponía la protección del interés público derivado del régimen sancionador de la legislación de extranjería, a derechos esenciales vinculados a la dignidad de la persona como el derecho a la integridad física o a la tutela judicial efectiva, ya que si bien el expediente se podía mantener en suspenso, existían motivos suficientes para pensar que este sistema disuadía a la víctima de interponer una denuncia”, tal y como demuestran las estadísticas de aquella época<sup>58</sup>.

Con el fin de paliar esta situación, se aprobó la LO 10/2011, de 27 de julio, que estableció unas condiciones legales más apropiadas para que las mujeres (in)migrantes se atreviesen a hacerlo: la modificación de los artículos mencionados conllevaba, en primer lugar, la prohibición de incoar el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a); e incluso la suspensión del expediente administrativo sancionador que se hubiera incoado por la comisión de dicha infracción con anterioridad a la denuncia o, en su caso, la ejecución de las órdenes de expulsión o de devolución eventualmente acordadas.

En segundo lugar, la ley recogía en el párrafo tercero la posibilidad de solicitar una autorización de residencia y trabajo en nuestro país para la víctima (que también podía hacer extensiva a sus hijos), y la obligatoriedad de que ambas fuesen concedidas de forma automática -y no potestativa como se establecía en la regulación previa- hasta que se conociese la resolución judicial relativa a la denuncia por violencia de género.

Es evidente que estas nuevas medidas enmendaban los errores expuestos y trataban de mejorar las condiciones de vida de las mujeres extranjeras, y sensibilizar sobre la gravedad de estas situaciones.

---

<sup>58</sup> En una macroencuesta realizada en 2011 por la Delegación del Gobierno para la Violencia de Género, en colaboración con el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS), se demostró que tanto en 2006 (cuando se había llevado a cabo el anterior muestreo), como en 2011, fecha de realización del último, se observó una mayor prevalencia de maltrato de género entre las mujeres extranjeras residentes en España: en 2006, del total encuestado el 12,1% de las mujeres de este colectivo declaró haber padecido violencia de género alguna vez en la vida, mientras que el porcentaje fue del 6,0% entre las españolas. Por su parte, en 2011, un 4,8% de mujeres víctimas de violencia de género fueron extranjeras, frente al 2,0% de las españolas. Macroencuesta de violencia de género (2011), recuperada el 7 de abril de 2022 de [https://www.lamoncloa.gob.es/Documents/0ada-074d-principales\\_resultados\\_macroencuesta\\_2011.pdf](https://www.lamoncloa.gob.es/Documents/0ada-074d-principales_resultados_macroencuesta_2011.pdf).

Como se ha podido apreciar, en ambos casos la prevalencia de violencia de género entre las mujeres extranjeras duplicaba la de las mujeres españolas. De las estadísticas se dedujo también el escaso porcentaje de mujeres migrantes que llegaban a denunciar su situación, lo que incrementaba “la impunidad del agresor no solo por el desconocimiento de la mujer del sistema de protección de nuestro país, sino por las dificultades intrínsecas que contenía la propia legislación de extranjería” con la incoación del procedimiento administrativo sancionador antes comentado (Chocrón Giráldez, 2011, p. 2167).

Con respecto a las víctimas de trata de seres humanos, la suspensión de su expediente de expulsión dependía de la colaboración de estas con las autoridades españolas en la investigación del delito. Como ocurría en el caso anterior, la asistencia de las víctimas no debía supeditarse a la regularidad de su situación administrativa ni tampoco a una supuesta cooperación con la policía, pues es posible que muchas no conociesen en profundidad a sus explotadores o ante el miedo a sufrir represalias por estos optasen por no revelar ningún tipo de información que pudiese incriminarlos.

En este sentido, la reforma operada por la LO 10/2011 supuso, por un lado, que durante el período de reflexión que se otorgaba a las víctimas para que deliberasen si querían cooperar o no con las autoridades, no se incoara un expediente sancionador por infracción del artículo 53.1.a) o que se suspendiera este de haberse iniciado previamente; incluso se establecía la paralización de la ejecución de la expulsión o devolución si así se había acordado.

Por otro lado, durante el mismo periodo, se permitía la autorización de la estancia temporal de la víctima, con la obligación de que las administraciones competentes velaran por la subsistencia y la seguridad y protección de esta y de sus hijos.

Las modificaciones efectuadas en este ámbito, idénticas a los cambios que aumentaron la protección de las víctimas de violencia de género, se han de entender también a raíz de la Sentencia 2009/143/TJCE, de 14 de mayo que condenó a España por no aplicar la Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que fuesen víctimas de la trata de seres humanos o hubiesen sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes<sup>59</sup>.

De los cambios legislativos operados en el ámbito de las víctimas de violencia de género y de la trata de seres humanos destacamos el avance que estos significaron en la salvaguardia de derechos inherentes a las personas extranjeras que afectaban directamente a su dignidad y a su integridad

---

<sup>59</sup> El punto noveno de la disposición normativa europea disponía: “*La presente Directiva establece un permiso de residencia destinado a las víctimas de la trata de seres humanos o, en el caso de los Estados miembros que decidan ampliar el alcance de dicha Directiva, a aquellos nacionales de terceros países que hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, para quienes el permiso de residencia constituye un incentivo suficiente para cooperar con las autoridades competentes, e incluye al mismo tiempo determinadas condiciones para evitar abusos*”. Observamos, pues, la importancia que desde la Unión Europea se otorgaba a los permisos de residencia, ya no solo como estímulo para favorecer la colaboración en la investigación de la trata de seres humanos, sino que, además, se consideraba que dicho permiso podía ayudar al desarrollo personal de las víctimas, así como a su integración social en el país de acogida: “*Para que los nacionales de terceros países de que se trate puedan recuperar su independencia y no volver a caer en redes delictivas, debe autorizarse a los titulares de un permiso de residencia*”. Punto 16º, Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, recuperado el 3 de mayo de 2022 de <https://www.boe.es/doue/2004/261/L00019-00023.pdf>.

física y moral. Pues anteriormente a la reforma quedaban subordinados a factores administrativos que prevalecían sobre su garantía; y demostraban, una vez más, el enfoque utilitario que abordaba la migración como un problema y orientaba las políticas migratorias de la mayoría de los Estados europeos en la década de los 2000.

**9.2. El Real Decreto 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.** Con este instrumento se modificó la legislación en materia de extranjería y sanidad, lo que conllevó una restricción inmediata del derecho a la salud de las personas migrantes. El RD 16/2012 introdujo, entre otras medidas relevantes, la polémica privación del derecho de asistencia sanitaria universal a los (in)migrantes en situación de irregularidad (la ley especificaba que se refería a aquellos que “*no estaban registrados ni autorizados a residir en España*”), salvo en determinadas circunstancias entendidas como “*de urgencia*”, como podía ser padecer una enfermedad grave o haber sufrido un accidente. Con respecto a las mujeres, se incluía de forma específica la asistencia durante el embarazo, parto y posparto.

La justificación de limitar el acceso a la salud a una parte de la población migrante<sup>60</sup>, como si fuesen ciudadanos de segunda categoría, se ha de buscar en el contexto económico al que hemos aludido en páginas anteriores: para hacer frente a la grave crisis financiera iniciada, a nivel mundial, en 2008 (y con un repunte tan alarmante en 2011 que algunos expertos hablaban de segunda recesión económica<sup>61</sup>), el Gobierno aprueba el mencionado Real Decreto con la finalidad de obtener un ahorro aproximado de 7.000 millones de euros en el Sistema Nacional de Salud.

Este alteraba, en su Disposición Final tercera, el artículo 12.1 de la LOEx, que ahora quedaba redactado en los siguientes términos: “*Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria*”<sup>62</sup>. Es decir, para que la población migrante pudiese recibir asistencia sanitaria pública en nuestro país y ser titulares de este

---

<sup>60</sup> Como escapa al objeto principal de esta tesis, no podemos profundizar en la compleja configuración legal que envuelve al derecho a la salud en nuestro Ordenamiento Jurídico. No obstante, para ahondar en su recorrido legislativo, especialmente en lo que concierne al ejercicio de este derecho por parte de la población extranjera, se recomienda el artículo de Rubio Velasco, M. F. (2021). El arduo camino hacia la universalidad de la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares en España. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 1, 343-369.

En ella, la autora recuerda que la salud aparece consagrada como un derecho fundamental en el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, cuyo párrafo primero dispone: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar*”. Sin embargo, nuestra Constitución Española lo reconoce en el precepto 43, dentro de los “*Principios rectores de la política social y económica*”, lo que significa que la salud queda al margen de los denominados derechos fundamentales (arts.14-30 CE); y no puede ser objeto de la garantía del recurso de amparo para su protección.

Nuestro Tribunal Constitucional, consciente de esta problemática, ha diseñado un sistema de salvaguardia del derecho a la salud que parte, por un lado, de la íntima conexión que ofrece este con el derecho fundamental a la vida e integridad física y moral del art.15 CE (que puede entenderse como uno de los fundamentos posibles del derecho a la salud, lo cual le otorga un amparo algo superior al que le correspondería). Por otro lado, el TC también parte de su vinculación con la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas (art. 148.1 CE), donde a estas se les permite asumir competencias en materia de sanidad. La consecuencia directa de esta situación es que varias CC AA han ampliado la asistencia sanitaria a los extranjeros que se encontraban en situación irregular, incluso antes de la reforma de la LOEx por la LO 2/2009 que solo atribuía el derecho a la salud a los extranjeros residentes en España inscritos en el Padrón municipal. Así, Rubio Velasco (2021) pone como ejemplo a la comunidad de Andalucía que desde hace años reconoce a los inmigrantes irregulares el acceso a prestaciones adicionales a las de urgencia, como serían los servicios básicos de salud o las consultas externas.

<sup>61</sup> El País. La revisión del PIB aflora una crisis más aguda entre 2011 y 2013 (15/09/2015). Texto recuperado el 14 de abril de 2022 de [https://elpais.com/economia/2015/09/15/actualidad/1442312702\\_131219.html](https://elpais.com/economia/2015/09/15/actualidad/1442312702_131219.html).

<sup>62</sup> En todo caso, el legislador establecía una equiparación con los extranjeros menores de dieciocho años que “*recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles*”.

derecho en las mismas condiciones que los españoles, debían ser residentes (con autorización vigente) y poseer la condición de asegurado<sup>63</sup>.

De esta forma, los extranjeros en situación administrativa de irregularidad, aunque se hallasen inscritos en el Padrón municipal, ya no podrán ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles o los extranjeros residentes, salvo en los casos especiales ya mencionados y recogidos en los párrafos segundo y cuarto: “2. *Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica*”; “4. *Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto*”.

Compartimos la opinión mayoritaria de la doctrina en relación a que dicha reforma desvirtuó el derecho a la protección de la salud al anular su vocación universal y eliminar la titularidad para los extranjeros. En palabras de Rubio Velasco (2021, p. 345): “Nos encontramos ante una involución del esquema legal de cobertura hasta entonces armónico con los principios que, de conformidad con los Tratados Internacionales y la Constitución Española (...), deben imperar en las políticas sanitarias de nuestro país”.

---

<sup>63</sup> La figura del “asegurado” hace referencia a las personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos, tal y como recoge la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud que, tras la modificación del artículo 3 por el RD-Ley 16/2012, queda redactada de la siguiente forma:

*“Artículo 3. De la condición de asegurado.*

*1. La asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado.*

*2. A estos efectos, tendrán la condición de asegurado aquellas personas que se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:*

*a) Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.*

*b) Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.*

*c) Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, incluidas la prestación y el subsidio por desempleo.*

*d) Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y figurar inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título.*

*3. En aquellos casos en que no se cumpla ninguno de los supuestos anteriormente establecidos, las personas de nacionalidad española o de algún Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza que residan en España, y los extranjeros titulares de una autorización para residir en territorio español, podrán ostentar la condición de asegurado siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente”.*

De este último párrafo se interpreta que aquellas personas que no posean la condición de asegurado podrán obtener la prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial (Fernández Pérez, 2018).

Sin embargo, estos criterios economicistas, orientados a la reducción del déficit de las cuentas públicas, en los que se sustentó la restricción del derecho a la salud para los extranjeros no fueron evaluados posteriormente; y, según Rubio Velasco (2021, p. 345), “no demostraron una mejora de la eficiencia en el ámbito sanitario español”.

Así también lo entendería nuestro Tribunal Constitucional en un auto muy significativo en esta materia: se trata del ATC, de 8 de abril de 2013, en el que el Alto Tribunal dio cuenta de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno contra la Ley Foral de Navarra que reconocía la universalidad del derecho a la salud (ya hemos comentado anteriormente que algunas autonomías decidieron ampliar la asistencia sanitaria a grupos vulnerables, entre los que se encontraban los migrantes). Aquí el Tribunal es muy claro al subrayar la importancia del derecho a la salud en el marco constitucional, y además recordar que este no puede quedar desvirtuado en base a un ahorro económico “*que todavía no ha podido ser concretado*”.

Si nos centramos únicamente en criterios economicistas, tal y como hizo el Ejecutivo para restringir el derecho a la salud, hemos de comentar que no permitir la asistencia sanitaria a todas las personas que vivan en territorio nacional podría conllevar, ante situaciones de epidemias o enfermedades no controladas, un mayor gasto para las arcas del Estado y, lo que resulta aún más grave, un riesgo para la saturación del sistema de salud.

Afortunadamente, esta situación se modificará unos años después con la aprobación del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, con este instrumento el Gobierno pretendía recuperar la coyuntura garantista anterior a la aprobación del controvertido RDL 16/2012<sup>64</sup>. Las primeras líneas de su exposición de motivos contenían una

---

<sup>64</sup> En los años precedentes la jurisprudencia que sentó el Tribunal Constitucional en materia de salud fue determinante para la aprobación de un nuevo decreto por parte del Gobierno. Específicamente hemos de destacar la STC 139/2016, de 21 de julio, que resolvía un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Navarra en relación a diversos preceptos del RD 16/2012. En ella, el TC anuló el polémico inciso “*siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente*”, referido a los requisitos para poder ostentar la condición de asegurado recogidos en el art. 3.3 de la Ley 16/2003, redacción que había modificado el art. 1.1 del RD 16/2012. Para el Alto Tribunal, nos hallábamos ante una remisión en blanco para la determinación de un elemento, consistente en un nivel mínimo de ingresos, que constituía el núcleo esencial en torno al que se configuraba legalmente el derecho de acceso a las prestaciones sanitarias financiadas por el Estado para las personas que se encontraban en las situaciones contempladas en el art. 3.3 de la Ley 16/2003 (como los extranjeros). Con la literalidad de la norma, según Gómez Zamora (2018), se hacía muy complicado determinar quiénes podían ostentar dicha condición, dada la ausencia de norma respecto al límite de ingresos exigible. Esta singularidad dejaba la decisión en manos del criterio reglamentario del Gobierno. Para el TC, se trataba entonces de una patente deslegalización que sacrificaba la reserva de ley ex art. 43.2 CE.

auténtica declaración de principios, donde se percibían cambios en cuanto al lenguaje y el enfoque con respecto a textos anteriores: *“El acceso al Sistema Nacional de Salud en condiciones de equidad y de universalidad es un derecho primordial de toda persona. La garantía del ejercicio de este derecho y la protección efectiva de la salud de la ciudadanía cobra aún mayor importancia cuando quienes se ven privados de una asistencia sanitaria normalizada son colectivos de una especial vulnerabilidad, amenazados por la exclusión social, como es el caso de la población extranjera no registrada ni autorizada a residir en España”*.

La protección de la salud de los extranjeros en situación de irregularidad (no aludía el texto, en ningún momento, a ‘inmigrantes irregulares’) se hacía todavía más evidente en el párrafo tercero del preámbulo, donde se subrayaba que *“el derecho a la protección de la salud se reconoce de manera expresa como un derecho inherente a todo ser humano, sobre el que no cabe introducción de elemento discriminatorio alguno”*.

Es cierto que con la entrada en vigor del Real Decreto-ley 7/2018, la salud parecía configurarse como un derecho de la ciudadanía no condicionado a la residencia legal, es decir, imperaba de nuevo un sistema de sanidad universal que se hacía extensivo a todas las personas que viviesen en España, aunque con algunos matices que, como veremos, ensombrecían estas buenas intenciones del Gobierno socialista:

En primer lugar, según el artículo 3 del RDL 7/2018 eran titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria *“todas las personas con nacionalidad española y las personas extranjeras que tengan establecida su residencia en el territorio español”*. Si bien el hecho de pasar de un derecho basado en el aseguramiento a un derecho vinculado ahora a la residencia suponía un claro avance con respecto al RDL 16/2012, coincidimos con la organización *“Yo Sí Sanidad Universal”*<sup>65</sup> en que el nuevo RDL 7/2018 mantenía la división entre españoles y personas con permiso de residencia por un lado, y por otro las personas sin autorización legal: *“El hecho de excluir de la titularidad del derecho a las personas que teniendo establecido su domicilio en España son considerados ‘no autorizados como residentes’ resulta contradictorio con un preámbulo que habla de ‘no discriminación’*. Por lo que (...) esta discriminación entre diferentes tipos de

---

<sup>65</sup> Bajo el lema *“Yo Sí, Sanidad Universal”*, trabajadores y usuarios del Sistema Nacional de Salud de España crearon en 2012 este movimiento de desobediencia civil frente a la aplicación del Real Decreto-Ley 16/2012. Entre sus tareas, destaca el acompañamiento a las personas excluidas por ley del derecho a la salud para asegurarles un correcto acceso a la atención sanitaria. Más información sobre *“Yo Sí, Sanidad Universal”* en <https://yosisanidaduniversal.net/quienes-somos>.

ciudadanos desmiente que el gobierno socialista esté considerando el derecho a la salud como inherente a todo ser humano”.

Además, aunque a los extranjeros con residencia legal se les reconozca como titulares del derecho, se les exige como requisito para poder acceder a él “*no tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía*”. Esta condición adicional se establece sin aclarar cómo ha de efectuarse y a qué casos concretos se debe aplicar.

En segundo lugar, la atención a los inmigrantes en situación de irregularidad se contempla en el artículo 3 ter: “*Protección de la salud y atención sanitaria a las personas extranjeras que encontrándose en España no tengan su residencia legal en el territorio español*”. El nuevo RDL reconoce a este colectivo el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los nacionales españoles; pero les niega la titularidad del derecho y vincula el ejercicio de este al cumplimiento de una serie de requisitos:

*“a) No tener la obligación de acreditar la cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, en virtud de lo dispuesto en el derecho de la Unión Europea, los convenios bilaterales y demás normativa aplicable.*

*b) No poder exportar el derecho de cobertura sanitaria desde su país de origen o procedencia.*

*c) No existir un tercero obligado al pago”.*

El aspecto que llama la atención de esta redacción no solo es que, a partir de estos requisitos<sup>66</sup>, se estreche el ámbito de protección de la salud que, según el Gobierno, presentaba vocación de universalidad (y como queda claro no es así), sino que en su párrafo tercero establece lo siguiente:

*“3. Las comunidades autónomas, en el ámbito de sus competencias, fijarán el procedimiento para la solicitud y expedición del documento certificativo que acredite a las personas extranjeras para poder recibir la prestación asistencial a la que se refiere este artículo”.*

Nos hallamos, por lo tanto, ante una falta premeditada de homogeneización del procedimiento (Rubio Velasco, 2021), que crea inseguridad jurídica para los ciudadanos extranjeros que en función de la comunidad en la que residan deberán someterse a procedimientos dispares. También supone la constatación de diferentes percepciones del fenómeno migratorio según la comunidad autónoma en cuestión.

---

<sup>66</sup> También resulta sorprendente que los mismos se redacten en sentido negativo, lo que dificulta conocer quiénes son los verdaderos titulares de los servicios sanitarios y de qué forma ejercerán estos derechos.



En efecto, la total libertad de actuación que se les otorga, sin que se establezcan mecanismos de comprobación del cumplimiento del derecho, podría originar que, como demostraba en un reciente informe el Servicio Madrileño de la Salud (2018), las comunidades utilizaran las nuevas exigencias del decreto para excluir del derecho de asistencia sanitaria a la población inmigrante<sup>67</sup> a la que antes prestaban cobertura.

El resultado de todo esto, como bien sintetiza Rubio Velasco (2021, p. 366) es que “se obstaculizaba así el acceso universal al sistema público de salud que se proclamaba como objetivo en la propia exposición de motivos del nuevo decreto”<sup>68</sup>.

---

<sup>67</sup> En 2018, días después de la entrada en vigor del RD 7/2018, el Servicio Madrileño de la Salud (SERMAS) publicaba un informe titulado “Informe de situación ante el nuevo Real Decreto en la Comunidad de Madrid”, en él alertaba de que las nuevas exigencias incluidas podrían tener como resultado un aumento de la exclusión del derecho de asistencia sanitaria en la población extranjera. Pues, hasta ese momento y como hemos explicado en páginas anteriores, muchas comunidades autónomas seguían prestando atención sanitaria a las personas en situación irregular, a pesar de que esto contradijese la normativa del anterior RD 16/2012 que había eliminado la sanidad universal. Ahora, se planteaba una situación en la que para poder acceder a los mismos servicios se hacía necesario acreditar documentación adicional ya que, en caso contrario, la asistencia correría a cargo de los afectados. Informe de situación ante el nuevo Real Decreto en la Comunidad de Madrid”, Dirección General de Planificación, Investigación y Formación, Servicio Madrileño de la Salud (SERMAS, 2018), recuperado el 4 de mayo de 2022 de [https://www.comunidad.madrid/hospital/summa112/file/3700/download?token=\\_fh\\_R8Xg](https://www.comunidad.madrid/hospital/summa112/file/3700/download?token=_fh_R8Xg).

<sup>68</sup> Las restricciones del derecho a la salud para la población migrante adquirirán una nueva dimensión a raíz de la STS de 13 de mayo de 2019, en la que el Tribunal Supremo analiza el derecho a la asistencia sanitaria de una ciudadana española que reagrupa a su madre (de nacionalidad cubana a la que le fue concedida una “tarjeta de residencia temporal de familiar de la Unión”, al amparo de lo dispuesto en el RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo).

El TS estableció en esta sentencia que la concesión de la tarjeta mencionada no suponía, en ningún caso, la existencia automática del derecho, sino que dicha dinámica estaba sujeta a que el reagrupante dispusiese de recursos suficientes para que el reagrupado no se convirtiese en una carga para la asistencia social en España. A pesar de los numerosos pronunciamientos donde el TS abogaba por el acceso a la sanidad pública de los inmigrantes reagrupados. Con este pronunciamiento cambia radicalmente su doctrina, “lo que hace tambalear peligrosamente las bases de nuestro sistema de Seguridad Social, al declarar que los padres y madres de ciudadanos españoles deben contar con prestación sanitaria mediante seguro privado centrado en factores meramente económicos” (Rubio Velasco, 2021, p. 367).

En este sentido, el vigente el RD 7/2018 prevé que los inmigrantes en situación irregular tengan derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria en las mismas condiciones que los españoles. Sin embargo, como se plantea acertadamente Rubio Velasco (2021), ¿qué ocurre cuando el extranjero sí reúne los requisitos legales para residir en España? Pues, en base a la STS de 13 de mayo de 2019, se le podrá denegar este derecho. Por lo tanto, nos encontramos ante una nueva discriminación que opera ya no solo en función a la situación administrativa de los extranjeros, sino también debido a su posición económica, lo que perpetúa la concepción que venimos denunciando a lo largo de este capítulo: los migrantes son percibidos (y tratados) como objetos que amenazan la consagración del denominado ‘Estado de seguridad’ permanente y selectivo en el que este colectivo no tiene cabida (Monereo Pérez y López Insua, 2019).

Pero las dificultades que envolvían la aprobación del RD 7/2018 estaban lejos de desaparecer, pues tras su convalidación por el Congreso, el objetivo que perseguía el Gobierno era tramitarlo como proyecto de ley para que cada grupo parlamentario presentara sus propuestas de modificación o enmiendas. Sin embargo, la posterior disolución de las Cortes Generales, las sucesivas elecciones generales; y la crisis sanitaria originada por el coronavirus, han postergado *sine die* su tramitación parlamentaria<sup>69</sup>.

Pese a este desalentador panorama, creemos necesario finalizar este epígrafe con la reflexión de Monereo Pérez y López Insua (2019) en referencia al futuro del RDL 7/2018: “Se precisa una normativa más incisiva, valiente, respetuosa y coherente con las distintas situaciones de necesidad, que no pierda el rumbo y proteja a todas las personas. Siendo la salud un tema nuclear no se comprende cómo (...) en España se permite esa diferenciación y estratificación poblacional en función de los requisitos de nacionalidad, legalidad y/o económicos del sujeto solicitante de cobertura sanitaria”.

Aunque sí debería entenderse esta tendencia si tenemos en cuenta que, como bien expresan los mismos autores, impera en todos los niveles (político, jurídico y social) una concepción restrictiva de la noción de “ciudadanía” y una “racionalidad mercantilizadora y economicista del mercado de trabajo”. Estas se oponen al pleno respeto del derecho a la salud y asistencia sanitaria y, en general, “al título de atribución subjetiva plena de los derechos de protección social de las personas migrantes” (Monereo Pérez y López Insua, 2019).

### **9.3. La STC 17/2013, de 31 de enero, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Parlamento Vasco contra diversos preceptos de la LO 14/2003 de reforma de la Ley de Extranjería, y otras relacionadas que limitaban los derechos de los extranjeros<sup>70</sup>.**

---

<sup>69</sup> La portavoz de Sanidad del PSOE en el Congreso, Ana Prieto, en declaraciones al medio digital especializado en salud, *ConSalud.es*, reconoció en julio de 2020 la necesidad de emprender dicha tramitación como proyecto de ley “para que se mejorase el texto, con el objetivo de abordar la universalización total de la atención sanitaria en condiciones de equidad e igualdad”. En todo caso, la diputada afirmó que la pandemia “había obligado a que se priorizasen los esfuerzos en la lucha contra la COVID-19”. Por lo que parece que la universalización efectiva del derecho a la salud en España seguirá siendo una asignatura pendiente durante los próximos años. Información recuperada el 5 de mayo de 2022 de [https://www.consalud.es/politica/anos-rd-sanidad-universal-espera-norma-no-excluya\\_82914\\_102.html](https://www.consalud.es/politica/anos-rd-sanidad-universal-espera-norma-no-excluya_82914_102.html).

<sup>70</sup> Además de la LOEx, también fueron objeto de dicho recurso la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común y, por último, la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal.

En líneas generales, la sentencia declara la constitucionalidad de la mayoría de las normas recurridas y resuelve los puntos más controvertidos mediante ‘sentencias interpretativas’<sup>71</sup>.

Si debemos detenernos brevemente en su análisis es porque se fijan unos criterios generales de cómo han de interpretarse determinados preceptos recurridos que “apuestan más por políticas de control que de integración de los extranjeros” (Rojo Torrecilla, 2013).

Así, el Tribunal respalda la coordinación entre las Administraciones Públicas para que todas puedan ejercer “*competencias sobre control y permanencia de los extranjeros en España*”. Específicamente se enjuicia el art. 3.5 de la LO 14/2003 que habilitaba el acceso de la Policía a los datos de inscripción padronal de los extranjeros residentes en España.

El Parlamento Vasco había considerado que esta previsión legal vulneraba el art. 18.4 CE en cuanto que la misma permitiría la utilización de los datos contenidos en el padrón para finalidades distintas de aquellas para las que se establecieron (por ejemplo, para incoar procedimientos de expulsión de los extranjeros que se hallasen en situación de irregularidad). O, lo que resultaría igualmente grave, se podría producir transferencias masivas de datos.

Pues bien, es precisamente en este tema (FJ 9) donde el TC pone exageradamente el acento en las políticas de control, seguridad y lucha contra la inmigración ilegal, ya que declara la constitucionalidad del precepto expuesto al entender que esta práctica “*obedece a finalidades legítimas (...) relacionadas con la ordenación de entrada y limitación de la residencia y trabajo para controlar adecuadamente los flujos migratorios y garantizar así el orden público interno y la integración en nuestro país*”.

Para el Alto Tribunal resulta fundamental que no se obvие que “*compete al Estado el control del acceso de las personas a su territorio, de forma tal que el deseable objetivo de conseguir la plena integración social de los inmigrantes se cohoneste con el respeto a la legalidad vigente, que establece el principio de rechazo a la inmigración ilegal o incontrolada, toda vez que es un hecho que (...) nuestro país se ha convertido en receptor de personas emigradas de diversos países*”.

De ahí que, continúa el Tribunal, “*se dispongan los medios que, por un lado, impidan las entradas ilegales en España y, de otro, eviten las estancias sin título jurídico válido, estableciendo la salida obligatoria del extranjero que carece de él y se encuentra en España en situación irregular*”.

---

<sup>71</sup> Se trata de pronunciamientos que resuelven no anular una norma determinada si, en la medida de lo posible, puede ser interpretada de modo conforme a la Constitución.

Siguiendo a Rojo Torrecilla (2013), la preocupación del TC enfocada en el control de la migración y en evitar a toda costa las estancias irregulares (en lugar de proteger los derechos de las personas y velar por su inclusión en sociedad), se manifiesta una vez más en el apartado del pronunciamiento relativo a la diferente regulación para extranjeros sobre lugares de presentación de solicitudes y la exigencia de comparecencia personal. Es por ello que se rechaza la inconstitucionalidad que alegaba el Parlamento Vasco (que, entre otras razones, entendía que la aceptación normativa de dichas diferencias suponía una vulneración del art. 9.3 CE, que prohibía a los poderes públicos actuar arbitrariamente).

El TC estimó que la norma cuestionada *“no carece de justificación pues la misma intenta dificultar el uso fraudulento de los procedimientos en materia de extranjería, lo que, en definitiva, persigue garantizar el respeto a las decisiones del legislador en lo relativo a la entrada y permanencia de los extranjeros en España, decisiones centradas en el control de los flujos migratorios; y en la entrada y permanencia en situaciones de normalidad dentro del territorio español”*.

Coincidimos con Rojo Torrecilla (2013) en que las reflexiones “sociológicas” que esgrime el TC sobre la inmigración “incontrolada” o que España es “receptor de emigrantes”, que latén a lo largo de toda la sentencia, no deberían servir para potenciar una política que se centre únicamente en la vigilancia y no en la integración, a la que apenas alude en su argumentación como si esta no fuese igual de relevante o dependiese del éxito de la primera.

Así lo entiende también el interesante voto particular que formula el magistrado Pérez Tremps, al que se adhieren también los magistrados Asua Batarrita, Roca Trías y Valdés Dal-Ré:

*“No es que haya que colocar en una balanza, por un lado, la política de control de flujos y, por otro, las políticas de integración social de los inmigrantes (...), es que hay que realizar el análisis de proporcionalidad que nuestra jurisprudencia previa nos impone sin perder de vista el contexto en que funciona el padrón municipal y su influencia en la situación de integración de los extranjeros y sus familias. Si las medidas normativas de control de flujos no son adecuadas y presentan fallos, no se puede hacer de un instrumento que, en principio, lo es de integración, un mecanismo de soldadura de aquellos fallos”*.

Se debe reprochar al Alto Tribunal que la STC 17/2013 supuso un cambio radical de criterio con respecto a pronunciamientos anteriores donde el Tribunal no solo se había opuesto a esta tendencia restrictiva que evidenciaba el voto de Pérez Tremps, sino que había defendido una visión mucho más abierta e integradora de los derechos de la población migrante (Fernández Pérez, 2016).

Hasta este momento, parecía que la doctrina constitucional se había hecho cargo de la importancia de otorgar respuestas protectoras de los derechos humanos al fenómeno de la migración en España, diseñando garantías “con espíritu generoso, propio de un pueblo que debe ser hospitalario, es decir, que socorra y albergue a los extranjeros y necesitados” (Jiménez de Parga, 2003).

Su actuación respondía al postulado establecido de forma reiterada a lo largo de toda su jurisprudencia: “*La Constitución es obra de los españoles, pero no solo para los españoles*”, donde la importancia de la integración relegaba a las políticas de control y vigilancia a un segundo plano.

Sin embargo, con la STC 17/2013 el Tribunal Constitucional parece alejarse de este esquema de protección, y opta por alinearse con la tendencia restrictiva y limitadora de los derechos de los extranjeros, que el poder político había instaurado y alimentado con independencia del signo del partido que estuviese al frente.

A partir de ahora, la actuación del TC en esta materia tomará un cariz preocupante, particularmente cuando haya de juzgar asuntos relacionados con las ‘devoluciones en caliente’ a las que terminará otorgando cobertura legal. Como veremos más adelante, sus pronunciamientos (en particular, el lenguaje y el enfoque que los determinarán) serán fuertemente criticados por la doctrina y por organizaciones sociales en defensa de los derechos de las personas migrantes y refugiadas.

#### **9.4. La detención de extranjeros y las medidas de seguridad aplicables a los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE)<sup>72</sup>.** La referida STC 17/2013, de 31 de enero, había abordado

---

<sup>72</sup> Los CIE se definen como establecimientos no penitenciarios, dependientes del Ministerio del Interior de España, destinados a la custodia preventiva de los extranjeros para garantizar su devolución en virtud de expediente administrativo, o la expulsión como medida sustitutiva de una pena privativa de libertad.

Su regulación viene recogida, a nivel europeo, en la Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008; y en el ámbito español su régimen interno lo hallamos en el artículo 60 y siguientes de la LO 2/2009 de reforma de la Ley de Extranjería, en el art. 89 del Código Penal y en el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo. En líneas generales, su funcionamiento es el siguiente:

Incoado un expediente sancionador en el que se proponga la expulsión del territorio español, se podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento, en tanto se realiza la tramitación de dicho expediente. En ningún caso podrá acordarse el ingreso de menores.

El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas, y de otros procesos sancionadores pendientes.

El tiempo máximo del internamiento no podrá ser superior a los 60 días, sin que pueda acordarse uno nuevo por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente. Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas, el extranjero debe ser puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento.

también varios aspectos problemáticos de los CIE, como eran la regulación de los registros e inspecciones (art. 62 quinquies 1 LOEx), que para el Parlamento Vasco vulneraba el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE); las medidas coercitivas (art. 62 quinquies 2 LOEx) por entenderlas también contrarias al derecho a la libertad (art. 17.1 CE), y varias cuestiones relacionadas con la necesidad de asegurar un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), donde el internamiento de un extranjero, previo a su expulsión definitiva del país, parecía ponerlo en entredicho.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional declaró legales todas y cada una de estas medidas, aunque en el voto particular los magistrados firmantes expresasen su discrepancia al considerar que la regulación de la mayoría de ellas carecía del necesario detalle impuesto por la exigencia de reserva de ley y la obligación de ponderación del legislador en la regulación de medidas limitativas de derechos fundamentales<sup>73</sup>.

En este sentido, es bien sabido que cualquier limitación a la libertad ha de hacerse siempre en estricta observancia a los derechos inherentes al ser humano, especialmente a los límites que establece la dignidad humana. Este ha sido el centro de la polémica existente en torno a los CIE desde su aparición en 1985: el internamiento no es formalmente una sanción ni, según la LOEx,

---

<sup>73</sup> En relación, por ejemplo, al registro de personas, ropas y enseres que la norma limita a los casos en que “*fuera necesario para la seguridad en los centros [de internamiento]*”, los magistrados disidentes entienden que al no existir previsión “*respecto de quién puede autorizarlos y la exigencia de motivación de la medida o al modo de ejecutarlos*”, no se puede garantizar que la misma se vaya a realizar respetando el principio de proporcionalidad. Además, estas insuficiencias tampoco quedan salvadas por el hecho de que en la posición de la mayoría se recuerde la necesidad de que la Administración justifique, en cada caso, la adopción de la medida y su alcance, así como la obligación que tienen las autoridades de informar al afectado de la dimensión y la intensidad del registro. Por todo ello, en dicho voto particular se estima la vulneración del art. 18.1 CE, tal y como había impugnado el Parlamento Vasco.

posee carácter penitenciario<sup>74</sup>, aún así presenta “evidentes dudas de constitucionalidad y tensiona los principios en los que se basa nuestro Estado de Derecho”<sup>75</sup> (Martínez Escamilla, 2009, p. 257; p. 264). En este sentido, la doctrina siempre se ha planteado si no vulnera diversos preceptos constitucionales como el art. 17 CE, referido a la libertad deambulatoria, o el art. 25.3 CE que establece que “*la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*”.

Sin embargo, el TC en su conocida STC 115/1987 pareció zanjar este asunto al considerar que al ser un juez el que, a petición de la Administración, dicta el Auto de internamiento del extranjero, la decisión se convierte entonces en una resolución judicial que respetaría los límites establecidos por el art. 25.3 CE. Queda claro entonces que el Alto Tribunal convierte la intervención judicial en la clave para salvar la constitucionalidad de la medida, por mucho que tras la decisión subyazca una percepción del migrante como amenaza al que se le debe encerrar para tenerlo controlado.

Además, en la sentencia se establecen una serie de requisitos ineludibles en el proceso de internamiento: que fuese (1) excepcional; (2) en centros que no tengan carácter penitenciario; (3) previa resolución judicial motivada; y (4) sometida la pérdida de libertad del art. 17 CE al control judicial.

---

<sup>74</sup> No se pueden obviar las similitudes que en la práctica se advierten entre estos y los centros penitenciarios; las más importantes las sintetiza Seixas Vicente (2021) en su obra “Un viaje por los centros de internamiento para extranjeros”: en primer lugar, llama la atención de la autora la fundamentación de los mismos, ya que, por una parte, la finalidad del ingreso en un centro penitenciario es la reinserción y la reeducación del penado (art. 25.2 CE), mientras que, por otra, la detención en un CIE únicamente tiene como propósito la custodia y salvaguardia de la persona que será expulsada/repatriada. Este hecho nos llevaría a interpretar un carácter incluso privilegiado de los primeros en contraposición a la dureza existente en los segundos. Pues a este punto clave se añaden otros relacionados con las normas internas de los CIE como, por ejemplo, la restricción de los horarios de visitas o que se permita el desplazamiento del interno a un centro fuera de su localidad, incluso de su comunidad autónoma de residencia, lo que reduciría al máximo las visitas y el contacto con su familia. También resulta sorprendente el hecho de que en los CIE no se “garantice” la convivencia de los miembros de una misma familia a la espera de su expulsión o devolución a su país de origen, que supone una afectación evidente de la unidad y la intimidad familiar. Sin embargo, en los centros penitenciarios de España sí es asidua la convivencia en módulos familiares durante los tres primeros años de vida del menor si ambos progenitores están cumpliendo condena. Cabe recordar que la falta de cumplimiento de esta medida en los CIE contradice el art. 17.2 de la Directiva 2008/115/CE que exige a los Estados miembros de la UE un trato digno y humano con los nacionales de terceros países en régimen de internamiento.

Aunque, sin duda, la diferencia más evidente entre unos centros y otros y, por tanto, la que suscita más controversia tiene que ver con el hecho de que en los centros penitenciarios las labores de custodia y tratamiento de los internos corren a cargo de funcionarios civiles especializados. En cambio, los funcionarios de los CIE pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía y no cuentan con una especial formación para atender a las personas sometidas al internamiento (Martínez Escamilla, 2009).

A pesar de estas exigencias del TC, desde su creación y durante más de dos décadas los centros de internamiento han existido sin que los acompañase una regulación específica<sup>76</sup>. Todo ello hasta la aprobación del RD 162/2014, de 14 de marzo, sobre funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

El eje central de esta norma se basa en la distinción que establece entre dos ámbitos de la organización y actividad diaria de los centros: el de seguridad, en manos de la Policía, y el asistencial, a cargo de otras entidades públicas o privadas pero bajo la supervisión directa del director del centro, es decir, de un funcionario del Cuerpo de Policía.

Esta excesiva dependencia de las fuerzas de seguridad resulta criticable, pues implica un mayor control policial de las personas internas que, según Fernández Pérez (2016, p. 266), “contribuye a acrecentar el binomio inmigración-delinuencia cada vez más asentado entre la sociedad”<sup>77</sup>.

Idéntica controversia genera la autorización judicial del internamiento que, de acuerdo con la normativa actual, compete a los Juzgados de Instrucción del lugar donde se ha producido la detención del extranjero. No obstante, en opinión de diversos autores (entre otros, Vidal Fueyo, 2001; Fernández Pérez, 2016), esta competencia debería corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa, pues es este orden el que debe conocer sobre los posibles recursos contra dicha expulsión y sobre la posibilidad de suspender el acto administrativo.

Así lo entendía también el Defensor del Pueblo que, en su informe “Asistencia jurídica a los extranjeros en España” (2005), afirmaba que esta situación era fruto “*de una concepción superada del reparto de competencias entre los órdenes jurisdiccionales*”, y como no la consideraba acorde

---

<sup>76</sup> El funcionamiento de estos espacios fue objeto de regulación en el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, aprobado por el Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero; y en la Orden del Ministerio de Presidencia de 22 de febrero de 1999, dictada en cumplimiento de la habilitación contenida en el referido real decreto. Esa orden ministerial se aplicó hasta la aprobación del RD 162/2014 que, por fin, regulaba de manera exclusiva el funcionamiento y régimen interno de estos centros. La aprobación de esta norma surgió del mandato expreso que la disposición adicional tercera de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, dirigía al Ejecutivo: “*El Gobierno, en el plazo de seis meses aprobará un Reglamento que desarrollará el régimen de internamiento de los extranjeros*”. Sin embargo, el RD 162/2014 no sería aprobado hasta cinco años más tarde, con la consiguiente inseguridad jurídica que esta situación de *impasse* originó entre los afectados.

<sup>77</sup> La autora propone que la gestión de los CIE se traslade del Ministerio del Interior al Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad, así el control y la vigilancia policial de los internos perderían relevancia en favor de otras actividades como la asistencia sanitaria, social, etc. A su vez, se reduciría el rasgo ‘penitenciario’ que, a pesar de lo que disponga la norma, parece caracterizar a estos centros.



*con la naturaleza de la medida a adoptar, abogaba por la necesidad de que “esta atribución se residencie en los juzgados de lo contencioso-administrativo”*<sup>78</sup>.

Es evidente que el cambio contribuiría a “descriminalizar la conducta del extranjero que únicamente ha cometido una infracción administrativa y no un delito y facilitaría la labor del juez a la hora de apreciar la apariencia de buen derecho para autorizar el internamiento”<sup>79</sup> (Fernández Pérez, 2016, p. 264).

Lo cierto es que esta tendencia del legislador a acentuar la importancia de la situación administrativa del migrante (castigándola en exceso si no cumple con la legalidad) sobre otros elementos personales que también lo definen como persona, responde a la idea de que el extranjero es querido en nuestro país en la medida en que sea un trabajador necesario para determinados nichos laborales y su presencia sea beneficiosa.

De esta forma, los CIE se erigen como herramienta de disuasión para toda aquella migración irregular que nos “sobra”. Por ello, su función es, en primer lugar, lanzar un mensaje intimidatorio a los potenciales inmigrantes, “hostigarlos”, para que sepan qué condiciones tendrán que afrontar si deciden emprender la aventura migratoria hacia nuestro país (Martínez Escamilla, 2009, p. 258).

Y en segundo término, mostrarnos a nosotros como sociedad que estos migrantes pobres son una amenaza o un peligro para la seguridad y estabilidad de un país en particular o la Unión Europea en

---

<sup>78</sup> Informe del Defensor del Pueblo sobre “Asistencia jurídica a los extranjeros en España” (2005), Conclusión 5.1.1. Texto recuperado el 11 de mayo de 2022 de <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2005-05-Informe-sobre-asistencia-jur%C3%ADdica-a-los-extranjeros-en-Espa%C3%B1a.pdf>.

<sup>79</sup> El Juez de Instrucción que decide el internamiento no puede entrar a valorar la decisión de la expulsión en sí misma (el fondo del asunto), sino solo si procede la medida cautelar de internamiento. La decisión de la expulsión y su ejecución dependen del órgano gubernativo, y su impugnación habrá de ser objeto de un proceso judicial distinto e independiente ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Por razones de espacio no podemos profundizar en esta problemática cuestión. No obstante, para ello se recomienda la clarificadora lectura de la obra de Vidal Fueyo, C. (2001). La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 21, 179-220.

general<sup>80</sup>. Por ello, los CIE se mantienen en la medida en que el ejercicio del poder sobre las personas desfavorecidas posee un efecto simbólico frente a la población a la que se intenta transmitir que “algo se está haciendo frente a esas amenazas, peligros que constituyen los otros...” (García España, 2017, p. 5), ya que como medio para expulsar a (in)migrantes estos centros no han demostrado una utilidad clara.

En línea con esto, varios estudios revelan que en los CIE se interna a un número superior de personas de las que finalmente se expulsa. Según una investigación realizada por el Observatorio del sistema penal ante la inmigración (OCSPI), en 2016 solo un 29% de las personas que fueron encerradas en un CIE en España fueron expulsadas (lo que significa que el 71% de los detenidos no retornaron a sus países de origen<sup>81</sup>). Aunque las cifras mejoraron en estos últimos años, pues en 2019 se logró la repatriación de los internos en el 60,4% de los casos, más de 2000 personas tuvieron que ser liberadas ante la imposibilidad de poder ejecutar la orden de expulsión<sup>82</sup>.

Son varias las razones que pueden imposibilitar dicha devolución, por ejemplo, que las autoridades españolas no consigan averiguar de qué país es el extranjero en el plazo máximo de 60 días que está privado de libertad; o casos sobrevenidos en los que se acredita que el migrante es una persona en

---

<sup>80</sup> En una investigación, publicada por el medio británico BBC en 2016, el medio realiza un estudio comparativo de los Centros de Internamiento existentes en la Unión Europea, donde destacan, por ejemplo, las diferentes denominaciones que adoptan según el país: en Italia son llamados Centros de Identificación y Expulsión, y en Reino Unido Centros de Expulsión de Inmigrantes. Con respecto a la duración de la estancia, mientras que en España es de 60 días, en Francia, el periodo máximo es de 45 días, prorrogable a 20 más bajo ciertas circunstancias. En Italia y Portugal son dos meses, mientras que en Alemania son seis o 18 en casos excepcionales. Por su parte, Reino Unido es el único país que no tiene un periodo máximo de detención. A pesar de las disparidades, todos son objeto de denuncias sobre abusos y malas condiciones de vida. Texto recuperado el 20 de abril de 2023 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-37740016>.

En otro artículo periodístico publicado por Sanhermelando (2016), en el diario *El Español*, el periodista informaba de que los CIEs españoles son los más garantistas de la UE, pues mientras que en el nuestro la detención de los migrantes solo puede ser ordenada por un juez (como también ocurre en Alemania o Rumanía), en el resto, la competencia está en manos de autoridades administrativas, como la policía o la guardia de fronteras.

<sup>81</sup> Informe del Observatorio del sistema penal ante la inmigración (OCSPI, 2017), recuperado el 4 de mayo de 2022 de <https://ocspi.files.wordpress.com/2017/07/razones-para-el-cierre-de-los-cie-del-reformismo-a-la-abolicion.pdf>.

<sup>82</sup> Los datos recopilados corresponden a una respuesta parlamentaria otorgada en el Congreso al diputado de “EH Bildu” Jon Iñarritu, sobre la tasa de deportaciones de los CIE. *Heraldo de Aragón*. El Gobierno no logró expulsar a 2.500 migrantes que ingresaron en los CIE en 2019 (23/05/2020). *Heraldo de Aragón*. Texto recuperado el 1 de junio de 2022 de <https://www.heraldo.es/noticias/nacional/2020/05/23/el-gobierno-no-logro-expulsar-a-mas-de-2-500-migrantes-que-ingresaron-en-cie-en-el-ano-2019-un-40-del-total-1376529.html?autoref=true>.

situación de vulnerabilidad, como un menor de edad tomado por adulto, una víctima de la trata o un refugiado que huye de un conflicto bélico. En estas situaciones nos encontraríamos ante potenciales solicitantes de asilo a los que habría que conceder protección internacional.

Todas estas cuestiones, así como las numerosas denuncias sobre las constantes vulneraciones de derechos humanos que se producen en estos centros<sup>83</sup>, deberían ser tomadas en cuenta para adaptar estos centros a lo dispuesto en los tratados internacionales. De hecho, el Tribunal Supremo, en febrero de 2015, ya anuló cuatro preceptos del Reglamento de los CIE por considerar que vulneraban la normativa europea<sup>84</sup>. Así lo prometió el Ministro del Interior, Fernando Grande-Marlaska, a principios de 2020 cuando reconoció que era necesario reformar el régimen de

---

<sup>83</sup> Un reciente informe publicado por el Servicio Jesuita a Migrantes (SJM) ejemplificaba las vulneraciones de derechos humanos que durante años han denunciado la doctrina y varias organizaciones sociales: casos de suicidio de internos de los que la prensa también se ha hecho eco (Vargas Martín, “La hora y media en aislamiento que acabó en el suicidio de Marouane en el CIE de València”, 2021, en *Público*), así como propagación de enfermedades entre los extranjeros (tuberculosis, VIH...) y agravaciones de trastornos mentales. Todo ello debido a las duras condiciones que presentan los CIE, donde preocupan especialmente la insalubridad y la falta de asistencia sociosanitaria; esta última se ha reducido todavía más como consecuencia de las restricciones impuestas por la pandemia. Informe “Razón jurídica y sinrazón política: Vaciamiento y reactivación de los CIE en una pandemia que agrava su déficit sociosanitario”, recuperado el 13 de abril de 2022 de <https://sjme.org/wp-content/uploads/2021/06/Informe-CIE-2020-SJM.pdf>.

<sup>84</sup> El Pleno de la Sala Tercera del TS acordó anular los artículos 7.3 (párrafo segundo), 16.2 (letra k), 21.3 y 55.2 (párrafo primero) del RD 162/2014 por contradecir varios preceptos de la mencionada Directiva de Retorno de la UE: el 17.2 que reconocía “*el derecho de las familias internadas en espera de expulsión a que se les facilite alojamiento separado del resto de internos, manteniendo la unidad familiar y garantizando un grado adecuado de intimidad*”. De esta manera, ninguna familia podría ser internada si no existían módulos específicamente habilitados para ello, una de las principales deficiencias que presentan estos centros según Seixas Vicente (2021). En relación con el artículo 21.3 del Reglamento de los CIE, el Supremo consideró que era contrario a la Ley de Extranjería que no permitía un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente de expulsión. Con esto se evitaban los denominados ‘internamientos sucesivos’, esto es, que distintos jueces autorizaran que se internase más de una vez a una persona extranjera en situación administrativa irregular hasta completar el plazo máximo de 60 días que podían estar reclusos. Respecto al último artículo que se anuló, el 55.2 párrafo primero que daba cobertura a ‘los registros personales’ incluso con desnudo integral, los magistrados entendieron que su contenido excedía de la propia Ley de Extranjería y de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la protección del derecho a la intimidad del art. 18.1 CE (destacando, entre otras, la STC 57/1994), en tanto que el precepto anulado establecía dos supuestos diferenciados (las razones de seguridad o la existencia de motivos para creer que el interno escondía objetos o sustancias prohibidas) cuando esos dos presupuestos debían ser concurrentes para permitir una intromisión tan grave en la intimidad personal del interno.

funcionamiento de estos centros para lograr "unos CIE compatibles con los Derechos Humanos"<sup>85</sup>. Sin embargo, solo unos días después de estas declaraciones y ante la grave situación originada por el COVID-19, el Gobierno tuvo que decretar el Estado de Alarma en todo el país con el consiguiente cierre de fronteras, tal y como estaba sucediendo a nivel internacional.

La consecuencia inmediata fue la puesta en libertad de todas las personas recluidas en los CIE repartidos por toda España<sup>86</sup> ante la imposibilidad de ejecutar sus retornos. Una decisión celebrada por numerosas organizaciones en defensa de los derechos de los migrantes que se plantearon entonces la conveniencia de reabrirlos unos meses después, tal y como decidió el Gobierno.

Durante los años 2021 y 2022, los CIE se encontraron en una situación de *impasse*, en la que los medios de comunicación informaban continuamente de la cantidad de brotes de coronavirus con los

---

<sup>85</sup> Heraldo de Aragón. Marlaska asegura en el Congreso que reformará los CIE para hacerlos compatibles con los Derechos Humanos (26/02/2020). *Heraldo de Aragón*. Texto recuperado de <https://www.heraldo.es/noticias/nacional/2020/02/26/marlaska-asegura-congres-reformara-cie-hacerlos-compatibles-derechos-humanos-1360974.html?autoref=true>.

<sup>86</sup> España cuenta con un total de nueve Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) diseminados por toda su geografía: Madrid, Barcelona, Valencia, Algeciras, Tarifa, Málaga, Gran Canaria, Fuerteventura y Tenerife.

que convivían los internos<sup>87</sup>; y la falta de medidas adecuadas para evitar su propagación y/o cuidado de los enfermos que habían contraído la enfermedad<sup>88</sup>. Ante este panorama, cobra especial interés la apuesta por alternativas a la retención de extranjeros en centros que, en base a todo lo que hemos expuesto, presentan numerosas deficiencias, además de que suponen una vulneración grave de varios derechos fundamentales que no debería permitir un Estado constitucional. Así, García España (2017) propone la potencialización, por ejemplo, del retorno voluntario asistido con estricto respeto de los derechos de las personas migrantes. También existen otras medidas que puede adoptar de forma libre el juez encargado de autorizar el internamiento, como la acogida de extranjeros en centros sociales gestionados por entidades públicas o privadas cuya labor se centraría más en la atención humana y especializada que en la privación de libertad, que constituye el rasgo definitorio de estos centros de internamiento (García España, 2017).

---

<sup>87</sup> Tal y como sucedió en la recesión de 2008 en la que se llegó a “culpabilizar” a los migrantes de la situación de desempleo y precariedad existentes en España (López Talavera, 2012, p. 340), en esta época también fueron varios los medios que relacionaban a este colectivo con los principales focos de contagio del COVID-19. Resultan de interés estos dos ejemplos extraídos de periódicos digitales: el primero, publicado en *Okdiario* el 17 de agosto de 2021, informaba sobre el aumento de contagios en Melilla con el siguiente titular: “Crecen los contagios entre trabajadores del CETI de Melilla por la «poca colaboración» de los inmigrantes”. A modo de subtítulos, el periódico subrayaba que al menos 13 inmigrantes ilegales que se encontraban en cuarentena por COVID “se habían fugado de un albergue de Almería”, unos hechos que, *a priori*, no se entiende por qué se relacionan con la información transmitida en el titular, ya que se producen en una comunidad autónoma con una coyuntura totalmente distinta a la melillense. Además, el periódico destacaba que “los policías aseguran que las fugas de inmigrantes contagiados son recurrentes: ‘No entienden de normas’”.

A pesar de que *Okdiario* no lo afirma de manera explícita, es evidente la asociación de elementos negativos que lleva a cabo con respecto a los migrantes: son incivilizados, puesto que no se someten a las normas, peligrosos ya que pueden contagiar el COVID-19 al no respetar los necesarios periodos de cuarentena o confinamiento... Por lo tanto, son incapaces -y tampoco muestran predisposición- a integrarse en nuestra sociedad. Otro buen ejemplo lo hallamos en la siguiente noticia publicada por el medio digital *Diario Sur*: “Polémica en la vacunación sin cita: ‘No es racismo, son nuestros derechos’”, a lo que se matiza en el subtítulo: “La llegada de jóvenes migrantes de *Inserta Andalucía* y *Málaga Acoge*, vacunados sin guardar cola, provoca las quejas de varios usuarios”. Se interpreta, entonces, que los de ‘fuera’ tienen preferencia con respecto a los de ‘dentro’ para la vacunación, con la importancia que esto conlleva, pues esta última se erige como la principal y más efectiva vía de protección frente al COVID-19. Además de que, con dicho enfoque, se refuerza el tópico de que los de ‘fuera’ vienen a apropiarse de lo que pertenece a los de ‘dentro’.

Noticia de *Okdiario* recuperada el 2 de diciembre de 2021 de <https://okdiario.com/andalucia/crecen-contagios-trabajadores-del-ceti-melilla-poca-colaboracion-inmigrantes-7672816>.

Noticia de *Diario Sur* recuperada el 3 de diciembre de 2021 de <https://www.diariosur.es/malaga-capital/polemica-vacunacion-sin-cita-20210713120139-nt.html>.

<sup>88</sup> Tómese como ejemplo esta noticia publicada en el diario “El Salto” (11/01/2022) en la que se informaba de que el CIE de Zapadores de Valencia no contaba con los medios suficientes para aislar a los internos que se habían contagiado: <https://www.elsaltdiario.com/cie/cie-zapadores-valencia-capacidad-aislar-contagiados-registra-20-casos-covid-internos>.

Por todo ello, creemos que las reflexiones en torno a los CIE deben continuar en esta línea, si seguimos haciendo un uso desmedido del internamiento, a fin de cuentas, estaremos promoviendo “un elemento más de la ilegitimidad ética en la que está sumida Europa frente a los inmigrantes”, y por ende, “una de las mayores aberraciones del siglo XXI” (García España, 2017, p. 5). En palabras del profesor De Lucas (2021, p. 303 y ss.), los CIE son “los escenarios de esa nueva industria del desecho humano”.

#### **9.5. La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que otorga cobertura legal a los rechazos de migrantes en las fronteras de Ceuta y Melilla.**

La disposición final primera de esta ley orgánica dispone: “*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*”.

Pese a las alternativas mencionadas en párrafos anteriores que evitarían el internamiento de personas migrantes en situación de irregularidad, la realidad imperante en los últimos años es la expulsión inmediata de los mismos tras conseguir entrar en nuestro país o cuando tratan de lograrlo, una práctica comúnmente conocida como ‘devoluciones en caliente’<sup>89</sup> o *push back*.

Su definición alude al retorno exprés de personas que arriban por vías ilegales (las formas más habituales son saltando las vallas que separan el territorio de España del de Marruecos, únicas fronteras terrestres existentes entre el continente europeo y el africano ubicadas en las provincias de Ceuta y Melilla (Martínez Escamilla, 2020); o atravesando el mar Mediterráneo que une varios países de África con las costas españolas andaluzas y canarias, fundamentalmente).

Este tipo de devoluciones se llevan a cabo por las autoridades policiales de la frontera sin la tramitación de un expediente administrativo del migrante y sin brindarle atención jurídico-sanitaria, lo que supone una contravención evidente de la normativa de derechos humanos y de protección internacional suscrita por España (Fernández Pérez, 2016); aunque el segundo párrafo de la disposición final primera disponga que el rechazo se realizará “*respetando la normativa internacional de derechos humanos*”.

---

<sup>89</sup> Así se refieren a este procedimiento los medios de comunicación que, con su uso constante en las noticias que publican, han normalizado esta expresión, peyorativa y denigrante, entre la población española (El Bakkali, 2018). Tómense como ejemplos los siguientes titulares: “Debate sobre las devoluciones ‘en caliente’: Estrasburgo ha dado un giro copernicano y ha sorprendido desfavorablemente” (Onda Cero, 18/02/2020); o este otro: “El Congreso acuerda nuevos cambios en la ley mordaza y sigue negociando sobre pelotas de goma y las devoluciones en caliente” (The Huffington Post, 15/02/2022).

De este modo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) prohíbe expresamente esta práctica en el artículo 4 de su Protocolo IV: “*Quedan prohibidas las expulsiones colectivas de extranjeros*”, pues de forma contraria se les negaría el derecho a una evaluación individual sobre sus circunstancias, a saber: si pertenecen a grupos vulnerables, son víctimas de la trata de personas, menores no acompañados o poseen cualquier otra condición por la cual huyan de su país. Estas situaciones les podrían convertir en potenciales solicitantes de asilo<sup>90</sup>.

Asimismo, la Convención de Ginebra, a la que España se adhirió en 1978, recoge el principio de no devolución en su art. 33.1, por el que ningún Estado podrá, mediante expulsión o devolución, “*poner en modo alguno a un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social, o de sus opiniones políticas*”. Este principio debe respetarse tanto en las costas del país en cuestión como en zonas de tránsito o internacionales, como veremos posteriormente.

---

<sup>90</sup> Los artículos 3 y 13 del CEDH también prohíben circunstancias que, en la mayoría de los casos, rodean la expulsión inmediata de migrantes en la frontera: en primer lugar, el art. 3 establece que “*nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes*” (aquí encajaría la situación de un migrante que, a pesar de estar herido, es devuelto a su país de origen sin proporcionarle asistencia médica; o incluso el mero hecho de que las autoridades policiales hagan uso de la fuerza para efectuar expulsiones rápidas puede producir daños físicos y psicológicos entre los afectados).

Por otro lado, el art. 13 CEDH recoge el derecho de todo ser humano, independientemente de su nacionalidad o situación administrativa, a interponer un recurso efectivo en la jurisdicción correspondiente cuando crea que se han vulnerado sus derechos, por ejemplo, al cerrarle el paso en la frontera aunque intente acreditar que se trata de una persona en situación de vulnerabilidad que solicita asilo internacional: “*Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales*”. De igual manera, el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva “*a toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados*”.

En nuestra normativa interna, el derecho a entrar en España no es concebido como un derecho fundamental del que sean titulares los extranjeros, en atención al art. 19 CE<sup>91</sup>. Aún así, las ‘devoluciones en caliente’ no se pueden practicar en un Estado de Derecho, pues al propiciar el retorno exprés de migrantes a su país de origen, no solo las colocan en una situación de riesgo inminente para su vida o su libertad, sino que también vulneran otros derechos fundamentales, como el acceso a un procedimiento legal previo a todo acto administrativo de expulsión, recogido en el artículo 24 CE: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

Además, el proceso de devolución establecido en el art. 58 LOEx, y que se desarrolla en el art. 23 RLOEx de aplicación a los supuestos de entrada irregular o de incumplimiento de una prohibición de entrada por estar vigente una orden de expulsión, recoge una serie de garantías jurídicas acordes con la citada normativa internacional de derechos humanos que implica, por ejemplo, el derecho a ser identificado, la asistencia jurídica y de intérprete en las comunicaciones, la posibilidad de solicitar protección internacional o la asistencia sanitaria en caso de que sea necesario.

A este respecto, la labor del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha sido clave a la hora de recordar esta máxima y proteger tales potestades en las fronteras de los países europeos. Especialmente significativa resulta la STEDH *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* (2012), donde el Alto Tribunal se pronunció por primera vez sobre las expulsiones de extranjeros efectuadas fuera del

---

<sup>91</sup> El 15 de marzo de 2006 el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron su Reglamento (UE) 2016/399 del Parlamento europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras. En este instrumento se incluyen las condiciones requeridas para permitir que un extranjero supere el perímetro exterior de la Unión Europea.

En España, la entrada se encuentra condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en dicho Código y en el art. 25 LOEx y el art. 4 del RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba su reglamento (RLOEx). Cuando la entrada se ha efectuado de manera irregular existen varios procedimientos relativos a la salida obligada del territorio español de las personas extranjeras. Fernández Pérez (2021) destaca los más relevantes a estos efectos:

- 1) la denegación de entrada y el retorno al punto de origen (art. 60 LOEx), como efecto derivado de la prohibición de entrada en España por los puestos fronterizos habilitados de extranjeros que no cumplan los requisitos legalmente previstos (art. 26.2º LOEx y art. 15 RLOEx);
- 2) la salida obligatoria o la expulsión del extranjero que se encuentra irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o por carecer o tener caducada la autorización de residencia (art. 57 LOEx y arts. 242-248 RLOEx);
- 3) la devolución de los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España (art. 58.3º.a) LOEx), o de los que pretendan entrar ilegalmente (art. 58.3º.b) LOEx), incluyendo “a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones” (art. 23.1º.b) RLOEx).



territorio del Estado, concretamente en la interceptación en alta mar de un buque en el que viajaban cientos de personas rumbo hacia Italia<sup>92</sup>.

El tema central que se plantea ante el Tribunal es si el hecho de que este país trasladase a personas, que intentaban entrar en sus aguas y que no fueron objeto de un procedimiento de identificación previo a su expulsión, constituía una violación del principio de no devolución. Además, los demandantes alegaban que Libia, en el momento en el que sucedieron los hechos, no podía garantizar su seguridad, ni tampoco Somalia y Eritrea, países de origen a los que finalmente serían repatriados. Por lo que todos ellos corrían el riesgo de sufrir tratos inhumanos o degradantes, circunstancias igualmente prohibidas por el art. 3 CEDH.

En su sentencia, el Alto Tribunal entendió, en primer lugar, que la falta de respeto de los derechos humanos por Libia constituía una realidad notoria y fácil de verificar, por lo que otorgó la razón a los interesados con respecto al riesgo de sufrir tratos contrarios al artículo 3 CEDH.

Por otro lado, el Tribunal recordó que los Estados que intercepten (in)migrantes que, o bien, intentan penetrar en su territorio o ya han entrado de manera efectiva en él, deben examinar la situación de cada uno de ellos para poder proteger sus derechos esenciales (fundamentalmente para comprobar si dichas personas huyen de circunstancias que las conviertan en potenciales solicitantes de asilo<sup>93</sup>).

Así pues, el Tribunal resolvió que Italia, ejerciendo la jurisdicción que le correspondía, había entregado a los demandantes sin analizar la situación personal e individualizada de cada uno de ellos. Por lo que se había producido, sin lugar a dudas, una expulsión colectiva de migrantes, esto es, una violación frontal del artículo 4 del Protocolo IV CEDH.

Esta sentencia supuso la primera condena a un Estado por no salvaguardar los derechos de personas que, en su intento de alcanzar costas europeas -sin conceder importancia al motivo que las empujase

---

<sup>92</sup> Los hechos se remontan al 6 de mayo de 2009, cuando varias personas procedentes de Somalia y Eritrea son interceptadas en el mar, a unas 35 millas del sur de Lampedusa (Agrigento), por las autoridades italianas. Estas, de forma inmediata, las detienen y devuelven a Libia, su punto de partida.

<sup>93</sup> A lo largo de su jurisprudencia, el TEDH se ha mostrado muy estricto en la defensa del procedimiento previo e individualizado que han de llevar a cabo los Estados europeos con cada una de las personas que llegan a sus fronteras. Recientemente, en el asunto *Ilias y Ahmed c. Hungría* (2019), el Tribunal declaró que “cuando se expulsaba a los solicitantes de asilo a un tercer país sin examinar el fondo de sus solicitudes de asilo, no se podía saber si las personas objeto de expulsión corrían el riesgo de recibir un trato contrario al artículo 3 CEDH en su país de origen o si eran simplemente migrantes económicos. En línea con esto, el TEDH estimó que solo mediante un procedimiento legal que diera lugar a una resolución se podía llegar a una conclusión sobre esta cuestión”.

a ello-, son interceptadas por las autoridades nacionales para impedir que entren en su territorio y se beneficien de garantías que no poseen fuera de este (De Castro Sánchez, 2013).

Esta postura será ratificada, años más tarde, en el *asunto Sharifi y otros c. Italia y Grecia*<sup>94</sup>, donde lo más relevante, quizá, es que el Tribunal ni siquiera entra a examinar si los demandantes habían llegado o no a Italia cuando fueron expulsados del territorio. Se consideró irrelevante a efectos de la aplicabilidad del art. 4 del Protocolo IV CEDH, cuyo cumplimiento, se puso de manifiesto nuevamente, posee alcance extraterritorial.

Lo cierto es que con estos pronunciamientos el TEDH no hace más que advertir a los Estados de que los migrantes son, en primer lugar, seres humanos cuyo ejercicio de los derechos que les son inherentes debe ampararse por encima de cualquier situación administrativa en la que se encuentren cuando lleguen a un país europeo. Esta concepción pro persona, “de estar siempre a favor de los seres humanos” (Pinto, 1997, p. 163) se establece a partir del caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, y en un momento de crisis económica global donde este colectivo parece ser el gran olvidado; e incluso a veces se erige como culpable indirecto de la falta de empleo y oportunidades para los autóctonos del lugar, como una especie de “chivo expiatorio” necesario para la supervivencia de la sociedad europea (Agustín Unzurrunzaga, 2013).

Así, esta parece ser la forma de la que se vale el TEDH para recordar a los ciudadanos europeos que los (in)migrantes son como ellos, personas en busca de un futuro próspero. Pero lo que es más importante: lanza, intencionadamente, un órdago a los Estados para que de una vez por todas respeten el derecho internacional de los derechos humanos, mediante la aprobación de normas legales que no abandonen a su suerte a las personas que migran a través de vías ilegales e inseguras, y sí las auxilien y les ofrezcan un trato adecuado a su condición humana. Este podría ser el primer paso para lograr, más adelante, una integración efectiva de los migrantes en el territorio europeo.

Sin embargo, esto seguirá siendo una quimera en nuestro país mientras continúe en vigor la LO 4/2015 que otorga cobertura legal a las ‘devoluciones en caliente’. Y es que solo en 2021 se rechazaron en las fronteras de Ceuta y Melilla a 4000 personas, una cifra muy superior a años anteriores (en los que, aun así, las cifras se sitúan por encima del centenar de expulsiones<sup>95</sup>) debido

---

<sup>94</sup> En este caso, los demandantes, en su mayoría afganos, se embarcaron clandestinamente en barcos italianos que se dirigían al puerto de Ancona. Tras su llegada, fueron interceptados por la policía de la frontera y devueltos inmediatamente a Grecia.

<sup>95</sup> Los datos de las devoluciones se pueden consultar, por año de interés, en el informe llevado a cabo por el portal de estadística “El Statista”, recuperado el 7 de mayo de 2022 de <https://es.statista.com/estadisticas/1099443/devoluciones-en-caliente-de-migrantes-ilegales-en-ceuta-y-melilla/>.

a la crisis migratoria ocasionada en Ceuta a raíz de las fuertes tensiones existentes entre Marruecos y España como miembro de la Unión Europea<sup>96</sup>.

Estos hechos demostraron, una vez más, que el fenómeno migratorio hace tiempo que se utiliza como una carta de negociación política entre los Estados (Garcés Mascareñas, 2021) y, específicamente, como arma de presión masiva contra la Unión Europea<sup>97</sup>. El ejemplo más destacado es la presión que ejerce continuamente Turquía con respecto a los migrantes que llegan a su frontera con la esperanza de entrar en la Unión Europea.

---

<sup>96</sup> Se estima que en mayo de 2021 lograron entrar en España más de 10.000 migrantes procedentes de Marruecos, debido a la ‘pasividad’ que mostraron sus fuerzas de seguridad para proteger la valla ceutí que separa ambos países. El desencadenante se ha de buscar en la acogida, por parte de España, del líder del Frente Polisario y presidente de la República Árabe Saharaui Democrática (RASD), Brahim Gali. Nuestro país aceptó la entrada de Gali, enfermo de COVID-19, para que ingresase en un hospital de Logroño, un gesto que disgustó a Marruecos (recordemos que el conflicto que mantienen el Frente Polisario saharauí y Marruecos por la independencia del Sáhara Occidental constituye una de las cuestiones políticas identitarias más complejas de las últimas décadas, que escapa al objeto y fin de esta investigación). Además, meses atrás, el entonces presidente de EE UU, Donald Trump, había reconocido públicamente la soberanía marroquí sobre el Sáhara, lo que permitió al gobierno de Rabat ejercer presión sobre España y la Unión Europea para que secundasen los pasos de Trump y apoyasen las pretensiones del país africano sobre este territorio.

Por todo ello, las autoridades marroquíes decidieron relajar los controles fronterizos para favorecer la llegada masiva de migrantes a España, y utilizar así la cuestión migratoria “como una carta de negociación” (Garcés Mascareñas, 2021); “un instrumento de presión política para obtener contraprestaciones por parte de España y la UE, esto es, lograr un alineamiento con su propio proyecto político sobre el Sáhara” (Aimé González, 2021). Las últimas declaraciones han sido extraídas de un reportaje llevado a cabo por el diario 20 minutos, Ceuta | ¿Por qué ahora y por qué así? Los expertos ven una ‘presión’ de Marruecos para lograr contraprestaciones (18/05/2021). Texto recuperado el 8 de mayo de 2022 de <https://www.20minutos.es/noticia/4700356/0/crisis-en-ceuta-marruecos-usa-la-cuestion-migratoria-como-instrumento-de-presion-politica-para-obtener-contraprestaciones/?autoref=true>.

<sup>97</sup> El diario *ABC* titulaba en un reportaje publicado en diciembre del pasado año: “2021, el año de la inmigración como arma de presión masiva contra la UE”. En la información analizaba cómo los regímenes autoritarios de Bielorrusia, Marruecos o Turquía habían “usado” a los (in)migrantes para chantajear políticamente a Bruselas. La consecuencia directa de esta estrategia, afirmaba el periódico, ha sido “empujar” a países como España y Polonia a practicar “las devoluciones ilegales e incluso a la violencia”. Texto recuperado el 8 de mayo de 2022 de [https://www.abc.es/internacional/abci-inmigracion-2021-enf-202112192004\\_noticia.html](https://www.abc.es/internacional/abci-inmigracion-2021-enf-202112192004_noticia.html).

A nivel nacional, no se puede dejar de mencionar la denominada ‘tragedia del Tarajal’<sup>98</sup> que ejemplificó que las fronteras llevan tiempo operando como lugares de excepción del cumplimiento de los derechos humanos de los más vulnerables, donde los retornos exprés que allí se practican, expresión de la máxima arbitrariedad del poder, “nos retrotraen a actuaciones previas a la comprensión contemporánea de los derechos humanos” (Martínez Escamilla, 2020, p. 71).

Lamentablemente, el TEDH que hasta ahora había condenado de forma recurrente estas prácticas, erigiéndose como intérprete máximo de las garantías que dispone el CEDH para la protección de los migrantes, dio un giro radical en su jurisprudencia con su sentencia sobre *el caso N.D. y N.T. contra España*, de 13 de febrero de 2020<sup>99</sup>. Aquí, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

---

<sup>98</sup> El 6 de febrero de 2014, 15 personas se ahogaron en la playa del Tarajal (Ceuta) mientras trataban de eludir a nado el dique que separa Marruecos de la ciudad autónoma española. Mientras se encontraban en el agua, agentes de la Guardia Civil pretendieron evitar que alcanzaran tierra firme mediante “un uso excesivo de la fuerza” (*Diario Público*, 2019; CEAR, 2021). Aunque la cuestión llegó a los tribunales, el juzgado de instrucción nº 6 de Ceuta no apreció la comisión de un delito de homicidio y lesiones imprudentes por parte de las autoridades; y dictó el sobreseimiento provisional del caso y el archivo de las actuaciones. En dicho auto de sobreseimiento se afirmaba que las ‘devoluciones en caliente’ a Marruecos eran “una práctica habitual”, y por lo tanto no se podía “sancionar” a los agentes de la Guardia Civil.

Sin embargo, diversas organizaciones (que incluían a CEAR) presentaron un recurso de apelación y comenzó entonces una larga batalla judicial en la que se terminó procesando a los guardias civiles acusados de las muertes de los migrantes; la jueza responsable del caso argumentó esta vez que ‘sí podían haber auxiliado a los migrantes y se abstuvieron sin causa que justifique su omisión’. No obstante, el caso fue archivado, por tercera vez, en octubre de 2019. Actualmente, las mismas organizaciones han presentado un recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que en breve deberá pronunciarse sobre su admisión. Para saber más sobre el caso: <https://www.cear.es/caso-tarajal/>. También se recomienda el visionado de “Las muertes de Ceuta”, un proyecto de investigación periodística llevado a cabo por *Eldiario.es* y compuesto por un documental multimedia, el seguimiento informativo de los sucesos en su sección especializada ‘Desalambre’; y una publicación en la revista *Fronteras y Mentiras* en la que aportan un análisis contextual de lo sucedido: <https://lasmuertesdeceuta.eldiario.es/contexto.html>.

<sup>99</sup> Los hechos que se enjuiciaban fueron los siguientes: el 13 de agosto de 2014 los demandantes intentaron entrar en España saltando el vallado que actúa como frontera física entre Marruecos y Melilla. Este lo conforman tres vallas consecutivas –dos exteriores de 6 metros de altura y una interior de 3 metros– y un sistema de cámaras de vigilancia por infrarrojos y sensores de movimiento. Los sujetos N.D y N.T avanzaron hasta la tercera valla –la más próxima a Melilla– y en ella estuvieron encaramados hasta que horas después bajaron con la ayuda de agentes de la Guardia Civil que los detuvieron y entregaron a las autoridades marroquíes. De los antecedentes del caso se aprecia que en ningún momento se les identificó ni tuvieron la posibilidad de exponer sus circunstancias personales ni de ser asistidos por abogados, intérpretes o médicos. En primera instancia, la STEDH (Sala 3ra), de 3 de octubre de 2017, condenó por unanimidad a España al considerar que estas actuaciones suponían la violación de la prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros (art. 4 del Protocolo IV del CEDH) y del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH). Sin embargo, frente a esta resolución el Estado español solicitó una remisión a la Gran Sala (art. 43.1 CEDH), donde la cuestión planteada fue entendida como “grave” y se resolvió mediante Sentencia de 13 de febrero de 2020.

sentó un precedente peligroso al estimar legales las devoluciones que llevó a cabo el Gobierno español en 2014, cuando expulsó a dos migrantes que habían traspasado la frontera vallada que separa Marruecos de la ciudad de Melilla<sup>100</sup>. Los magistrados fallaron que los demandantes fueron devueltos sumariamente, pero sin que se produjese una expulsión colectiva de las que recoge el art. 4 del Protocolo IV ni se vulnerase el art. 13 CEDH (acceso a un recurso efectivo).

Es cierto que, a grandes rasgos, la sentencia parte de una consideración muy relevante -y positiva- con respecto a la responsabilidad de las autoridades españolas en la devolución de estas personas. Y es que opta por desvirtuar el ‘concepto operativo de frontera’<sup>101</sup> que había adoptado el Gobierno español años atrás, y según el cual el migrante no entraba en España hasta rebasar la segunda de las dos vallas de las fronteras de Ceuta y Melilla o la línea formada por agentes de la Guardia Civil en las aguas interiores (Ochoa Ruiz, 2020).

En base a esto, la representación legal del Gobierno alegaba ante la Gran Sala del TEDH que los demandantes no habían llegado a su territorio, pues fueron apresados en la valla que marca la frontera y, por lo tanto, los hechos constituían un rechazo del intento de entrar y no una expulsión en sentido estricto<sup>102</sup>.

Sin embargo, los magistrados no dudaron de que “*los hechos en cuestión tuvieron lugar en territorio español*” (par. 104), y reafirmando jurisprudencia reiterada (asunto *Hirsi Jamaa c. Italia*, etc), entendieron que “*bajo ningún concepto cabe admitir que haya excepciones a esa jurisdicción en determinadas partes del territorio, que quedarían excluidas de la aplicación del CEDH*” (par. 105-111).

Esta apreciación se opone al argumento que reiteradamente defendió el Gobierno, a saber, la posibilidad de distinguir entre la frontera acordada entre dos Estados en un tratado internacional (entre España y Marruecos, en el caso de Melilla del que aquí se trata) y el citado ‘concepto operativo de la misma’ que determina unilateralmente uno de los Estados (De Lucas, 2020).

---

<sup>101</sup> Este concepto se consolidó en 2005 con ocasión de los primeros intentos, conocidos, de saltar las vallas de Ceuta y Melilla. Así lo explicaba el ministro del Interior de España, Jorge Fernández Díaz, a propósito de una comparencia en el Congreso donde debía dar cuenta de lo sucedido en la ‘Tragedia del Tarajal’ de 2014, analizada en páginas anteriores. En el siguiente enlace se puede visualizar la comparencia completa: [http://www.interior.gob.es/noticias/detalle/-/journal\\_content/56\\_INSTANCE\\_1YSSI3xiWuPH/10180/1648216/](http://www.interior.gob.es/noticias/detalle/-/journal_content/56_INSTANCE_1YSSI3xiWuPH/10180/1648216/).

<sup>102</sup> Entonces, el Gobierno sostenía que al no tratarse de una expulsión como tal no procedía entrar a considerar la falta de decisiones individualizadas de expulsión y los requisitos de procedimiento que deben concurrir en dichos actos en garantía de los derechos fundamentales. Es claro que ambos no se habían respetado en el caso que nos ocupa.

Para el TEDH no existe tal cosa: la frontera, sin discusión posible, queda trazada e identificada en el instrumento convencional bilateral entre los Estados que la establecen y, por consiguiente, y esto es sumamente importante: toda la triple valla se encuentra en territorio español.

En este sentido, el TEDH no se aparta de la línea jurisprudencial anterior sobre la fijación de la frontera, incluso en relación con los movimientos migratorios y la denominada presión migratoria (De Lucas, 2020). Esto le permite considerar, en última instancia, que podría ser aplicable el artículo 4 del Protocolo Adicional IV en caso de devoluciones (expulsiones) de extranjeros fuera del territorio nacional.

Sin embargo, que considere la normativa aplicable al caso no implica, necesariamente, que entienda que esta se ha vulnerado. De hecho, el Alto Tribunal sostiene que no ha existido violación del citado Protocolo y exime a España de responsabilidad en las expulsiones, debido a que estas personas *“eligieron voluntariamente cruzar la frontera de forma ilegal, cuando podrían haber utilizado una vía regular como el paso de Beni Enzar”*. El TEDH valiéndose únicamente de los datos aportados por el Gobierno español, habla incluso de la posibilidad real de solicitar un visado o protección internacional en las representaciones diplomáticas o consulares de España en los países de origen o de tránsito, y hasta en Marruecos<sup>103</sup>.

Esta rotunda afirmación causó incredulidad -Solanes Corella, (2020) habla de “ceguera absoluta del TEDH” con respecto a la realidad de la frontera sur española-, por ser sobradamente conocidas las

---

<sup>103</sup> La hipocresía del argumento es aún mayor si recordamos que el Gobierno español lleva años defendiendo que no puede tramitar solicitudes de protección internacional presentadas en embajadas y consulados españoles (tal y como autoriza el art. 38 de la Ley 12/2009, reguladora del derecho de asilo) porque no cuenta con un reglamento que determine el procedimiento a seguir para tal fin (como obligaba a desarrollar el párrafo segundo del citado artículo). Aunque esta cuestión será ampliamente analizada en capítulos posteriores, ahora valga ponerla de relieve y confesar que sorprende que el TEDH no sea consciente de esta problemática, y haga suyos los argumentos falaces del Ejecutivo.

graves dificultades -denunciadas en varias ocasiones por el Defensor del Pueblo<sup>104</sup>- a las que se enfrentan los migrantes para acceder a la parte española del puesto fronterizo de Beni Enzar, donde se les exige traspasar previamente el control migratorio desarrollado por la policía marroquí, “cuya misión es mantener a estas personas alejadas de la frontera” (Martínez Escamilla, 2020, p. 64).

Además, España es uno de los países de la Unión que menos solicitudes de asilo concede (Eurostat, 2020<sup>105</sup>). De hecho, un informe publicado por CEAR, en marzo de 2021, mostraba cómo en 2020 nuestro país solo había otorgado protección internacional (tanto asilo como protección subsidiaria) a 5758 personas, una cifra que no llegaba ni al 5% de las 88.762 solicitudes de asilo que se le presentaron.

---

<sup>104</sup> En 2015, tras la visita realizada por la Defensora del Pueblo al puesto fronterizo de Beni Enzar (Melilla), esta remitió un escrito a la Secretaría General de Inmigración y Emigración (perteneciente al Ministerio de Empleo y Seguridad Social), en el que daba traslado de la necesidad de incorporar personal de la Oficina de Asilo y Refugio a Melilla, de manera temporal, “*a fin de agilizar el estudio de solicitudes de protección internacional en frontera*”. Se daba cuenta, entonces, de que el sistema expuesto generaba importantes retrasos, “*dado que el flujo continuo de personas que solicitan asilo hace aumentar la demora*”, y es que según expresaba la institución en el escrito aludido, en septiembre de 2015 hubo días en los que se registraron entre “*50 y 60 llegadas (la mayoría, familias con niños)*”. Por todo ello, la Defensora del Pueblo recomendaba “*dotar con personal de la Oficina de Asilo y Refugio el Puesto Fronterizo de Beni Enzar a fin de hacerse cargo directamente del procedimiento de formalización y tramitación de las solicitudes de protección internacional*”. Texto recuperado el 5 de mayo de 2022 de <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/reforzar-el-personal-destinado-a-la-tramitacion-de-las-solicitudes-de-asilo-en-el-puesto-fronterizo-de-beni-enzar/>.

En una visita posterior, en septiembre de ese mismo año, el organismo volvía a remitir escrito al Ministerio correspondiente relatando “*el alto nivel de angustia que sufrían los solicitantes, fruto de las dificultades que han tenido que padecer tras un peligroso periplo por varios países*. Además, afirmaba que *un número significativo de estas personas presentan necesidades médicas que los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía no puede identificar y derivar correctamente*; y terminaba concluyendo que *los acuerdos de colaboración, para la manutención de los solicitantes de asilo en el Puesto Fronterizo de Beni Enzar, resultan insuficientes*”. De esta forma, la Defensora del Pueblo recomendaba, de nuevo, “*contar urgentemente, con atención social especializada en dicho puesto fronterizo para paliar las deficiencias detectadas por personal de esta institución en las dos visitas realizadas*”. Todo ello, con el objetivo de “*prestar un adecuado servicio de asistencia social a los solicitantes de asilo que así lo demanden*”. Texto recuperado el 5 de mayo de 2022 de <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/recomendacion-a-la-secretaria-general-de-inmigracion-y-emigracion-para-adoptar-las-medidas-que-procedan-para-prestar-un-servicio-de-asistencia-social-a-los-solicitantes-de-asilo-en-el-puesto-fronteriz/>.

<sup>105</sup> Archivo de estadísticas sobre las solicitudes de asilo presentadas en la Unión Europea durante el periodo comprendido entre el 16 de marzo y el 26 de mayo de 2020, recuperado el 5 de mayo de 2022 de [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Estad%C3%ADsticas\\_de\\_asilo&direction=prev&oldid=521704](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Archive:Estad%C3%ADsticas_de_asilo&direction=prev&oldid=521704).

Esta tendencia lo situaba muy por debajo de otras naciones vecinas como Francia (que concedió un 22% de las 93.470 estudiadas), Italia (23%), Bélgica (35%) o Alemania (44% de las 121.955 solicitudes que tuvo que atender)<sup>106</sup>.

En este sentido, parece lógico que el argumento esgrimido por el TEDH asombre a la vez que genere incompreensión, pues si estos datos están disponibles para cualquier ciudadano, ¿cómo es que el TEDH no se hace eco de ellos? No sabemos hasta qué punto esa “ceguera” (Solanes Corella, 2020) que demuestran los magistrados es fruto de la intención o de la presión a la que someten los Gobiernos nacionales al Alto Tribunal en cuestiones migratorias y de asilo (Riemer, 2019<sup>107</sup>; Sosa Navarro, 2020), que incluso se han intentado positivizar, aún, sin éxito<sup>108</sup>.

En cualquier caso, interpretamos que en esta resolución prevalece la forma de llegar a un país -y la situación administrativa en la que uno se encuentre al hacerlo-, no solo sobre los perjuicios que puedan sufrir dichas personas al ser retornadas a su punto de origen, sino por encima de todo el entramado normativo de protección de los derechos humanos. Queda claro, entonces, que esta nueva postura se aleja plenamente de la concepción pro persona que había mantenido el TEDH desde el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*.

Tras la (supuesta) constatación de la existencia de alternativas legales y seguras para acceder a territorio español, la Gran Sala considera que la ausencia de decisiones individualizadas de expulsión se podría atribuir al hecho de que los solicitantes no hicieron uso de los procedimientos

---

<sup>106</sup> Informe recuperado el 5 de mayo de 2022 de <https://masquecifras.org/>. Tenga en cuenta el lector que a pesar de que CEAR sea una organización humanitaria centrada en la defensa y protección de los refugiados, los datos utilizados para elaborar su informe se han tomado de organismos oficiales como la Oficina Estadística de la Comisión Europea, Eurostat, y el Ministerio del Interior de España.

<sup>107</sup> La autora explica también que la consecuencia más evidente de esta presión es “la renuencia del TEDH a abordar los problemas de migración”. Esto se hace visible en el hecho de que recientemente el Alto Tribunal está emitiendo un número menor de sentencias sobre cuestiones migratorias de las que resolvía en el pasado.

<sup>108</sup> Otro testimonio significativo de la presión a la que se enfrenta la Corte cuando se trata de cuestiones de migración es el Proyecto de Declaración de Copenhague (5 de febrero de 2018), negociada en abril de 2018 por iniciativa de la Presidencia danesa del Consejo de Europa. Este tenía como objetivo reexaminar el sistema de protección de los derechos humanos establecido por la CEDH: ‘*When examining cases related to asylum and immigration, the Court should assess and take full account of the effectiveness of domestic procedures and, where these procedures are seen to operate fairly and with respect for human rights, avoid intervening except in the most exceptional circumstances*’. Por lo que la Corte solo debe poder interferir en las circunstancias ‘*más excepcionales*’ porque se parte de que los procedimientos internos ‘*funcionan de manera justa y con respeto a los derechos humanos*’. Este intento de restringir la jurisdicción del TEDH recibió severas críticas y finalmente fue rechazado en la versión final de la Declaración de Copenhague de abril de 2018. Texto recuperado el 5 de mayo de 2022 de [https://www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/05022018\\_draft\\_copenhagen/f=/vkn7m3tq0uei.pdf](https://www.eerstekamer.nl/eu/documenteu/05022018_draft_copenhagen/f=/vkn7m3tq0uei.pdf).



oficiales de entrada, a los que deberían haber acudido para hacer valer derechos de la Convención (CEDH): “*La propia conducta del solicitante es un factor relevante para evaluar la protección que debe otorgarse en virtud del art. 4 del Protocolo IV CEDH*”.

Lo cierto es que se trata de la primera vez en su historia en la que el TEDH condiciona la protección frente a la expulsión colectiva a la forma de entrada en el territorio de un Estado de la UE. Nunca antes se había planteado la posibilidad de que la entrada no autorizada pudiera eximir al mismo de la obligación de respetar la prohibición de expulsión colectiva, recogida en el art. 4 del Protocolo IV (Sosa Navarro, 2020). Y esto se hace a través de la aplicación de la denominada ‘doctrina de la propia conducta’, en la que el Tribunal de Estrasburgo examina si el comportamiento de los demandantes es “merecedor” de la protección otorgada por el CEDH (Carrera, 2020, p. 8), y concluye de forma negativa al entender que los solicitantes se pusieron “*en peligro*” al escoger una vía ilegal y “*poco segura*” como es atravesando el vallado de la frontera.

Coincidimos con autores como Carrera (2020, p. 22) en que nos hallamos ante una resolución que parece ignorar los riesgos que las ‘devoluciones en caliente’ conllevan con respecto al acceso a la justicia por parte de víctimas que son “pobres, vulnerables y no tienen voz” para defenderse de los abusos que sufren.

Además, es notorio el hecho de que se les niegue el acceso a esta justicia, y se les culpabilice de ello en lo que que Sosa Navarro (2020, p. 1051 y ss.) define como “conducta culpable del demandante” que se convierte en inhibidora de la prohibición de expulsión colectiva del Protocolo. Esto, a su vez, conlleva dejar “vacía de contenido” (Fernández Pérez, 2021, p. 207) la protección que establece el artículo 4, pues consiente lo que expresamente prohíbe (expulsiones colectivas) e imposibilita la solicitud de protección internacional o asilo.

Llegados a este punto, resulta muy pertinente la observación que hace Solanes Corella (2020) sobre la actitud de los demandantes: se puede entender que los sujetos han actuado de forma ilegal, al tratar de entrar a un territorio de un Estado por zonas no habilitadas al efecto. Sin embargo, ¿el hecho de “infringir una norma comporta automáticamente la renuncia a las garantías jurídicas”?

La respuesta es absolutamente negativa, pues igual que aquel que es imputado por un delito, tiene derecho a la tutela judicial efectiva con todo lo que esta implica, especialmente en lo concerniente a

un juicio justo, el migrante que entra en España de forma ilegal<sup>109</sup> (aunque no lo lograra) tiene derecho a que se le brinde la asistencia social, jurídica y sanitaria que le corresponde como ser humano que es, esto es una regla básica del sistema de derecho de asilo y refugio que puso en pie la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Pero la sentencia, “plagada de contradicciones e incoherencias legales” (Carrera, 2020, p. 22), atribuye a los demandantes las consecuencias que sufrieron, y legitima valiéndose de un lenguaje ciertamente peyorativo e irónico, la decisión de expulsión expés que tomó la Guardia Civil española<sup>110</sup>. Por ello, la doctrina habla de una “narrativa criminalizadora” (Martínez Escamilla, 2020, p. 67) que late con fuerza a lo largo de toda la sentencia, y alcanza un nivel un tanto excesivo en los dos votos particulares en los que se intensifica el enfoque que presenta al (in)migrante como un criminal.

En el voto parcialmente discrepante del juez Koskelo, se afirma rotundamente que el principio de no devolución no se puede aplicar de manera “*amplia e injustificada*” a todo tipo de extranjeros y situaciones<sup>111</sup>, puesto que algunos de los (in)migrantes que llegan pueden tener “*actitudes hostiles* o

---

<sup>109</sup> La misma autora se interroga acerca de una cuestión interesante a este respecto: si el alto número de entradas catalogadas como irregulares es la consecuencia directa de que no se haga valer la legalidad relativa a la protección internacional, específicamente, la “escasa aplicación” que en la práctica presenta el artículo 38 de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria en embajadas y consulados. A pesar de que el precepto no haya contado, desde su aprobación, con un desarrollo reglamentario; y que se impida sistemáticamente acceder al procedimiento de asilo a través de esta vía (véase el informe “El asilo en España. La Protección internacional y los recursos del sistema de acogida”, *El Defensor del Pueblo*, 2016), la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo reconoció recientemente el derecho de potenciales solicitantes de asilo a pedir en embajadas españolas su traslado legal a España para formalizar una petición de protección internacional. También confirmó la obligación de los embajadores a contestar a dichas peticiones: “*La falta de desarrollo reglamentario a que se refiere el art. 38 de la Ley 12/2009 no impide la aplicación de sus previsiones a las solicitudes de protección internacional formuladas a su amparo; (...) la valoración del peligro para la integridad física del solicitante ha de entenderse referida a la situación determinante de la solicitud en el país de origen; y que la falta de resolución por la Administración supone un acto presunto susceptible de impugnación*”.

<sup>110</sup> Esta sorprendente conclusión se justifica en base a la aplicación de un doble test: para el Tribunal es preciso, por un lado, que el Estado haya facilitado “*un acceso real y efectivo*” a los medios legales de entrada, esto es, a los procedimientos establecidos en la frontera. En segundo lugar, una vez constatada la existencia de tal acceso, es preciso verificar que la no utilización del mismo por parte del demandante no puede ser “*objetivamente imputada al Estado*”.

<sup>111</sup> ‘*But it does not follow from this that the scope of Article 4 of Protocol No. 4 (that is, of its requirements for an individualised procedure) should be expanded to cover any aliens intending to cross the border*’ (p. 113).

*comportamientos peligrosos*” hacia el país en el que pretenden entrar<sup>112</sup>. El juez no solo insinúa que los Estados deben protegerse de esos “potenciales terroristas”, cuyas intenciones hostiles en ocasiones son evidentes o se conocen de antemano debido a las informaciones de los servicios de inteligencia nacional, sino que además no entiende por qué la Convención exige a los Estados parte que ninguna persona sea rechazada de sus fronteras y deba tener acceso a un procedimiento individualizado: “*Esto no es, en mi opinión, necesario ni justificado*”<sup>113</sup>.

Dicho parecer, tendente a perpetuar el binomio migración-delincuencia, concluye lamentando que estas situaciones distorsionen la aplicación del principio de no devolución, pues perjudica a aquellos casos en los que, a diferencia de este, sí se ha producido una verdadera vulneración del mismo.

En el segundo de los votos, concurrente con el fallo de la Corte, el juez Pejchal apoya el procedimiento de expulsión llevado a cabo por las autoridades españolas y pone el foco en la “*ilegalidad indudable*”<sup>114</sup> que supone saltar una valla para entrar en un país, aunque sea para solicitar asilo. Además, de forma un tanto irónica (estrategia particularmente opuesta al lenguaje pro persona) considera que el único error que cometieron los guardias civiles es no informar a los demandantes, tras devolverlos a Marruecos, que si no estaban de acuerdo con la protección de los derechos humanos que otorgaba su país de origen, debían protestar en la Corte Africana de Derechos Humanos<sup>115</sup> y no en el propio TEDH.

La preocupación que nos suscita esta sentencia, más allá de lo expuesto con anterioridad, es la defensa que subyace en cuanto a una Europa libre de barreras, con el TEDH como máximo garante

---

<sup>112</sup> ‘*It amounts to a distortion of perspective to view the latter scenario as the only one deserving attention and consideration, and to overlook the legitimate need for States Parties to prevent and refuse, in particular, the entry into their jurisdiction of aliens aiming to cross their external borders with known hostile intentions or posing known threats to national security*’ (p.114).

<sup>113</sup> ‘*An interpretation according to which the Convention will require, in the interest of effective compliance with the obligation of non-refoulement, that nobody, regardless of the circumstances, can be turned away or removed from a State Party’s external borders without being granted access to an individualised procedure, is in my view neither necessary nor justified*’ (p.114).

<sup>114</sup> ‘*There is not the slightest doubt that the climbing of the fence, whether the applicants participated in it or not, was contrary not only to the legal order of Spain but also to customary international law*’. (p.107).

<sup>115</sup> ‘*The Spanish security forces committed one small mistake. When returning all the persons involved in the climbing of the fence back to Moroccan territory, they could have informed them that if they were not satisfied with the situation of human rights protection in their home countries, they could bring an action before the African Court on Human and Peoples’ Rights, which was competent in the matter*’. (p.107).

del compromiso en el cuidado y protección de sus ciudadanos, pero únicamente de aquellos que se estime merecedores de tal privilegio, es decir, de los que se encuentren dentro de *su* frontera. Con respecto al resto, los magistrados parecen justificar una suerte de blindaje y el establecimiento de férreos obstáculos que sirvan como disuasión del consabido ‘sueño de Europa’<sup>116</sup>. Es como si se promulgase una UE fuerte y unida entre sus miembros, a los que elige con arreglo a criterios elitistas y exclusivos; y a la vez alejada y aislada del exterior, sobre todo de los que llaman a su puerta sin cesar.

Esta tendencia ciertamente paneuropeísta<sup>117</sup> puede ocasionar graves problemas para la Unión porque su poder podría debilitarse en un futuro, dada la imprevisibilidad de los acontecimientos internacionales cuyas tornas cambian caprichosamente y sin avisar. Además, es posible que la desafección existente entre la estructura de la organización y los ciudadanos europeos se agudizase<sup>118</sup> (Pinteric, 2005, p. 402, incluso afirma que “la identidad europea como identidad nacional, entre los ciudadanos, no existe”<sup>119</sup>). Algo a lo que no ayuda la indiferencia prolongada de la UE hacia los valores que ha abanderado desde su creación (libertad, igualdad y específicamente

---

<sup>116</sup> En 2018, la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) y el Gobierno italiano pusieron en marcha el proyecto ‘Aware Migrants’, cuyo objetivo era concienciar a potenciales migrantes sobre los peligros que les esperaban en su tránsito hacia Europa, especialmente si se tomaban rutas irregulares. Además, la campaña buscaba desmitificar las bondades de un continente que podía permanecer impasible ante la muerte, durante la última década, de más de 29.000 personas (datos de la OIM) que habían intentado llegar hasta él. La campaña, que se actualiza a menudo con nuevos testimonios sobre la dureza de migrar y sobrevivir en Europa, se puede visualizar en <https://www.awaremigrants.org/category/stories>.

<sup>117</sup> El paneuropeísmo se define como un movimiento que propugna la cooperación y la unidad política, económica y cultural entre todos los países de la Unión Europea en una especie de federalismo, lo que nos permite hablar de una identificación personal de sus miembros o de una “identidad europea supranacional” (Pinteric, 2005, p. 401).

<sup>118</sup> Hace tiempo que la Unión Europea se encuentra inmersa en una crisis de legitimidad que tiene su origen en el rechazo al proyecto de Constitución europea (2004) y en la posterior crisis financiera global, y que se ha recrudecido hoy en día debido al Brexit y al refuerzo de opciones políticas, de corte nacionalista, que objetan el curso de la UE actual (Catalá y Nieto, 2018).

<sup>119</sup> El autor aboga más bien por el “entrecruzamiento” de diversas identidades regionales que componen una “casi identidad” superior de la UE: ‘European identity in the sense of national identity does not exist. However, in the European Union the framework is not only the sum of member states’ national identities. In the process of coexistence they are growing into quasi European identity. We can prove this with the case when everyone is talking about common European identity existence, but on the other hand this European identity breaks up into regional or even national identities when some important difficulty occurs’ (Pinteric, 2005, p. 402).

solidaridad<sup>120</sup>); y la ceguera intencionada, latente a lo largo del asunto *NDT c. España*, ante las personas más vulnerables. Sin duda, esta sentencia se erige como “uno de los mayores retrocesos en materia de derechos humanos” en la historia del Alto Tribunal (CEAR, 2020), que hace dudar también de la esencia del CEDH como un instrumento vivo y capaz de adaptarse a las condiciones del momento. Sin duda, si la Unión a lo que verdaderamente aspira es a lanzar un mensaje al mundo inhumano y egoísta; y a sus países miembros, “que utilicen de forma bastarda el Derecho contra los derechos” (De Lucas, 2020), esta es la dirección que debe continuar para lograrlo.

Afortunadamente, el Tribunal parece haber vuelto sobre sus pasos en sentencias posteriores: el 24 de marzo de 2020, apenas un mes después del caso *NDT c. España*, en el asunto *Asady y otros c. Eslovaquia*, el TEDH reintrodujo el requisito de “*la auténtica y efectiva oportunidad de presentar argumentos en contra de su expulsión*” por parte del Estado en el que se encontraban los demandantes, tras haber atravesado de manera irregular la frontera entre Ucrania y Eslovaquia, antes de ser devueltos al primero. Como bien comenta Sosa Navarro (2020), resulta incluso llamativa la alusión a la sentencia del caso *N.D. y N.T c. España* para ilustrar precisamente un ejemplo de una situación en la que a los sujetos migrantes, tras atravesar la frontera de manera no autorizada, se les niega el acceso a un procedimiento legal de entrada<sup>121</sup>.

Mientras se redactan estas líneas, el TEDH todavía ha de juzgar dos casos pendientes sobre expulsiones en la frontera de España: el asunto *Mamadou Alpha Balde y Raoul Abel c. España*<sup>122</sup>, y el caso *Albert Julio Doumbe Nnabuchi c. España*<sup>123</sup>. Más que dos nuevas situaciones para decidir sobre la amplitud de la protección que otorga el artículo 4 del Protocolo IV, al Tribunal se le brinda una “nueva oportunidad de aclarar cuál será su legado en este ámbito” (Sosa Navarro, 2020, p.

---

<sup>120</sup> La solidaridad entre sus miembros y con respecto al exterior impregna cada elemento de la Unión Europea, desde su simbólica bandera formada por 12 estrellas amarillas que representan los ideales de unidad, armonía y solidaridad, hasta el art. 80 del Tratado de Funcionamiento de la Unión (TFUE) que proclama el principio de solidaridad entre todos sus pueblos: “*Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros*”.

<sup>121</sup> ‘*The Court notes that, although the applicants had crossed the Slovak border in an unauthorised manner, they were intercepted in the territory of Slovakia and the State provided them access to means of legal entry through the appropriate border procedure*’.

<sup>122</sup> Demanda presentada el 9 de marzo de 2017, nº 20351/17, ECHR.

<sup>123</sup> Demanda presentada el 13 de abril de 2015, nº 19420/15, ECHR.

1059), recordando que, en última instancia, sus pronunciamientos tienen como objetivo garantizar derechos reales y efectivos, y “no meramente hipotéticos e ilusorios” (CEAR, 2020).

## **9.6. La STC 172/2020, de 19 de noviembre, y la legalización ‘definitiva’ de las devoluciones en caliente**

El asunto *NDT c. España* alentaba al Tribunal Constitucional a pronunciarse sobre la legalidad de las ‘devoluciones en caliente’, materia donde la Ley de Seguridad Ciudadana -que les otorgaba cobertura legal- había sido objeto de un recurso de inconstitucionalidad tras su aprobación en 2015.

Cabe recordar que la conocida popularmente como “ley mordaza”<sup>124</sup> fue aprobada por el Partido Popular cuando se encontraba al frente del Gobierno en la X legislatura de España. La presión social obligó a los dirigentes a incluir en la disposición final primera el párrafo segundo en el que se exige para poder llevar a cabo los rechazos en la frontera respetar la normativa de Derechos Humanos y de protección internacional<sup>125</sup>. Esto resulta ciertamente contradictorio, pues la mayoría de esa normativa prohíbe expresamente la devolución de personas en las fronteras de los Estados, dadas las graves consecuencias que esta práctica constituye para las personas afectadas.

El resto de partidos que formaban parte de la oposición en aquel momento mostraron un rechazo unánime a su aprobación, lo que se tradujo en la presentación de un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Como veremos, el TC avalará la constitucionalidad de las devoluciones en la polémica sentencia STC 172/2020, de 19 de noviembre. Sin embargo, el PSOE,

---

<sup>124</sup> Lo que comúnmente se conoce como “Ley Mordaza” está compuesto, en realidad, por un trío de normas jurídicas: la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, la reforma del Código Penal y la Ley Antiterrorista. Estas tres normas entraron en vigor el 1 de julio de 2015, no exentas de polémica, y enseguida adquirieron dicho apelativo en los medios y en las organizaciones que se posicionaron en contra de dicho entramado jurídico. La primera de ellas alcanzó una repercusión mayor debido a los efectos restrictivos que implicaba directamente para la ciudadanía. Por citar algún ejemplo, la ley aumentaba las multas (en el caso de las muy graves podían llegar hasta los 600.000 euros de sanción y las graves hasta los 30.000) por manifestarse sin permiso (art. 35, párrafo 1º, infracción muy grave); por la negativa a disolver una concentración o provocar altercados (art. 36, párrafo 7º), y ante la negativa a identificarse cuando así lo exigiesen las autoridades (art. 36, párrafo 6º), ambas recogidas en el apartado de infracciones graves.

También resultó controvertido el castigo que establecía la ley por el uso no autorizado de imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad “*que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes, de las instalaciones protegidas o en riesgo el éxito de una operación, con respeto al derecho fundamental a la información*” (art. 36, párrafo 23, infracción grave).

En relación al despectivo apodo que recibió la ley, se recomienda al lector teclear en cualquier buscador de Internet las palabras “Ley mordaza”; y comprobará cómo los medios acostumbran a utilizar estos términos para referirse a dicha ley.

<sup>125</sup> “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”.

que dirigía el Gobierno desde hacía tiempo, podía haber derogado con los apoyos necesarios la disposición de la ley que él mismo había recurrido años atrás. Pero prefirió no hacerlo y demostrar, una vez más, que la migración sigue siendo “un arma de guerra política”<sup>126</sup>, donde los sujetos que participan en el proceso de migrar se convierten en “carne de cañón” para unos Estados a los que les importan bien poco (Garcés Mascareñas, 2021, p. 2)<sup>127</sup>.

Antes de entrar a analizar el fallo del TC, plenamente coincidente con la doctrina fijada por el TEDH en su sentencia *ND y NT c. España*, debemos recordar que en ningún caso la resolución del TEDH obligaba al Tribunal Constitucional (ni a nuestro Gobierno) a adoptar necesariamente lo mismo, en palabras de De Lucas (2020), a aceptar “una rebaja del rasero garantista adoptada por el TEDH”.

Esto es así porque el TC debe tener en cuenta también los preceptos constitucionales referidos a esta materia, entre otros el asilo (art.13) y la tutela judicial efectiva (art. 24) cuya protección otorga a los

---

<sup>126</sup> Las migraciones siempre han sido susceptibles de ser utilizadas como arma de guerra política y militar. Greenhill (2015) en su obra *Weapons of mass migration* distingue tres formas de esta ingeniería estratégica de las migraciones: con intenciones coercitivas, cuando estas se utilizan como instrumento de política exterior para inducir cambios y obtener concesiones por parte de otros países; con el objetivo de desposeer, expulsando a grupos específicos para apropiarse de determinados territorios o consolidar una forma de poder. En último lugar, por razones económicas, buscando obtener una ganancia financiera. En el territorio europeo, parece operar más la primera de ellas (con el ejemplo claro de la presión turca sobre la Unión o incluso los recientes sucesos originados en la frontera entre Bielorrusia y Polonia). No obstante, la segunda de ellas se está manifestando claramente en la invasión de Rusia a Ucrania que comenzó en febrero de 2022 y perdura hasta la actualidad.

<sup>127</sup> Resulta igualmente pertinente la reflexión que la misma autora realiza sobre la gestión del modelo migratorio en Europa: “En las fronteras exteriores de la Unión, el uso de las migraciones como arma política es la consecuencia directa de nuestras propias políticas de externalización. Al forzar a los estados vecinos a controlar las fronteras por nosotros, automáticamente nos hemos puesto en sus manos. Les ofrecimos incentivos a cambio, desde los fondos de ayuda al desarrollo hasta posibles acuerdos en materia comercial o de visados. Ahora son ellos los que quieren poner sus condiciones. No teniendo muchas alternativas, la dependencia nos ha acabado haciendo prisioneros” (Garcés Mascareñas, 2021, p. 1).

Lo cierto es que cuesta comprender cómo una organización internacional, como es la UE, formada por 27 países que, en teoría, cooperan para fomentar la integración y gobernanza común en todas las materias, en la que quizá sea una de las más relevantes (la migración) han decidido delegarla a países externos - fundamentalmente Turquía- donde el estándar mínimo de protección de los derechos fundamentales es bastante dudoso (Allué Buiza, 2016 -p. 471- habla incluso de que durante décadas Turquía ha sido calificada como “una dictadura en desarrollo”).

no nacionales<sup>128</sup>. De esta forma, no todo lo que el TEDH considera compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) es necesariamente compatible con nuestra Constitución. Y en virtud del art. 53 del propio Convenio, nuestro TC puede no vincularse al estándar establecido por el TEDH (garantía “de mínimos”) si el que establece nuestra Constitución es mayor: *“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio será interpretada en el sentido de limitar o perjudicar aquellos derechos humanos y libertades fundamentales que podrían ser reconocidos conforme a las leyes de cualquier Alta Parte Contratante o en cualquier otro Convenio en el que esta sea parte”*.

A la hora de juzgar el caso, el Tribunal también debía tener en cuenta que a nivel supranacional se insistía, desde hacía tiempo, en que la práctica de las devoluciones en caliente debía cesar. Así lo había recomendado el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa<sup>129</sup>; e igualmente el Comité de Derechos Humanos de la ONU no solo manifestó su preocupación por esta práctica, sino que recomendó a España *revisar* la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana y *“garantizar que todas las personas que solicitan protección internacional tengan acceso a procedimientos de*

---

<sup>128</sup> Tampoco se deben olvidar las garantías que fija el art. 10.2 CE: *“2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”* (donde adquiere especial relevancia el principio de no devolución que prohíbe las expulsiones en la frontera); y el 9.2 CE que se dirige directamente a los poderes públicos para exigirles que respeten y garanticen los derechos de las personas: *“2. Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”*.

<sup>129</sup> En el punto 127 el Comisario recuerda que *“garantizar el bienestar físico de las personas extranjeras bajo la jurisdicción de un Estado es un imperativo para los Gobiernos de todos los Estados interesados. El deber de salvaguardar tales derechos fundamentales también es aplicable en los casos de deportación o retorno forzoso de inmigrantes ilegales”* [traducción personal llevada a cabo por la autora]. Más adelante expone claramente su preocupación por las ‘devoluciones en caliente’ que se producen en España: *“Durante mi visita y la realizada por miembros de mi Despacho a esta Ciudad Autónoma, me llamaron la atención varios casos de deportación sin las garantías previstas en la legislación de extranjería”* (punto 130); para finalmente afirmar (punto 131) que situaciones como estas *“no deben permitirse que sucedan en el futuro”*. Informe de Álvaro Gil-Robles, Comisario de Derechos Humanos, en su visita a España del 10 al 19 de marzo de 2005. Texto recuperado el 14 de abril de 2023 de <https://rm.coe.int/16806db842>.



*evaluación justos e individualizados, a la protección frente a la devolución sin discriminación y a un mecanismo independiente con autoridad para suspender las decisiones negativas*<sup>130</sup>.

A pesar de estos condicionantes, el TC se pronunció el 19 de noviembre de 2020 en los términos expuestos por el TEDH, y en su STC 172/2020 declaró la constitucionalidad del precepto que legalizaba las ‘devoluciones en caliente’.

En lo que a esta disposición se refiere, el recurso de inconstitucionalidad alegaba tres vulneraciones constitucionales. En primer lugar, la falta de conexión de la Ley de Seguridad Ciudadana con la Ley de Extranjería, lo que, según los recurrentes, vulneraba el procedimiento legislativo (art. 23 CE) al haberse introducido como enmienda en la Ley de Seguridad Ciudadana una modificación que realmente no estaba relacionada con el objeto de la Ley de Seguridad Ciudadana, “lo que constituía realmente una nueva propuesta legislativa y no una enmienda” (Rodríguez Duque, 2021, p. 19).

En segundo lugar, se alegó también que la cobertura legal de las ‘devoluciones en caliente’, constituía la introducción en nuestro Ordenamiento de una práctica administrativa libre del control de los tribunales al no estar sujeta al marco de un procedimiento administrativo. Esto vulneraba los

---

<sup>130</sup> El Comité examinó el sexto informe periódico de España (E/C.12/ESP/6) en sus sesiones 16º y 17º (véanse E/C.12/SR.16 y 17), celebradas los días 21 y 22 de marzo 2018. En su 28º sesión, celebrada el 29 de marzo de 2018, aprobó las “Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España”. En su punto 39. disponía lo siguiente: “*Preocupa al Comité las dificultades que enfrentan los migrantes, solicitantes de asilo y refugiados en cuanto al disfrute de sus derechos económicos, sociales y culturales, en particular el derecho a un nivel de vida adecuado. Preocupa particularmente al Comité las condiciones inadecuadas en que se encuentran los migrantes y solicitantes de asilo en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla. (arts. 2 y 11)*”. En base a esto, en el siguiente punto (40) afirmaba: “*El Comité recomienda al Estado parte que adopte medidas concretas para favorecer la integración social de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiados, a fin de asegurar el goce efectivo de sus derechos económicos, sociales y culturales, en particular el acceso al empleo, la educación, la vivienda y la salud. El Comité, además, insta al Estado parte a que incremente sus esfuerzos para asegurar que los migrantes y solicitantes de asilo que se encuentran en los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes en las Ciudades autónomas de Ceuta y Melilla cuenten con condiciones de vida adecuadas*”.

artículos 9.3, 24.1 y 106.1 de la CE<sup>131</sup>. En tercer y último lugar, se alegó que dicha figura no respetaba la jurisprudencia anterior a la STEDH *ND y NT c. España* del TEDH, especialmente en lo referido al art. 4 del Protocolo IV.

Con respecto al primer argumento, los magistrados concluyen que existe “una conexión mínima de homogeneidad entre la materia de extranjería y la seguridad ciudadana”<sup>132</sup>, así como un margen amplio de libertad por parte de la Cámaras para legislar en este ámbito; y que el procedimiento no ha supuesto, como se exige para hablar de una lesión del art. 23.2 CE “una afectación del contenido esencial de la función representativa”. Por todo ello, rechaza esta alegación de inconstitucionalidad.

---

<sup>131</sup> Art. 9.3 CE: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Especialmente se hacía hincapié en la vulneración de los principios de legalidad y de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Art. 24.1 CE: “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Lo referente a la tutela judicial efectiva que, sin duda, se vulnera al rechazar de forma expés a una persona en la frontera, ha sido comentado de forma exhaustiva en páginas anteriores”.

Art. 106.1 CE: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican”. En este sentido, la práctica de las expulsiones en la demarcación territorial de Ceuta y Melilla impiden un correcto control de las mismas por parte de los tribunales encargados de su vigilancia.

En última instancia, se objetaba también que la devolución podía implicar lesiones en el derecho a la vida o a la integridad física y moral (art. 15 CE) de los extranjeros.

<sup>132</sup> Resulta llamativo el lenguaje utilizado por el Tribunal en este sentido: “En el presente caso, no se puede considerar que el objeto de la enmienda, introducida en la tramitación parlamentaria no cumpla con el principio de conexión mínima de homogeneidad. El precepto impugnado aborda la regulación de un régimen especial en materia de extranjería para hacer frente a la situación de riesgo que se produce en los perímetros fronterizos de Ceuta y Melilla –frontera exterior de la Unión Europea– por la presión migratoria. Es por ello que esta cuestión no se puede calificar de totalmente extraña a la seguridad ciudadana, integrante de la más amplia materia de la seguridad pública; sin que se pretenda, en ningún caso, asociar necesariamente el fenómeno de la inmigración de personas extranjeras con un incremento de la inseguridad ciudadana”.

Observamos cómo el TC habla primero de una clara situación “de riesgo” que no sostiene con datos u otras fuentes, después alude a la “presión migratoria” que se vive en la frontera para, finalmente, acabar reconociendo que sí existe una relación entre la seguridad y la migración que permiten legislar en esta línea. Es evidente que esto induce a pensar en el tradicional binomio migración-delincuencia, pero el TC matiza sus palabras posteriormente afirmando que no pretende asociar ambos conceptos. A nuestro juicio, ya ha establecido esa relación y sin justificarla adecuadamente o entrar a valorar otros aspectos relacionados, como que la presión se puede deber también a la falta de resolución de las solicitudes de asilo en embajadas o consulados; o a las tensiones entre España y Marruecos (de donde provenían los demandantes) que en ocasiones traen consigo la utilización de la población migrante como arma de negociación política.

Posteriormente, el TC centra la mayor parte de su argumentación jurídica en enjuiciar los motivos de inconstitucionalidad de carácter sustantivo del régimen especial de rechazo en las fronteras de Ceuta y Melilla. Antes que nada, considera que resulta necesario tener en cuenta como parámetro interpretativo la singular situación de Ceuta y Melilla debido a 1) la problemática de desbordamiento que ha tenido en los últimos años esta frontera, 2) las fronteras mencionadas no son solo españolas, sino que se erigen como la frontera sur de la Unión Europea (Acuerdo de Schengen de 14 de julio de 1991, Tratado de Ámsterdam de 1999). Entonces, para el TC, el problema que se plantea no solo es de carácter nacional y exige, “*medidas y soluciones supraestatales*”<sup>133</sup>.

Tras dejar claro que compete a Europa afrontar este “*problema humanitario*”, por un lado entiende (siguiendo buena parte de la argumentación llevada a cabo por el TEDH en su STEDH de 13 de febrero de 2020,) que el hecho de que los extranjeros accediesen ilegalmente al territorio legitima al Estado para introducir un régimen que permita restablecer la legalidad *ipso facto*.

Por otro, justifica que los países europeos cuentan con procedimientos legales de entrada en los que se puede presentar de forma efectiva una solicitud de protección, “*en condiciones tales que garanticen la tramitación de la solicitud de manera coherente con las normas internacionales y el propio CEDH*”. De esta forma, cuando los extranjeros no sigan las vías habilitadas a tal efecto, las autoridades encargadas de la protección y vigilancia de la frontera podrán denegarles la entrada, incluido a 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<sup>134</sup>.

Para cerrar este apartado, el TC analiza si el concepto de rechazo en frontera colisiona con los artículos 9.3 y 106.1 CE, en relación con el artículo 24.1 CE, tal y como habían alegado los recurrentes. La conclusión, a la que llega realizando un control de constitucionalidad abstracto, es que ese régimen especial del rechazo en frontera no es inconstitucional pues, siguiendo la

---

<sup>133</sup> Coincidimos plenamente con esta consideración del Tribunal: “*Todo ello hace que, en muchas ocasiones, el Estado español se vea desbordado en sus esfuerzos por contener los intentos de grupos de personas de cruzar ilegalmente la valla o arribar en embarcaciones a las costas de soberanía española; lo que prueba que estamos ante un problema humanitario de tal dimensión que su trascendencia es, cuando menos, europea, y exigiría la adopción de medidas de carácter supraestatal*”.

<sup>134</sup> Además, señala que la disposición adicional décima de la LOEx “*en nada excepciona el régimen jurídico de 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*” (en los puestos fronterizos de Ceuta y Melilla).

jurisprudencia del TEDH, disfruta de la garantía jurisdiccional interna<sup>135</sup>, así como de la protección internacional (donde afirma el Tribunal que los colectivos vulnerables cuentan con una salvaguarda superior dadas sus circunstancias, por lo que la aplicación del citado régimen normativo no conllevaría su indefensión<sup>136</sup>). De esta forma sucinta, se da por cerrado el debate acerca de si esta regulación cumple con las exigencias derivadas del principio de no devolución.

Acertadamente, Rodríguez Duque (2021, p. 26) considera que con escasas consideraciones al respecto el TC evita entrar en el verdadero contenido y significado de los derechos cuya vulneración se alega, prefiriendo realzar la existencia de otros procedimientos de entrada en el territorio español que sí que tienen garantías: “Se trata de un argumento falaz, pues ¿cómo van a ser esos procedimientos de entrada legal a España ‘efectivos para presentar una solicitud de asilo’ si la aplicación del procedimiento de devolución, que cuenta con la garantía de suspensión en caso de solicitud de asilo, puede ser eludida con total arbitrariedad por la Administración a través de la simple aplicación del rechazo en frontera?”.

La decisión concluye con un fallo interpretativo que declara la constitucionalidad de la Disposición adicional décima, siempre y cuando se dé cumplimiento a las obligaciones internacionales.

No obstante, la magistrada María Luisa Balaguer emite un voto particular donde muestra su discrepancia con dicho fallo. La tesis que sostiene parte de que la devolución en frontera criminaliza al denominado inmigrante irregular que, a su vez, ve mermada la defensa de los derechos fundamentales de los que es titular como ser humano.

Los aspectos más relevantes del voto son aquellos que, en primer lugar, se refieren a la falta de desarrollo reglamentario de un procedimiento a seguir por parte de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado que realizan las devoluciones de extranjeros con absoluta libertad, lo que

---

<sup>135</sup> Se refieren a las garantías previstas en nuestro Ordenamiento Jurídico, tanto por ser una actuación llevada a cabo por autoridades y funcionarios públicos, como por desarrollarse en territorio español, pues las vallas de Ceuta y Melilla están ubicadas dentro de dicho territorio; y no existe cobertura constitucional para operar con un concepto de frontera que la administración española establezca de forma discrecional.

<sup>136</sup> Alude la sentencia a personas que aparenten manifiestamente ser menores de edad o afectadas por serios motivos de incapacidad, así como aquellas mujeres que estén embarazadas. En referencia a este argumento, la magistrada pronuncia unas palabras que merece la pena reproducir literalmente: “*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 Derechos del Niño de 12 de febrero de 2019 (CRC/C/80/D/4/2016)-, y mucho menos evidente es que vayan a intentar un salto mujeres en evidente estado de gestación, personas con discapacidad aparente y ‘seria’*”. Se entiende entonces que la magistrada culmine su parecer con la siguiente afirmación: “*Las salvaguardas previstas en la sentencia se apartan tanto de la realidad de las cosas que la salvaguarda deja de serlo*”.

impide comprobar que dicha actuación haya sido respetuosa con los derechos fundamentales (entre los que destaca la necesaria individualización de la actuación para identificar situaciones de especial vulnerabilidad).

La opinión mayoritaria entiende el artificio lingüístico ‘rechazo en frontera’ como 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.

Sin embargo, para la magistrada dicho acto alcanzaría la interceptación de la persona que está intentando superar el vallado, pero en ningún caso, el acto posterior de su entrega física a las autoridades marroquíes: *“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 que pretende dar cobertura tengan que ser calificadas como una devolución en sentido jurídico”*.

Es precisamente esta última parte la que sirve a la magistrada Balaguer Callejón para rechazar la idea mayoritaria de que la expulsión de los demandantes fue una actuación material y no una devolución en sentido estricto. Teniendo en cuenta las trascendentales implicaciones que la entrega física de una persona de una jurisdicción a otra supone en cuanto a la titularidad de derechos, desde la perspectiva constitucional no cabe admitir que se considere una mera actuación material que no precise de algún tipo de procedimiento que permita dar cumplimiento a unas mínimas garantías.

Todo lo anterior conduce a la magistrada a expresar una conclusión severa que deja en muy mal lugar al legislador de la época: *“El objetivo de la disposición final primera no fue establecer un procedimiento diferente de los ya previstos, (...) sino prescindir de todo tipo de procedimiento, dando cobertura legal a una actuación (...) consistente en que las personas interceptadas en el vallado son entregadas sin ningún tipo de procedimiento a agentes de la autoridad de Marruecos”*.

En segundo lugar, María Luisa Balaguer recuerda que el *caso N.D. y N.T. c. España*, que sirve como pilar del razonamiento que lleva a cabo la opinión mayoritaria, establece como condición para considerar que las devoluciones de extranjeros se ajustan a las exigencias del artículo 4 del Protocolo 4 CEDH -prohibición de las devoluciones colectivas- que el intento de acceso al territorio

español sea a través de un gran número de personas y mediante el 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 propósito de entrar en España por cualquier persona “*individualmente considerada*”. Nos hallamos entonces ante una ampliación de la aplicabilidad del precepto a supuestos no autorizados por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; lo que supone, como señala la magistrada Balaguer Callejón, una contradicción manifiesta entre lo que dispone el apartado 3º, punto 1º del fallo -“aplicación a las entradas individualizadas”-, y lo establecido en el punto 3º correspondiente a -“cumplimiento de las obligaciones internacionales”.

Lo relevante de esta incoherencia no es tanto la falta de conocimiento -intencionado o no- mostrado por el Tribunal con respecto a las garantías del derecho internacional, sino el peligro que conlleva para los derechos consentir el rechazo individualizado de personas en la frontera. Como hemos mencionado anteriormente, se vería amenazado especialmente -e incluso totalmente anulado- el derecho a la defensa y a un procedimiento legal individualizado previo a todo acto administrativo de expulsión (que, además de asistencia letrada y control judicial efectivo, incluye el derecho a disponer de traducción en las comunicaciones que afecten a la persona a la que se trata de expulsar<sup>137</sup>).

En base a todo lo expuesto, la magistrada considera que la disposición final primera LOPSC resulta inconstitucional por su oposición a los arts. 13.4 y 15 CE en relación con el derecho a la protección internacional y el principio de no devolución.

Llegados a este punto, coincidimos con Rodríguez Duque (2021, p. 27) en que si algo caracteriza a las dos sentencias comentadas es que ambas se basan en “razonamientos pobres, excesivamente simplistas, y en muchas ocasiones elusivos respecto a los problemas jurídicos que los recurrentes tanto del TEDH como del TC intentaban poner en el foco del debate”. A fin de cuentas, ambos tribunales emplean un lenguaje retorcido y -en ocasiones- hasta despectivo para presentar la migración desde el enfoque control-seguridad, en lugar de apelar a la protección de personas vulnerables, garantizando el principio pro persona para todos -sin importar su condición-. Esto se aprecia con mayor claridad en la reflexión con la que María Luisa Balaguer cierra su voto particular. La magistrada disiente del fallo general al entender que este es contradictorio “*con la*

---

<sup>137</sup> En este sentido, la STC 17/2013, de 31 de enero, recuerda en su FJ 12 que el art. 22 LOEx reconoce a los extranjeros el derecho de asistencia jurídica gratuita y la asistencia de intérprete en todos los procedimientos administrativos que puedan llevar a su devolución, en particular la presentación de recursos contra los actos de expulsión que recoge el art. 21 LOEx.

*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 decir, garantizar los derechos de aquellos que, por cuestión de suerte, han nacido en países donde la protección de los mismos es una quimera; y por ello aspiran a vivir en lugares donde su salvaguardia es una verdadera realidad. Es cierto que estamos lejos de construir una sociedad abierta sin fronteras donde cualquier persona, con independencia de su origen o status, pueda ser acogida y tenga acceso a las mismas herramientas de las que disfrutaban los autóctonos para construir su propia vida según sus deseos e intereses, lo que significa el libre desarrollo de la personalidad que nuestro artículo 10 CE reconoce como fundamento del orden político y de la paz social para españoles y extranjeros por igual.

Sin embargo, aunque lo veamos como una utopía, ello no debe ser óbice para exigir, tal y como expresa la magistrada, que nuestro Ordenamiento Jurídico se haga eco de las situaciones que viven los menos favorecidos, comprenda las vías que, a menudo, utilizan llevados por el sufrimiento y la desesperación. Y, especialmente, vele por que sus derechos fundamentales sean respetados en el marco de la obligación que proclama el art. 1 DUDH: *“Dotados como están de razón y conciencia todos los seres humanos, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”*.

## **10. Últimos cambios legislativos en materia migratoria tras la irrupción del COVID-19 en los ámbitos europeo y español**

El brote de COVID-19, que comenzó en la ciudad china de Wuhan, fue declarado emergencia de salud pública internacional por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 30 de enero de 2020. Desde entonces, los países del mundo han tenido que enfrentar las consecuencias que ha provocado en diferentes ámbitos como la salud, la economía y lo social.

España se erigió en 2020 como uno de los más golpeados en número de contagios y muertes (Powell et al., 2020<sup>138</sup>). Como no podía ser de otra manera, el ámbito migratorio también se vio

---

<sup>138</sup> Un estudio pormenorizado de los efectos del COVID-19 escapa al objeto de esta tesis doctoral. No obstante, el lector interesado puede profundizar en el tema mediante la lectura de Powell, C., Molina, I. y Martínez, J. P. (2020). España y la crisis del coronavirus: una reflexión estratégica en contexto europeo e internacional. *Real Instituto Elcano*. Recuperado 20 de junio de 2022, de <https://www.realinstitutoelcano.org/monografias/espana-y-la-crisis-del-coronavirus-una-reflexion-estrategica-en-contexto-europeo-e-internacional/>.

alterado por numerosos cambios legislativos operados durante ese tiempo; algunos han buscado favorecer la integración de las personas extranjeras en nuestro país, otros han surgido como respuesta a una coyuntura económica específica que, para asegurar su supervivencia, necesitaba la mano de obra de población extranjera.

A continuación comentamos aquellos más destacados con la amarga sensación de que, desde la llegada del COVID-19 a nuestras vidas, los acontecimientos en el orden internacional suceden a tal velocidad que dificultan un análisis sosegado que facilite su comprensión.

**10.1. Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario.** El principal objetivo de esta medida era asegurar el mantenimiento de la actividad agraria durante la vigencia del primer estado de alarma tras observar nuestros dirigentes *“una disminución acusada de la mano de obra que habitualmente se ocupa de las labores agrarias como temporera en el campo español”*<sup>139</sup>.

Para ello, se hacía necesario flexibilizar los requisitos para la contratación temporal de trabajadores migrantes que, de acuerdo con la Exposición de Motivos del Real Decreto, integraban buena parte de la mano de obra encargada de dicha actividad agraria. Esto se tradujo, por un lado, en la renovación automática de los permisos de trabajo de extranjeros que concluyesen en el periodo comprendido entre la declaración del estado de alarma y el 30 de junio de 2020. De esta forma se aseguraba *“mano de obra con suficiente experiencia para maximizar las posibilidades de empleo para ellos, y de recolección y tratamiento para sus empleadores”*.

---

<sup>139</sup> I. Antecedentes y motivación del texto consolidado del RD 13/2020.



Por otro lado, se permitía la incorporación al campo de jóvenes extranjeros que se hallasen entre los 18 y los 21 años<sup>140</sup>; y se especificaba que en aquellas localidades en las que el número de demandantes de empleo superase la oferta disponible de trabajadores, este colectivo (y el de los migrantes cuyos permisos de trabajo y residencia hubiesen expirado) serían contratados de forma prioritaria (art. 5). No obstante, en ambos casos resultaba imprescindible que los candidatos residiesen cerca del lugar de trabajo para evitar grandes desplazamientos.

Es evidente que la entrada en vigor de estas medidas de flexibilización laboral beneficiaron tanto a los consumidores que no sufrieron un desabastecimiento de los productos provenientes del sector primario, como a la población extranjera que se hallaba en los supuestos anteriormente mencionados. De esta forma, pudieron seguir residiendo y trabajando en España sin quedarse en una especie de ‘limbo’ tras la suspensión de la mayor parte de la actividad administrativa y las restricciones internacionales establecidas sobre movilidad.

---

<sup>140</sup> Así lo recogía el RD 13/2020 en su artículo segundo: “Beneficiarios de las medidas extraordinarias de flexibilización laboral”.

*“1. Podrán ser beneficiarios de las medidas de flexibilización de carácter temporal las personas que a la entrada en vigor del real decreto-ley se encuentren en cualquiera de las siguientes situaciones:*

*c) Trabajadores migrantes cuyo permiso de trabajo concluya en el periodo comprendido entre la entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y el 30 de junio de 2020, cuya prórroga se determinará a través de instrucciones de la Secretaría de Estado de Migraciones.*

*d) Asimismo podrán acogerse los jóvenes nacionales de terceros países, que se encuentren en situación regular de entre los 18 y los 21 años”.*

Además, el precepto disponía en su apartado final: “*Tras la finalización de la vigencia del presente Real Decreto-ley se concederá una autorización de residencia y trabajo a aquellos jóvenes extranjeros que, con base en lo previsto en la letra d) del apartado 1, hayan sido contratados en el sector agrario durante la vigencia de este, en la forma que se determina en la disposición adicional 2 del Real Decreto-ley 19/2020, de 26 de mayo*”. Este expone lo siguiente:

*“1. Tras la finalización de la vigencia del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, se concederá una autorización de residencia y trabajo a aquellos jóvenes extranjeros que, con base en lo previsto en el artículo 2.1.d) del citado real decreto-ley, hayan sido contratados en el sector agrario durante la vigencia de este.*

*2. La autorización se solicitará por el extranjero, personalmente, mediante representación o a través de los medios telemáticos habilitados para ello, debiendo acreditar los siguientes requisitos:*

*a) Que ha sido contratado para una actividad continuada en el sector agrario con base en el artículo 2.1.d) del Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, y no haya desistido de la misma.*

*b) Que carece de antecedentes penales”.*

Con todo, estas también fueron tachadas de cierto carácter “utilitarista” por parte de varias asociaciones<sup>141</sup> cuya crítica se centraba, a grandes rasgos, en los siguientes aspectos: en primer lugar, lamentaban que la versión definitiva del decreto excluyese a dos colectivos de migrantes que sí estaban contemplados en los borradores, como eran los solicitantes de asilo que llevaban en España menos de seis meses y por lo tanto no contaban todavía con permiso para trabajar; y aquellos migrantes cuyas autorizaciones de residencia estaban pendientes de tramitación. Precisamente estos grupos se erigían como dos de los más vulnerables (Garcés Mascareñas y López-Sala, 2021) a los que se hacía necesario apoyar para evitar que se quedasen al margen en un momento tan crítico para la salud mundial. Pero en la respuesta del Gobierno solo parecía contemplarse la urgencia por resolver a corto plazo un problema económico, no la salvaguarda de los más desfavorecidos.

En segundo lugar, las ONGs reclamaban que las medidas de flexibilización laboral se deberían aplicar a otros sectores considerados esenciales donde los migrantes configuran gran parte de la

---

<sup>141</sup> Las asociaciones Fundación Raíces, Save the Children, Unicef, la Comisión Española de Ayuda al refugiado (CEAR) y la Plataforma de Infancia enviaron una carta al Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones de España para transmitir las dudas, en cuanto a su aplicación práctica, que suscitaba la aprobación del RD 13/2020; y para exponer también una serie de propuestas que, a su juicio, protegerían de forma más efectiva a la población migrante. Martín, M. ONG alertan de las condiciones con las que se pretende incorporar jóvenes migrantes al campo (08/04/2020). *El País*. Texto recuperado el 14 de abril de 2023 de <https://elpais.com/espana/2020-04-08/ong-alertan-de-las-condiciones-con-las-que-se-pretende-incorporar-jovenes-migrantes-al-campo.html>.

mano de obra, como la hostelería o los servicios domésticos<sup>142</sup>, en este último con una presencia casi total de mujeres migrantes<sup>143</sup>.

En tercer lugar, y quizá el más relevante, se recordaba que la medida respondía a unas circunstancias coyunturales de un sector específico como era el agrario; pero en ningún caso llegaba a abordar la problemática que afectaba a más de 800.000 migrantes que se encontraban en situación irregular en España. De hecho, tras las regularizaciones parciales que llevaron a cabo Portugal e Italia durante la primera ola del COVID-19 fueron muchos los colectivos, como la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR)<sup>144</sup> y movimientos ciudadanos<sup>145</sup>, que solicitaron al Gobierno la regularización de aquellos migrantes que se hallaban en dicha situación durante la pandemia.

---

<sup>142</sup> Por citar un ejemplo, las estadísticas oficiales de afiliados a la Seguridad Social mostraron en 2017 que la hostelería, la agricultura y el servicio doméstico eran las actividades que más mano de obra extranjera concentraban solo en Aragón. R.P. La hostelería, el campo y el servicio doméstico, donde más trabajan los inmigrantes (23/05/2017). *Diario ABC*. Texto recuperado el 2 de diciembre de 2022 de [https://www.abc.es/espana/aragon/abci-hosteleria-campo-y-servicio-domestico-donde-mas-trabajan-inmigrantes-201705231039\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/aragon/abci-hosteleria-campo-y-servicio-domestico-donde-mas-trabajan-inmigrantes-201705231039_noticia.html).

Por otro lado, en septiembre de 2020 Cáritas España publicó un informe titulado “El arraigo sobre el alambre” en el que explicaba que el 75% de los migrantes que residían en nuestro país trabajaban en empleos elementales, como los citados en el párrafo anterior, y mal pagados. No obstante, y a pesar de que la entidad denunciaba que la estabilidad laboral y salarial de esta comunidad se había convertido en una de las asignaturas pendientes para nuestros dirigentes, el texto también se hacía eco de un elemento positivo: el sentimiento de arraigo de la población extranjera era muy elevado, pues un 94% de los foráneos que vivían en España se sentían acogidos. Informe “Un arraigo sobre el alambre”, elaborado por Cáritas España y el Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones de la Universidad Pontificia de Comillas (IUEM), 2020. Texto recuperado el 3 de diciembre de 2022 de <https://www.caritas.es/producto/unalambresobreelarraigo/>.

<sup>143</sup> Se recomienda la lectura del informe “Mujer inmigrante y empleo de hogar: situación actual, retos y propuestas”, desarrollado por la Federación de Mujeres Progresistas (2020). En él se profundiza en esta realidad que revela los mecanismos de discriminación y precariedad en el que se encuentra inmerso este colectivo. Texto recuperado el 4 de diciembre de 2022 de <https://fmujeresprogresistas.org/wp-content/uploads/2020/12/Estudio-Mujer-inmigrante-y-empleo-de-hogar-FMP-2020.pdf>.

<sup>144</sup> CEAR (2020). Más de 300 organizaciones y 50.000 personas piden al Gobierno la regularización urgente de migrantes”. Recuperado 5 de diciembre de 2022 de <https://www.cear.es/firma-regularizacion-migrantes/>.

<sup>145</sup> Como explica López Sala (2021, p. 91), en abril de 2020 surge una actuación de resistencia de los migrantes *sin papeles* en defensa de sus derechos ciudadanos y laborales que se articula a través del movimiento #RegularizaciónYA. Este acto comenzó en las redes sociales, en pleno estado de alarma y de confinamiento estricto, como vehículo para demandar, a través de una carta redactada por cien organizaciones de migrantes y dirigida al gobierno español y al defensor del pueblo, una regularización de todos los migrantes y refugiados en España. Se trató “de una acción que subraya el ejercicio de la ciudadanía como práctica y que se pone en acción a través de la reclamación de derechos”.

Los casos de nuestros países vecinos son particulares: Portugal regularizaba de forma temporal la situación de aquellos extranjeros que hubieran solicitado el permiso de residencia con carácter previo a la pandemia<sup>146</sup>. Así se les garantizaba el acceso a los servicios de salud y seguridad social. Por su parte, la regularización italiana se centraba en las necesidades del mercado de trabajo, especialmente del primario; el conocido como “Decreto Rilancio”<sup>147</sup> pretendía regularizar la situación de personas que trabajasen en sectores esenciales de la economía italiana.

A simple vista queda claro que ambas regularizaciones son limitadas y están supeditadas a condicionantes tales como la temporalidad o las fluctuaciones del mercado. Unas circunstancias que en palabras del ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, José Luis Escrivá, “no concurrían en España para promover tal regularización”<sup>148</sup>. Además, el mismo apuntaba la incompatibilidad entre la regularización masiva de (in)migrantes y la normativa de la Unión Europea (sobre todo en lo referente al Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, abordado en páginas posteriores); y recordaba que durante la pandemia con la aprobación del RD 13/2020 ya se estaban tomando medidas para paliar la situación de estas personas. Unas declaraciones, sin duda, alejadas de la coyuntura a la que responde el RD 13/2020 que, como hemos visto, deja fuera de su ámbito de reconocimiento a este colectivo.

Creemos conveniente señalar que el último precedente existente en nuestro país en esta materia se concretó en 2005, cuando el Ejecutivo liderado por el PSOE regularizó alrededor de 500.000 personas en base a unos requisitos específicos; ya entonces varios países de la Unión Europea criticaron la medida temerosos de que los migrantes utilizaran España como puerta de entrada a la Unión Europea y decidieran establecerse en otros más prósperos como Alemania u Holanda (Parra, 2020)<sup>149</sup>. Es evidente que una regularización de esta índole se sometería a condiciones. Buena

---

<sup>146</sup> Despacho n.º 3863-B/2020 que determina que a gestão dos atendimentos e agendamentos seja feita de forma a garantir inequivocamente os direitos de todos os cidadãos estrangeiros com processos pendentes no Serviço de Estrangeiros e Fronteiras, no âmbito do COVID 19. Documento oficial recuperado el 2 de diciembre de 2022 de <https://dre.pt/home/-/dre/130835082/details/maximized>.

<sup>147</sup> Decreto-Legge (Decreto Rilancio) convertito con modificazioni dalla L. 17 luglio 2020, n. 77 (in S.O. n. 25, relativo alla G.U. 18/07/2020, n. 180). Documento oficial recuperado el 2 de diciembre de 2022 de <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/05/19/20G00052/sg>.

<sup>148</sup> SantaEulalia, I. (2020). El Gobierno cierra la puerta a la regularización urgente de todos los inmigrantes que pide Podemos”. *El País*. Texto recuperado el 4 de diciembre de 2022 de <https://elpais.com/espana/2020-06-26/unidas-podemos-pide-al-gobierno-la-regularizacion-urgente-de-todos-los-inmigrantes.html>.

prueba de ello son los casos antes comentados de Portugal e Italia, ambas regularizaciones sometidas a factores variables; o el precedente español de 2005 que solo permitía acceder a la residencia a aquellos migrantes que contasen, entre otros requisitos, con un contrato de trabajo y estuviesen empadronados durante un tiempo específico previo a la solicitud.

Sin embargo, de llevarse a cabo supondría una protección indudable para buena parte de estas personas (acceso a ayudas sociales o prestaciones por ERTE, por citar algún efecto inmediato). Y también supondría un beneficio para el conjunto de la sociedad, pues se regularizaría la situación de un número considerable de trabajadores que se encuentran en la denominada “economía sumergida”, lo que a su vez significaría un aumento de las cotizaciones a la Seguridad Social, del consumo y, por ende, del PIB español.

Pero lejos de contravenir la normativa comunitaria en materia de migración y ante el temor a la reacción de los países del norte de Europa, parece lógico pensar que durante el contexto actual España no llevará a cabo una regularización masiva de migrantes en situación irregular.

No obstante, y una vez esbozado el debate de la regularización masiva de migrantes, queremos apuntar algunas alternativas que permitirían a los extranjeros en estas condiciones obtener un permiso de residencia y trabajo en España, lo que a su vez supondría un avance hacia su integración en nuestro país.

En primer lugar, hemos de destacar una de las eternas demandas de buena parte de la doctrina: la concesión de autorizaciones de residencia y trabajo para repoblar la denominada “España Vacía”, así lo sostiene Parra (2020): “El Gobierno podría otorgar tales permisos con la condición de que los extranjeros beneficiarios permaneciesen en dichas áreas de forma estable”<sup>150</sup>. De hecho, existen precedentes similares en localidades del interior de España donde la mayoría de población que reside es extranjera<sup>151</sup>.

Si bien es cierto que esta podría ser una buena forma de contrarrestar los graves problemas de despoblación y envejecimiento que vive nuestro país desde hace décadas, creemos que la propuesta

---

<sup>151</sup> El diario *El Confidencial* publicaba en marzo de 2019 un reportaje en el que relataba la historia de Torre del Burgo, un pueblo rural “condenado a desaparecer” hasta que la llegada de extranjeros duplicó su población en apenas tres años. Actualmente la cuota de migrantes supera el 70% de la población total. En su localidad vecina, Heras de Ayuso, solo residen 278 personas, de las cuales más de la mitad son extranjeros. Estos solo son dos ejemplos de cómo la llegada de personas extranjeras ha revertido la sangría demográfica en Castilla-La Mancha. Reportaje recuperado 6 de diciembre de 2022 de [https://www.elconfidencial.com/espana/2019-03-18/de-bulgaria-a-soria-migrantes-al-rescate-de-la-espana-vacia\\_1882866/](https://www.elconfidencial.com/espana/2019-03-18/de-bulgaria-a-soria-migrantes-al-rescate-de-la-espana-vacia_1882866/).

plantea numerosos interrogantes de difícil solución práctica: ¿cómo garantizarían las autoridades el establecimiento permanente de dichas personas?, ¿a quién competiría la gestión y coordinación de esta iniciativa? ¿Se abogaría por un modelo compartido de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas? ¿Qué papel jugarían entonces los órganos de gobierno municipales?

Pero, sin duda, lo que resulta más problemático es el hecho de condicionar la permanencia (y acceso al mercado laboral) en España de un grupo de personas a la obligación de que habiten en lugares determinados, pues esto podría suponer limitaciones al derecho a la libertad de movimiento reconocido internacionalmente (art. 13 DUDH), así como al respeto del libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) que implica poder escoger qué profesión desempeñar y dónde hacerlo.

En último lugar, se vería afectado el principio de igualdad que ha de regir entre españoles y extranjeros en cuanto a derechos como los mencionados, que les son inherentes por su condición natural (así lo dispone el art. 3 LOEx: “1. *Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución...*”).

Condicionar, al fin y al cabo, significa tratar a las personas como mercancías, supeditando el ejercicio de sus derechos a que satisfagan necesidades del país que los acoge (despoblación, por ejemplo). Sin embargo, fomentar, promover o revalorizar espacios para ofrecerlos a los habitantes implica entender a estos como seres humanos que optan de manera libre por vivir allí. Los matices son importantes porque los primeros, los migrantes, parecen ciudadanos de segunda a los que les pueden sacar provecho los de primera, los autóctonos.

Dejando a un lado esta alternativa, contamos con otra posibilidad mucho menos controvertida que tiene que ver con la flexibilización de requisitos correspondientes a las formas que adopta la figura del arraigo, contemplada en el art. 31.3 de la LOEx como una de las principales vías para obtener la

residencia en España: “*La Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo*”<sup>152</sup>.

Centrándonos en la forma del arraigo social, explica Marín (2020)<sup>153</sup> que esta “se erigía como una de las vías más complicadas para conseguir una autorización en España”, y ello se debe a las numerosas exigencias que conllevaba: residir de forma continuada durante tres años en España, haber firmado un contrato de trabajo con un empleador cuya duración no sea inferior a un año, presentar un informe de inserción social que acredite la integración del solicitante en España, etc.

No obstante, las últimas sentencias del Tribunal Supremo<sup>154</sup> flexibilizaron la mayoría de esos requisitos hasta el punto de que el Gobierno se vio obligado a dictar la “*Instrucción 6/2020 sobre los procedimientos iniciados relativos a arraigos sociales en el contexto del Covid 19*”<sup>155</sup>.

Según el Ejecutivo, las medidas recogidas en dicho documento tenían como objetivo “no dejar a nadie atrás” dadas las consecuencias económicas que había provocado la crisis del COVID-19 en la población más vulnerable. A grandes rasgos se acordaba:

- Para los casos en los que, debido a los fluctuantes cambios del momento, hubiera desaparecido el contrato de trabajo -exigido para que el trabajador migrante obtuviese el permiso de residencia-; y no fuese posible darle de alta en la Seguridad Social:

---

<sup>152</sup> El arraigo se entiende como uno de los supuestos excepcionales que considera el Gobierno español para otorgar una autorización temporal de residencia y trabajo a los extranjeros que se encuentren en situación irregular. De esta forma, hallamos tres tipos de arraigo:

- Arraigo laboral: se otorga a extranjeros con una permanencia continuada en España de más de 2 años y un vínculo laboral relevante durante, por lo menos, 6 meses.

- Arraigo familiar: exige demostrar un vínculo familiar relevante, por ejemplo, ser padres de un niño nacido en España o hijos de padres originariamente españoles. Si se trata de un hijo, el extranjero debe demostrar que este permanece a su cargo, convive con él o, en todo caso, cumple sus obligaciones paterno-filiales.

- Arraigo social: se concede a extranjeros con 3 años de residencia. Se debe acreditar integración social a través de un informe que emite la Comunidad Autónoma o el Ayuntamiento, o mantener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o con españoles.

Cada tipo de arraigo exige unos requisitos particulares, pero son comunes a todos ellos los siguientes: a) no ser ciudadano de la Unión Europea, b) no tener prohibida la entrada a España y c) carecer de antecedentes penales (Fernández Artiach y Ortiz Gisbert, 2021).

<sup>153</sup> Marín, V. (2020). Regularización de extranjeros en 2020 ¿Cómo sería?. Recuperado 2 de diciembre de 2020 de <https://www.parainmigrantes.info/regularizacion-de-extranjeros-en-2020-como-seria/>.

<sup>154</sup> Véase, entre otras, entre otras, STS 1603/2018, de 8 de noviembre; STS 47/2019, de 22 de enero; STS 1695/2019, de 11 de diciembre y STS 4183/2019, de 18 de diciembre.

<sup>155</sup> Texto recuperado de [https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones\\_sgie/documentos/2020/INSTRUCCION\\_iniciales.pdf](https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2020/INSTRUCCION_iniciales.pdf).

*“1) Se permitirá que el extranjero, al que se le haya notificado la concesión de la autorización de residencia por arraigo social sujeto a la presentación de un contrato de trabajo, pueda ser dado de alta en la seguridad social por otro empleador”.*

Además, se fijaron otras medidas de corte garantista para la población afectada, entre las que destacan las siguientes:

*“2) Para aquellos cuya relación laboral inicial se hubiese extinguido y no encuentren un nuevo contrato (...) podrán aportar el informe de arraigo social que podrá recomendar que se exima al extranjero de la necesidad de contar con un contrato de trabajo por contar con recursos económicos suficientes”.*

En línea con lo anterior, se estableció también que *“3) el arraigo presentado por extranjero que no aporta contrato de trabajo, sino informe de inserción social que acredita vínculos familiares con residentes legales y que recomienda se exima de contrato de trabajo por acreditar medios económicos suficientes [cuya] suficiencia debía ser entendida de forma flexible”.* Este término lo había empleado el TS en sus últimas sentencias<sup>156</sup> para orientar la labor de las autoridades administrativas, lo que podría suponer un aumento del número de autorizaciones de residencia otorgadas a extranjeros que se hallasen en esta situación.

En referencia al arraigo laboral, también el Tribunal Supremo a través de su STS 1184/2021, de 25 de marzo de 2021<sup>157</sup>, especificó que para obtener una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales de arraigo laboral no era imprescindible que la acreditación de la relación laboral y de su duración fuese exclusivamente a través de los medios establecidos en el párrafo segundo del art. 124.1 del Real Decreto 557/11, de 20 de abril, que disponía que *“a los efectos de acreditar la relación laboral y su duración, el interesado deberá presentar una*

---

<sup>156</sup> Afirma el Tribunal Supremo que *“la proporcionalidad que ha de ser observada en la ponderación de los intereses en juego, en conjunción con los requisitos que se acreditan, haga que haya de resolverse de forma favorable a la solicitud; es patente el arraigo del ciudadano extranjero en nuestro país, donde ha formado una familia, y donde dispone de medios suficientes, a través de su esposo, para la unidad familiar”.*

<sup>157</sup> En resumen, la sentencia versa sobre una denegación de residencia por arraigo laboral debido, principalmente, a que los medios de prueba aportados para evidenciar que existió una relación laboral entre el solicitante de la autorización y el empleador no fueron considerados como válidos por los tribunales.



*resolución judicial que la reconozca o la resolución administrativa confirmatoria del acta de infracción de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que la acredite*<sup>158</sup>.

El TS deja claro ahora que se puede acreditar dicha relación laboral por “*cualquier medio de prueba válido, incluido el certificado de vida laboral que acredite una relación laboral derivada de una anterior autorización de residencia que hubiera perdido vigencia*”; y lo ratifica específicamente en posteriores resoluciones como la STS 1802/2021 y la STS 1806/2021.

En ellas, se recuerda que el criterio de arraigo se configura como la existencia de vínculos que unen al extranjero con el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico u otros que sean relevantes para apreciar el interés del extranjero en residir en nuestro país y determinen la prevalencia de esa inclinación para la concesión del permiso de residencia temporal solicitado.

El dictado de estas sentencias aconsejaba la aprobación de una instrucción que facilitase su aplicación, lo que desembocó en la “*Instrucción SEM 1/2021 sobre el procedimiento relativo a las autorizaciones de residencia temporal por razones de arraigo laboral*”<sup>159</sup> donde el Ejecutivo combinó la ampliación de los medios de prueba para demostrar el arraigo laboral (“*la relación laboral deberá ser acreditada de forma efectiva si bien podrá serlo por cualquier medio de prueba válido en derecho*”) con la aplicación de criterios definidos para acceder al arraigo social y la posibilidad de acreditar debidamente las situaciones de irregularidad laboral.

Por último, debemos comentar que tan relevante resulta la puesta en marcha de estas disposiciones evidentemente beneficiosas para la población migrante, como el aspecto que señala acertadamente Rojo Torrecilla (2021) al analizar la relativa al arraigo laboral: “No me parece de menor importancia a efectos jurídicos, y por ello lo destaco, que la Instrucción haya abandonado las referencias a la situación “ilegal” o “clandestina” de las relaciones laborales (...), y que se utilice el término ‘irregular’, mucho más adecuado para efectuar la contraposición exacta entre aquella relación que se ajusta a la normativa vigente y aquella que no cumple los requisitos para ello”.

Este cambio operado en el lenguaje jurídico se apreciaba también en el anteriormente analizado RD 13/2020, de 7 de abril, por el que se adoptaban determinadas medidas urgentes en materia de

---

<sup>158</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

<sup>159</sup> Texto recuperado el 16 de mayo de 2022 de [https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones\\_sgie/documentos/2021/Instruccion\\_arraigo\\_laboral.pdf](https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgie/documentos/2021/Instruccion_arraigo_laboral.pdf).

empleo agrario, donde se utilizaba la expresión “*trabajadores migrantes*” (en lugar de términos como inmigrantes o ilegales, utilizados en leyes pasadas como la LO 8/2000).

Sin duda, estas palabras más inclusivas y respetuosas con los derechos de los migrantes, ejemplifican un avance en la técnica de redacción que emplean los legisladores para elaborar las normas que rigen nuestra sociedad. Como hemos sostenido a lo largo de esta investigación, el lenguaje que se escoge para definir realidades como la tocante al fenómeno migratorio, determina la forma en la que después los medios de comunicación se referirán a ellas para transmitir las a la población que, bajo su influencia, conformará su propio juicio al respecto.

Aunque este tema será tratado en profundidad en el capítulo siguiente, ahora no parece disparatado afirmar que el lenguaje jurídico bien podría ser el primer paso a dar para favorecer un trato igualitario entre extranjeros y autóctonos, así como la integración social de los primeros.

## **10.2. Instrucción 4/2020 sobre el requisito de medios suficientes en la tramitación de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar, en el contexto del Covid 19.**

Esta disposición flexibilizó la interpretación del artículo 54 del RELOEX que establecía como requisito para proceder a autorizar la reagrupación familiar que el extranjero reagrupante contase con medios suficientes para atender las necesidades de su familia y que dichos medios presentasen una perspectiva futura de mantenimiento<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> En concreto, el art. 54.1 dispone en su letra a) que “*en caso de unidades familiares que incluyan, computando al reagrupante y al llegar a España la persona reagrupada, dos miembros: se exigirá una cantidad que represente mensualmente el 150% del IPREM*” (Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples tomado como referencia en España para la concesión de ayudas, subvenciones o el subsidio de desempleo).

Por otro lado, en su letra b), el art. 54.1 hacía referencia “*a los casos de unidades familiares que incluyan, al llegar a España la persona reagrupada, a más de dos personas: en estos casos se exigirá una cantidad que represente mensualmente el 50% del IPREM por cada miembro adicional*”. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

Esta normativa era conforme con lo dispuesto en la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar que, a su vez, establecía en su artículo 7.1. c) lo siguiente: “*1. Al presentarse la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro de que se trate podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone de: [...] c) recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia. Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar*”.

En este sentido, el Defensor del Pueblo ya había solicitado en varias ocasiones una cierta flexibilización en la interpretación del artículo 54 del Reglamento cuando se tratase de la reagrupación de menores en atención a su interés superior<sup>161</sup>.

Además, la jurisprudencia europea ya había determinado en diferentes sentencias la obligación de que los Estados miembros examinasen las solicitudes de reagrupación “*de modo favorable a la vida familiar*”<sup>162</sup> (recuérdese que la reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia, como establecen los considerandos 2 y 4 de la Directiva 2003/86/CE<sup>163</sup>) mediante una apreciación equilibrada y razonable de todos los intereses en juego<sup>164</sup>.

Atendiendo a todas estas consideraciones, se dicta la Instrucción 4/2020 que comporta:

1º) Una flexibilización aplicable a los supuestos en los que se solicite la reagrupación familiar de menores en los supuestos del artículo 53.c): “*hijos del solicitante o de su cónyuge o pareja, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años en el momento de la solicitud de la autorización de residencia a su favor o tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud*”; y d) RELOEX: “*los representados legalmente por el reagrupante, cuando sean menores de dieciocho años en el momento de la solicitud de la autorización de residencia a su favor o tengan una discapacidad y no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud (...)*”.

---

<sup>161</sup> Tómese como ejemplo esta Sugerencia remitida a la Subdelegación del Gobierno en Alicante en la que el Defensor del Pueblo solicitaba revocar una resolución denegatoria sobre la autorización de residencia por reagrupación familiar de un menor, tomando en consideración su interés superior, de acuerdo con lo establecido en el artículo 54.3 del Real Decreto 557/2001 que permite aminorar la exigencia de contar con medios suficientes de subsistencia “*cuando el familiar reagrupable sea menor de edad, cuando concurren circunstancias excepcionales acreditadas que aconsejen dicha minoración en base al principio del interés superior del menor*”. Se puede consultar el texto íntegro en <https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/revocar-la-denegacion-de-la-reagrupacion-familiar-de-un-menor-de-edad-minorando-las-cuantias-economicas-exigidas-a-la-vista-de-su-interes-superior/>. [Última fecha de consulta: 14 de abril de 2023].

<sup>162</sup> Véase Sentencia de 6 de diciembre de 2012, O y otros, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartados 79 y 80 (párrafo 28).

<sup>163</sup> “(2) *Las medidas sobre reagrupación familiar deben adoptarse de conformidad con la obligación de proteger la familia y respetar la vida familiar que se consagra en numerosos instrumentos del Derecho internacional.*

(4) *La reagrupación familiar es necesaria para la vida en familia. Contribuye a la creación de una estabilidad sociocultural que facilita la integración de los nacionales de terceros países en el Estado miembro, lo que permite, por otra parte, promover la cohesión económica y social, objetivo fundamental de la Comunidad, tal como se declara en el Tratado*”. Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

<sup>164</sup> Véase también Sentencia de 6 de diciembre de 2012, O y otros, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartado 81 (párrafo 43).

2º) Se flexibilizará tanto “la cuantía mínima exigida en el momento en el que se efectúa la solicitud de la autorización como la perspectiva de mantenimiento de los medios económicos durante el año posterior a la fecha de presentación de la solicitud. Especialmente, en el contexto de la crisis del COVID 19”<sup>165</sup>.

Indudablemente esta medida ha supuesto un avance claro en la protección y ejercicio de los derechos de los menores migrantes, quizá el colectivo más vulnerable de los procesos migratorios y el centro de continuos ataques racistas que comienzan por el uso del término peyorativo ‘MENAS’ para referirse a ellos (Save The Children, 2018)<sup>166</sup>.

**10.3. Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril.** El artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 regula la situación de los menores extranjeros no acompañados. De acuerdo con su apartado séptimo<sup>167</sup>, la residencia de menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o, en virtud de resolución judicial por cualquier entidad, se considerará regular.

No obstante, según disponía el art. 196.1 del Reglamento de la LO 4/2000, la Oficina de Extranjería de la provincia en la que estuviese fijado el domicilio del menor solo podía iniciar, de oficio, por orden superior o a instancia de parte, el procedimiento relativo a la autorización de residencia a la que se refiere dicho artículo 35.7 de la LO 4/2000, “una vez haya quedado acreditada la

---

<sup>165</sup> Instrucciones DGM 4/2020 sobre la flexibilización del requisito de medios suficientes en la tramitación de autorizaciones de residencia por reagrupación familiar. Texto recuperado el 2 de junio de 2022 de [https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones\\_sgje/documentos/2020/INSTRUCCION\\_reagrupacion\\_familiar.pdf](https://extranjeros.inclusion.gob.es/ficheros/normativa/nacional/instrucciones_sgje/documentos/2020/INSTRUCCION_reagrupacion_familiar.pdf).

<sup>166</sup> Si se desea profundizar en este tema, se recomienda la lectura del informe “Los más solos” en el que la organización *Save The Children* ahonda en los fallos existentes en el sistema de acogida, protección e integración de los menores migrantes no acompañados que llegan a España. El documento fue publicado en mayo de 2018 y se encuentra disponible para su lectura online en [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/los\\_mas\\_solos\\_vok.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/los_mas_solos_vok.pdf).

<sup>167</sup> Artículo 35. Menores no acompañados. “7. *Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor*”.

*imposibilidad de repatriación del menor y, en todo caso, transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores”.*

Este periodo, excesivamente largo, originaba que en la práctica muchos menores accediesen a la mayoría de edad sin la debida documentación, lo que según la exposición de motivos del recién aprobado RD 903/2021 provocaba dificultades que incidían de forma negativa en su inclusión e integración en la sociedad, especialmente en el caso de las menores no acompañadas por su mayor vulnerabilidad.

Asimismo, como bien recuerda Pérez Martín (2022), España incumplía de esta forma diversas obligaciones internacionales como la Convención de los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989, las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño de la ONU, nº 6, 2005 y nº 20, 2016; y la legislación de la Unión Europea (Artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y desarrollo de los Planes de Acción de la Comisión de 2010 y 2017<sup>168</sup>). Todas ellas, a grandes rasgos, exigen que las instituciones correspondientes velen por integrar a estos niños y niñas en su entorno familiar de origen y que, si no es posible, se les documente y facilite una solución adecuada a largo plazo que evite que caigan en la irregularidad<sup>169</sup>.

Por todo ello, la modificación legislativa que trae consigo la aprobación del Real Decreto 903/2021 exige que, en todo caso, se tramite la autorización de residencia de los menores a los tres meses de su llegada<sup>170</sup>. Esta previsión dará rapidez a estas gestiones, poniendo fin a una situación de “vacío documental” y permitirá su integración en España. Además, se permite también que la autorización a los mayores de 16 años sea también de trabajo para que puedan incorporarse al mercado laboral.

---

<sup>168</sup> A modo de ejemplo de la normativa citada, el art. 24.2 de la Carta de Derechos de la UE dispone: “*En todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial*”.

<sup>169</sup> El autor también defiende que la regulación analizada contradecía varios ODS de la Agenda 2030 como el 2º, correspondiente a la salud y el bienestar, en especial para los menores; el 8 sobre trabajo decente para todos; el 10 referente a la reducción de las desigualdades; o el 16 donde se apuesta por la paz, la justicia y el fortalecimiento de instituciones sólidas. Los Objetivos de Desarrollo Sostenible se pueden consultar en el siguiente enlace <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-development-goals/>.

<sup>170</sup> Aún así, Pérez Martín (2022) sostiene que la norma podría haber sido más protectora si no se hubiese establecido este periodo de tres meses y la obligación de documentarles fuese inmediata; el autor incluso se plantea por qué se ha de esperar ese plazo para comenzar los trámites de autorización de residencia, un interrogante que el legislador resuelve entendiendo que ha de transcurrir un periodo desde que el menor es puesto a disposición de los servicios competentes de protección para que quede acreditada la incapacidad de repatriación del niño a su país de origen (que sigue siendo el primer objetivo a cumplir en la recepción y acogida de los migrantes en España).

En lo referente a los requisitos que se les exigía para lograr la residencia regular en España, la aprobación del RD 903/2021 también supone un gran avance en la inclusión de estos jóvenes, pues anteriormente debían contar con un trabajo que les asegurase un salario del 100% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (565 €), lo que en las actuales circunstancias laborales de España era una condena segura a la irregularidad (Pérez Martín, 2022).

Con la modificación del citado RD ahora solo deben acreditar llegar al Ingreso Mínimo Vital (IMV) (469 €), lo que según varios expertos resulta mucho más realista<sup>171</sup>; y, en todo caso, obtendrán la residencia si se acredita que su sostenimiento está asegurado por una entidad pública o privada que además certifique su integración en España. Coincidimos con Pérez Martín (2022) en que nos hallamos ante un “salto adelante” en el que España cumple con su obligación de otorgar a los menores “soluciones efectivas y duraderas que favorezcan su residencia a largo plazo”.

Otras novedades significativas que comporta la entrada en vigor del RD 903/2021 se resumen a continuación:

a) Se ajusta la redacción del art. 196 a lo previsto en los artículos 40 y 41 de la LO 4/2000, de 11 de enero, respecto al ejercicio de una actividad laboral: así, de acuerdo con el artículo 41.1.j) de esta norma, no será necesaria la obtención de una autorización de trabajo para el ejercicio de actividades por parte de los menores extranjeros en edad laboral, tutelados por las entidades correspondientes, para aquellos que, a propuesta de la mencionada entidad, favorezcan su integración social.

b) Se incrementa la vigencia de las autorizaciones concedidas a menores extranjeros no acompañados y de sus eventuales renovaciones. La autorización inicial, de conformidad con los apartados 5 y 6 del artículo 196, estará vigente dos años y la renovación tres años mientras siga siendo menor de edad, sin perjuicio de que pueda acceder en caso de que se reúnan los requisitos, a una residencia de larga duración.

---

<sup>171</sup> Según explica el reconocido portal de información jurídica *Iberley*, resulta más adecuado que sirva de referencia a estos efectos el Ingreso Mínimo Vital que el IPREM, pues el IMV, como su propio nombre indica, es la cantidad mínima que permite a una persona sufragar sus gastos básicos de manutención en España, un requisito que parece más asequible para aquellos extranjeros que estén subsistiendo durante sus primeros años en nuestro país, pero con el objetivo de lograr una estabilidad laboral a medio/largo plazo. Según afirma la exposición de motivos del RD 903/2021, esta nueva regla se ajustaría mejor a las particularidades del colectivo, así como a los programas educativos o de inclusión sociolaboral que instituciones públicas y privadas dirigen a estos jóvenes, con el fin de acompañarlos hacia su transición a la mayoría de edad y a una vida independiente. *Iberley*. Se publica la modificación del Reglamento de Extranjería (20/10/2021). *Iberley*. Texto recuperado el 14 de mayo de 2022 de <https://www.iberley.es/noticias/publica-modificacion-reglamento-extranjeria-31288>.

c) En línea con lo anterior, a los menores extranjeros que ya cuentan con una autorización de residencia cuando alcancen la mayoría de edad, la nueva redacción del art. 197 les configura un régimen propio que plantea una continuidad de la autorización de residencia con habilitación para trabajar de la que ya dispone el menor extranjero no acompañado, y cuya vigencia pretende ser renovada siempre y cuando se acrediten las condiciones que enumera el apartado segundo del citado artículo<sup>172</sup>.

d) Sin embargo, para aquellos menores extranjeros que alcancen la mayoría de edad sin una autorización, el artículo 198 pasa a exigir también unos requisitos más acordes con la situación real de este colectivo, con el objetivo de que exista una mayor consonancia entre lo establecido en los arts. 197 y 198. Las exigencias se basan, por citar alguna de ellas, en haber participado en las acciones formativas y actividades programadas por los servicios de protección de menores que ostenten su tutela para favorecer su integración social, lo cual será certificado por estos, o deberán poder acreditar su integración en la sociedad española en los términos previstos en la letra c) del apartado segundo del artículo anterior -relativo a informes sobre el cumplimiento satisfactorio de los objetivos educativos o de inclusión sociolaboral del programa, haya este finalizado o todavía esté en curso-.

Por último, la nueva norma también contempla dos aspectos de suma relevancia:

En primer lugar, se prevé la articulación de una vía que permita a los jóvenes extranjeros a los que se les denegó su solicitud de renovación, por no cumplir con los requisitos que preveía la redacción anterior del artículo 197 o que, habiendo cumplido ya los 18 años no pudieron solicitar su autorización de residencia en base al artículo 198 por no reunir las estipulaciones entonces exigidas, acceder a estas nuevas autorizaciones en caso de que cumplan con las condiciones establecidas.

De esta forma se garantiza a los extranjeros de entre 18 y 23 años que puedan solicitarlas de forma transitoria siempre y cuando acrediten haber estado “*bajo un servicio de protección de menores que ostentaba la tutela, custodia, protección provisional o guarda*” de aquellos (disposición transitoria única).

---

<sup>172</sup> Donde se tendrán en cuenta, por ejemplo, que la persona en cuestión cuente con ingresos suficientes para su sostenimiento, que carezca de antecedentes penales; y los informes que a estos efectos puedan presentar las entidades públicas competentes en materia de protección de menores.

En segundo lugar, se refuerza con carácter general la tramitación de todos los procedimientos a través de terceros, pero la representación debe estar acreditada notarialmente o *apud acta*<sup>173</sup>. También se potencia el uso de las sedes electrónicas específicas que pasan a ser la vía de presentación prioritaria, lo que relega al Registro Electrónico General a aquellos casos excepcionales en los que estas no existan.

Estas últimas medidas, de carácter práctico, pretenden mejorar la agilidad del funcionamiento de las Oficinas de Extranjería en todos los procesos que tramitan, lo cual se entiende que beneficia a los procedimientos en materia de extranjería en general, y en consecuencia, al ámbito de los menores en particular.

Con todo esto, y pese a la forma en la que medios como el diario *El Mundo* decidieron informar a la ciudadanía sobre la aprobación del RDL 903/2021 (“El Gobierno aprueba la reforma que facilitará los papeles a menores extranjeros no acompañados”<sup>174</sup>), creemos que la importancia de la medida no reside en que trate de favorecer o priorizar el empleo de menores extranjeros, sino en que resuelve problemas prácticos a los que se enfrentaba dicho colectivo hasta la fecha; y que los dejaba en una peligrosa situación de vulnerabilidad debido a la demora en la gestión de las autorizaciones de residencia y trabajo. Este escenario podía llevarlos al abandono en las calles donde no resultaría extraño que se viesan obligados a llevar a cabo cualquier tipo de acto para su supervivencia.

Tampoco debemos olvidar que los destinatarios de la reforma, según datos proporcionados por la noticia publicada por *El Mundo* a la que hacíamos referencia, serían más de 15.000 personas, de los cuales, 8.000 son migrantes no acompañados y 7.000 jóvenes de entre los 18 y los 23 años.

Unos datos que nos hablan no tanto de cifras, sino de vidas que se verían dignificadas gracias a un avance de esta índole. Es cierto que a lo largo de estas páginas hemos defendido la necesidad de inclusión e integración de la población migrante en nuestra sociedad, y evidentemente estas se hacen todavía más imprescindibles cuando analizamos el contexto en el que viven los menores extranjeros que, como niños y niñas que son, se debe velar por su cuidado y libre desarrollo.

---

<sup>173</sup> El Diccionario de la Real Academia Española define esta clase de apoderamiento como un "acto jurídico documentado que se formaliza ante el fedatario judicial, mediante el cual se le otorga a un procurador la facultad de representación en el proceso judicial correspondiente".

<sup>174</sup> Noticia recuperada el 22 de mayo de 2022 de <https://www.elmundo.es/espana/2021/10/19/616ed084fdddf0f5f8b4620.html>.



Por todo ello, estamos convencidos de la idoneidad de esta medida aunque, en última instancia, recuperamos las palabras de Pérez Martín (2022) que ponen el foco en tres aspectos de la aprobación del RD 903/2021 sobre los que deberemos estar atentos:

1) En el proceso de regularización del migrante, se habrá de instar a que a los tres meses de su llegada las autoridades le otorguen la correspondiente cédula de inscripción<sup>175</sup> para iniciar dicha regularización si estas no han conseguido su pasaporte.

2) Otro elemento a tener en cuenta está relacionado con la flexibilidad o rigor que se aplique cuando las entidades sociales acrediten el sostenimiento de los jóvenes extranjeros en asociaciones que se suelen financiar acudiendo a convocatorias públicas. El arbitrio de las autoridades competentes será determinante en este sentido.

3) Se plantean numerosos interrogantes sobre la aplicación de la norma a los jóvenes comprendidos entre los 18 y los 23 años que quedaron en la irregularidad antes de la modificación de la norma.

La Red Acoge (2021) se preguntaba en un informe reciente<sup>176</sup> qué ocurriría con aquellos jóvenes que no podrán acogerse a esta reforma por tener en su pasado reciente alguna causa pendiente o antecedente penal (la ausencia de los mismos se erige como requisito ineludible para obtener las autorizaciones de residencia y/o trabajo pertinentes).

Asimismo, quedan fuera de la aplicación del Reglamento todos aquellos niños y niñas que no accedieron nunca al sistema de protección de menores al verse sometidos al denominado procedimiento para la determinación de la edad, cuya importancia reviste en el hecho de que si las pruebas que lo conforman demuestran que el menor recién llegado ha cumplido la mayoría de edad, no será tutelado por las instituciones pertinentes. Esto podría abocarles a una situación de abandono en las calles mientras se decide si deben ser devueltos a su país de origen o cumplen los requisitos para permanecer en España como asilados, etc.

La aplicación práctica de la norma durante los próximos años será la única que aporte más luz sobre estos elementos controvertidos y, en general, sobre si realmente comporta tantos beneficios como, a priori, parece ser.

---

<sup>175</sup> Se trata de un documento impreso expedido por las autoridades cuando el extranjero necesita ser identificado en España y los intentos de que su país de origen le documenten han fallado.

<sup>176</sup> Informe “Retos de la inmigración en España: los derechos como base para la inclusión” (2021) recuperado el 8 de mayo de 2022 de <https://redacoge.org/wp-content/uploads/2021/12/A4-INFORME-RETOS-paginas.pdf>.

No obstante, con respecto al citado procedimiento para la determinación de la edad de los menores extranjeros, la realidad imperante ya obliga a cambios legislativos, de acuerdo con la noticia publicada por el medio *Newtral*: “Le sometieron con 16 años a desnudos y exploración: las ‘pruebas invasivas’ para saber la edad de menores no acompañados tienen los días contados”<sup>177</sup>.

La información se justifica en una de las últimas sentencias del TS en esta materia, la STS 1115/2022, de 21 de marzo, que resuelve el caso de una menor que huía de Camerún tras alegar que había sufrido violencia sexual; y a la que la Comunidad de Madrid le negó la tutela tras practicarle una serie de pruebas médicas que determinaron que era mayor de edad.

Sin embargo, el Tribunal Supremo dudó de la fiabilidad de dichas pruebas, cuya realización incluso cuestiona en uno de sus razonamientos: *“Ya se trate de personas documentadas como indocumentadas, las pruebas médicas para la determinación de la edad, especialmente si son invasivas, no podrán aplicarse indiscriminadamente para la determinación de la edad, con la precisión de que cualquier duda sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor habida cuenta el hecho de que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo y el debate existente al respecto, como han apuntado distintas Defensorías del Pueblo”*.

El Tribunal, que estima el recurso interpuesto por la entonces menor (lo que significa que esta debió ser tratada como tal y debía haber quedado bajo la protección que le dispensa la ley a los menores no acompañados) recuerda que *“la emigración provoca por sí misma un desequilibrio que se agrava para los menores cuando la duda se resuelve en su contra y se les sitúa en el círculo de los mayores de edad con evidente desprotección en cuanto a los derechos y obligaciones y consiguiente situación de desamparo desde el momento en que no quedan bajo la tutela de los servicios de protección correspondientes”*.

Es por ello que un menor no acompañado, continúa el Tribunal, es ante todo *“un niño expuesto a un peligro potencial, y la protección de los niños, y no las políticas de inmigración, deben ser el principio rector de los estados miembros y la Unión Europea en este ámbito, respetándose el interés superior del niño”*.

---

<sup>177</sup> Noticia recuperada el 23 de mayo de 2022 de <https://www.newtral.es/pruebas-invasivas-menores-no-acompanados/20220419/>.

Esta reciente jurisprudencia del TS ha dado lugar a que el Gobierno apruebe un anteproyecto de ley por el que pretende modificar dicho procedimiento de averiguación para eliminar algunas de las pruebas que lo conforman<sup>178</sup>.

A diferencia de otras situaciones vistas anteriormente (las devoluciones en caliente, por ejemplo) en este caso el poder judicial, a través de su órgano superior, no duda en erigirse como garante de los derechos de los niños y niñas migrantes cuya protección es una obligación permanente para todos, y su acogida e integración en el país de destino un desafío constante al que se ha de responder de forma eficaz. Así lo recoge también la Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE<sup>179</sup> que expone:

*“La integración del menor no acompañado [...] debe hacerse en torno a un proyecto de vida individual, elaborado por y con el menor, respetando plenamente su trasfondo étnico, religioso, cultural y lingüístico”.*

**10.4. Orden ISM/1485/2021, de 24 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2022.** Cabe referirse ahora al conjunto de procedimientos

---

<sup>178</sup> Se trata de una posible modificación del art. 190 RELOEX que dispone:

*“1. Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros No Acompañados. [...]”*

*Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá, en el plazo más breve posible, la determinación de su edad, para lo que deberán colaborar las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias”.*

El objetivo que persigue el Ejecutivo es eliminar de dicho procedimiento pruebas ginecológicas como las exploraciones o los desnudos integrales que, por su carácter invasivo, podrían atentar contra la dignidad de los menores no acompañados. Mientras se redactan estas líneas, el proyecto se encuentra en una fase de consulta pública en la que tanto particulares como entidades sociales pueden aportar propuestas. En los próximos meses deberemos estar atentos a su posterior desarrollo y debate en el Congreso de los Diputados.

Las declaraciones del Gobierno a la prensa se pueden visualizar en <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/resumenes/Paginas/2022/120422-rp-cministros.aspx>, donde la ministra de Justicia, Pilar Llop, explica que el proyecto presentado busca que la determinación de la edad se lleve a cabo de forma más “simple, segura y garantista” y basándose siempre en “la escucha al menor y el respeto a su interés propio”. En marzo de 2023, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó, por unanimidad, el informe al anteproyecto de ley, al entender que la modificación propuesta “suponía una garantía en relación con la tutela del interés superior del menor”. Informe recuperado el 12 de mayo de 2023 de <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Pleno-del-CGPJ-aprueba-por-unanimidad-el-informe-al-anteproyecto-de-ley-que-regula-el-procedimiento-para-la-determinacion-de-la-edad>.

<sup>179</sup> Texto recuperado el 23 de mayo de 2022 de [https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0387\\_ES.html?redirect](https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2013-0387_ES.html?redirect).

administrativos dirigidos a la tramitación y concesión simultánea de autorizaciones de residencia y trabajo, presentadas por uno o varios empleadores respecto de extranjeros que no se hallan ni residen en España. Se trata de una medida orientada exclusivamente a favorecer la inmigración laboral en nuestro país, pero de manera “regular, segura y ordenada”, según destacó a la prensa el ministro de Migraciones, José Luis Escrivá, lo que se traduce en que los permisos se otorgan de forma temporal y para puestos de difícil cobertura en el mercado laboral interior<sup>180</sup>.

Las novedades más importantes que trajo consigo la aprobación de dicha Orden fue, por un lado, la posibilidad de impulsar proyectos de migración circular con terceros países en todos los sectores de actividad, cuando anteriormente esto se circunscribía a ámbitos de trabajo determinados. Y por otro lado, se permitía extender los contratos de los trabajadores hasta doce meses desde el momento de su firma, ampliando así un plazo que antes se fijaba en nueve meses. Además, la Orden incorporaba un anexo para regular las condiciones de los alojamientos que el empleador debía ofrecer al trabajador durante la vigencia del contrato, junto a recomendaciones sanitarias, de habitabilidad e higiene adecuadas.

A pesar de estas garantías, el artículo 4 del texto especificaba claramente el “*cumplimiento del compromiso de regreso*” de los trabajadores extranjeros a su país de origen durante el mes siguiente a la finalización de la prestación laboral en España<sup>181</sup>. Esto vuelve a evidenciar un problema que hemos retratado exhaustivamente a lo largo de estas páginas: la migración es abordada desde un punto de vista utilitario que ‘cosifica’ a las personas, pues se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen en función de la situación nacional de empleo, la previsión anual de las ocupaciones y de las cifras previstas de empleo que pueden cubrirse a través de esta vía. Y, una vez que estas demandas se cubren y satisfacen, las personas trabajadoras son obligadas a volver a sus países de origen sin posibilidad de poder establecerse en aquel en el que han desempeñado tareas que, por lo que se desprende de la Orden, no pueden o quieren llevar a cabo los autóctonos.

Esta idea se traduce en una ‘utilización’ de estos colectivos por parte de las instituciones para su propio beneficio, tal y como ya señalaba acertadamente la Asociación “Motril Acoge” en una carta enviada al diario *El País*: “Se acepta ya sin rubor en nuestro país la idea de que los inmigrantes

---

<sup>180</sup> Declaraciones de José Luis Escrivá a la prensa, recuperadas el 18 de mayo de 2022 de [https://www.elconfidencial.com/economia/2021-12-31/inclusion-aprueba-que-se-pueda-contratar-en-origen-de-extranjeros-en-todos-los-sectores\\_3352050/](https://www.elconfidencial.com/economia/2021-12-31/inclusion-aprueba-que-se-pueda-contratar-en-origen-de-extranjeros-en-todos-los-sectores_3352050/).

<sup>181</sup> Orden ISM/1485/2021, de 24 de diciembre, por la que se regula la gestión colectiva de contrataciones en origen para 2022. Texto recuperado el 18 de mayo de 2022 de [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-21795](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-21795).

poseen una única dimensión: la de ser ‘mano de obra’ que se necesita en mayor o menor medida dependiendo de cuál sea la exigencia del mercado de trabajo”.

Esta reflexión previa a la crisis económica de 2008 sigue plenamente vigente hoy en día, y es más, pone el foco en un aspecto que no suele ser tomado en consideración para comprender las causas reales que motivan la mayoría de las migraciones: “El nivel de vida en los países de origen no se debe sólo a sus gobernantes. Han sido los países del Norte los que antes han empobrecido y siguen esquilmando a los del Sur. Por eso no es decente pensar que su pobreza nos es ajena”<sup>182</sup>.

### **11. La era post-COVID: la aprobación del Real Decreto 629/2022, de 26 de julio**

El 16 de agosto de 2022 entró en vigor el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modificaba el Reglamento de la LOEx 4/2000. Con su aprobación, se satisfacían las demandas de parte de la sociedad que exigía un nuevo texto jurídico que respondiese a los retos actuales del fenómeno migratorio en España. El Preámbulo del RD 629/2022 hacía referencia al contexto, post pandemia, en el que ahora se hallaba nuestro país (“*Nos encontramos en un marco de reactivación económica global tras la pandemia*”); así como al “*impacto positivo*” que podía generar la movilidad humana internacional en economías interdependientes.

Los principales avances de esta reforma afectaban a varios colectivos migrantes, tales como los estudiantes extranjeros, a los que se les ofrecía la posibilidad de compatibilizar los estudios con un empleo, a las personas que contaban con autorizaciones de residencia y trabajo, cuya renovación de permisos se ampliaba de dos a cuatro años. Además, se flexibilizaban los medios económicos requeridos para realizar los trámites de la reagrupación familiar.

Por otro lado, el nuevo Reglamento incorporaba una nueva figura, “*el arraigo para la formación*” (art. 124. 4), destinada a personas extranjeras que estuviesen residiendo en España dos años y se comprometiesen a realizar una formación reglada. También se simplificaban los requisitos del contrato exigido para efectuar el arraigo social; y por último, se aprobaba la actualización del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, para aquellas personas de terceros países que pretendiesen acceder al mercado laboral español desde su país de origen.

---

<sup>182</sup> Texto recuperado el 20 de mayo de 2022 de [https://elpais.com/diario/2009/03/17/opinion/1237244408\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2009/03/17/opinion/1237244408_850215.html).

Lo cierto es que la reforma presentaba un marcado carácter utilitario<sup>183</sup>, pues la mayoría de las modificaciones se orientaban a facilitar el acceso al mercado laboral, lo que suponía una cierta instrumentalización de las personas migrantes. Por el contrario, no incluía cambios normativos que promoviesen su integración en la sociedad de acogida o pusiesen el foco en aumentar su bienestar socioeconómico, como afrontar la situación de más de 500.000 personas que subsisten en España en situación de irregularidad (Andalucía Acoge, 2022<sup>184</sup>).

Pese al enfoque del texto, se apreciaba un cambio significativo en el lenguaje utilizado por los legisladores: las expresiones “*personas migrantes*”, “*extranjeras*” o simplemente “*migrantes*” eran las que se empleaban para dirigirse a los destinatarios de la norma. Se trata de palabras más neutras e inclusivas que constatan, como veremos más adelante, el abandono progresivo, por parte del que redacta las normas, de términos despectivos que no responden a la realidad de las migraciones (‘inmigrante’, ‘emigrante’); o que niegan la humanidad de aquellos a quienes designan (‘irregulares’, ‘ilegales’). Pero este cambio lingüístico debe ir acompañado de políticas específicas que muestren una apuesta verdadera por la integración social de los migrantes en las mismas condiciones que los autóctonos. Esta, sin duda, seguía siendo la tarea pendiente del legislador en materia migratoria.

## **12. Reflexiones finales en torno al estudio jurídico de la figura del migrante: la pobreza como principal motor del desplazamiento de poblaciones**

La oportuna asociación establecida entre los conceptos de migrante y pobreza los convierten en un binomio mucho más dominante que los estudiados hasta ahora<sup>185</sup>. Esto nos obliga a detenernos en el concepto de “aporofobia”, acuñado por Adela Cortina (2017 (p. 17 y ss.), que alude al “rechazo, aversión, temor y desprecio hacia el pobre, hacia el desamparado que, al menos en apariencia, no

---

<sup>183</sup> Esto se percibe claramente en el Preámbulo, cuando el legislador afirma sin ambages que el objetivo de la reforma es “*hacer frente de forma ágil a los crecientes desajustes del mercado de trabajo español asociados a la escasez de mano de obra desde el ámbito migratorio, así como dar respuesta a situaciones preexistentes no resueltas con la actual normativa reglamentaria, desde la plena salvaguarda de las condiciones laborales*”.

<sup>184</sup> Comunicación de la asociación Andalucía Acoge, recuperada el 12 de mayo de 2023 de [https://www.eldiario.es/andalucia/novus-orbis/nuevo-reglamento-extranjeria-necesario-insuficiente\\_132\\_9312294.html](https://www.eldiario.es/andalucia/novus-orbis/nuevo-reglamento-extranjeria-necesario-insuficiente_132_9312294.html).

<sup>185</sup> A lo largo de esta investigación hemos analizado las interrelaciones existentes entre el fenómeno migratorio y el empleo, la delincuencia, etc. Estas influyen de tal manera en la construcción de la concepción social hacia este colectivo que resulta muy complejo que no determinen la forma en la que los ciudadanos se aproximan y establecen relaciones con los extranjeros, donde la polarización “nosotros-ellos” se convierte en el elemento definitorio de las mismas (Van Dijk, 1997).

puede devolver nada bueno a cambio”. La autora defiende que este neologismo es lo que subyace tras todos los obstáculos que ha de afrontar un migrante desde que abandona su país de origen hasta que llega al de destino: la complejidad que caracteriza el entramado normativo que regula las relaciones migratorias; el discurso político-social construido en los medios de comunicación para informar sobre este colectivo, así como la elección del lenguaje que predomina en la sociedad para referirnos y relacionarnos con ellos.

Evidentemente, es el azar el que determina el lugar en el que uno nace y las condiciones en las que habrá de desarrollar un proyecto de vida acorde a sus deseos y ambiciones. Si hemos tenido la suerte de crecer en un país desarrollado seguramente no sintamos la necesidad de emigrar; pero si, por el contrario, nos ha tocado vivir en un lugar asolado por la pobreza y la inseguridad, lo más normal será que aspiremos a marcharnos de allí movidos por el ansia de buscar las mismas oportunidades que disfrutaban los que se encuentran “al otro lado”; lo que se resume en la consecución de “una vida más digna” (Bauman, 2008, p. 105 y ss; 2016).

En este escenario planteado, la pobreza se erige como la principal causa de migración (López Flores, 2013), de lo que incluso se podría interpretar que la migración internacional es el mayor símbolo de la desigualdad que existe en el mundo (Manzanedo, 2019), por mucho que hayamos defendido que migrar es, por encima de todo, una condición intrínseca al ser humano, dado que somos seres en movimiento; y que, a fin de cuentas, se configura como un derecho reconocido internacionalmente (art. 13 DUDH).

Si bien, la escasez empuja a los que la sufren a querer escapar de ella, también genera sentimientos de rechazo entre los que nunca la han experimentado. Bauman (2008, p. 51; 2016) reflexionaba acertadamente en este sentido: “No nos gustan los inmigrantes porque nos recuerdan la miseria humana, nos recuerdan algo por lo que nosotros podemos pasar, nos recuerdan que el mundo no es sedentario y nos obliga a movernos, no queremos que nos lo muestren, no queremos que nos muestren como tratan los gobernantes a los diferentes, a los que llegan los últimos (...). Los migrantes nos demuestran la vulnerabilidad de nuestra propia posición y la fragilidad endémica de ese bienestar nuestro que tanto nos costó alcanzar... Como si culpáramos a los mensajeros del mensaje que nos traen”.

No obstante, no debemos olvidar que, además de la pobreza, existen otros motivos que obligan a las personas a abandonar el lugar en el que habitan. La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de septiembre de 2013, sobre la situación de los menores no acompañados en la UE, ya especificaba

que la violencia sexual o el matrimonio infantil eran algunas de las causas que forzaban a las personas, especialmente a los menores, a huir de sus países en busca de protección internacional.

En estas situaciones, no podemos hablar de migrantes, sino de personas que ocupan una posición o status determinado merecedor de asilo o refugio en los países de destino.

Los sentimientos que estas personas suscitan entre la población que los acoge son menos radicales que en el caso de los migrantes, pues en general empatizan<sup>186</sup> con su vulnerabilidad y no los consideran un peligro para su posición económico-social. Basta citar el éxodo de refugiados ucranianos que provocó la invasión rusa en el país vecino, y que tuvo como principal efecto una acogida inmediata de millones de ucranianos en diferentes países de la UE, así como la puesta en marcha de numerosos movimientos sociales para recaudar dinero y ayuda para los afectados.

Llegados a este punto, creemos necesario profundizar ahora en el estudio de estas categorías (refugiado, asilado...) con el objetivo de comprenderlas mejor, analizar cómo las definen y configuran sus derechos y obligaciones la normativa básica reguladora, así como las diferencias jurídico-sociales que se establecen con respecto a las personas migrantes.

Todo ello será clave para entender, por un lado, sus posibilidades de integración y participación en el país de acogida y, por otro, la percepción social que desarrollan los autóctonos hacia ellos.

### **13. Evolución y tratamiento jurídico-social de la categoría específica de refugiado: especial referencia a España**

Tras dejar a un lado la figura del (in)migrante, resulta relevante analizar algunas de las circunstancias específicas en las que puede encontrarse una persona, como es el caso del solicitante

---

<sup>186</sup> El entonces Coordinador de Asuntos Humanitarios y Ayuda de Emergencia de las Naciones Unidas, Martin Griffiths, afirmaba en una entrevista realizada por la periodista Christiane Amanpour en la cadena CNN que percibía un "conjunto de prioridades sorprendentemente diferente para las personas", lo que se traduce en una empatía selectiva de los políticos y ciudadanos hacia los refugiados en función de su origen. El diplomático aludía al cálido recibimiento de los ucranianos en Europa, mientras que los sirios, cuyo país lleva en guerra desde hace más de diez años, no obtuvieron el mismo tipo de comprensión y solidaridad por parte de los Estados de la UE. Entrevista recuperada el 14 de abril de 2023 de <https://twitter.com/amanpour/status/1503435514812190721>.



de asilo o, tras obtener la protección demandada, del refugiado<sup>187</sup>. En cualquier caso, nos referimos a grupos que cruzan fronteras internacionales, lo que los diferencia claramente de los desplazados internos<sup>188</sup>.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados lo define como toda persona que *“debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”*.

Una de las mayores críticas que recibió esta definición fue la limitación temporal que constaba en la Convención y que restringía la condición de refugiado a la persona afectada por hechos ocurridos antes del 1 de enero de 1951. Sin embargo, esta situación fue corregida en el Protocolo sobre el Estatuto de los refugiados de 1967 en Nueva York, a través de su artículo 1.2<sup>189</sup>:

*“A los efectos del presente Protocolo y salvo en lo que respecta a la aplicación del párrafo 3 de este artículo, el término «refugiado» denotará toda persona comprendida en la definición del artículo 1 de la Convención, en la que se darán por omitidas las palabras «como resultado de*

---

<sup>187</sup> La principal diferencia entre los dos términos reside en que el solicitante de asilo es alguien que ha salido de su país de origen y busca en otro protección frente a determinadas persecuciones o violaciones graves de derechos humanos. Si su solicitud es aceptada y se le reconoce legalmente esta condición, entonces pasa a denominarse “refugiado” o “asilado” y puede ejercer una serie de derechos inherentes a dicho reconocimiento. No obstante, en las últimas décadas el concepto de refugiado se ha ampliado para incluir a aquellas personas que huyen de forma masiva de guerras o desastres naturales, sin que necesariamente tengan que sufrir una persecución individual o ya hayan recibido protección legal en el país de acogida (ACNUR, 2019). Texto recuperado el 23 de mayo de 2022 de <https://www.acnur.org/noticias/stories/preguntas-frecuentes-sobre-los-terminos-refugiados-y-migrantes>.

<sup>188</sup> Los Principios Rectores sobre los Desplazamientos Internos (1998) definen al ‘desplazado interno’ como *“toda persona o grupos de personas que se han visto forzadas u obligadas a escapar o huir de su hogar o de su lugar de residencia habitual en particular, como resultado o para evitar los efectos de un conflicto armado, de situaciones de violencia generalizada, de violaciones de los derechos humanos o de catástrofes naturales o provocadas por el ser humano, y que no han cruzado una frontera estatal internacionalmente reconocida”*. Según el Observatorio sobre el Desplazamiento Interno del Consejo Noruego para Refugiados (IDMC), a finales de 2021 existían en el mundo casi 60 millones de desplazados, unas cifras no muy alejadas de la cantidad de refugiados totales que contabilizó ACNUR en ese mismo año (unos 90 millones y en constante aumento). A diferencia de estos últimos, los desplazados no traspasan las fronteras de su país en busca de seguridad y en ocasiones se encuentran a merced de la protección nacional que les otorgue su gobierno. Texto recuperado el 23 de mayo de 2022 de <https://www.acnur.org/personas-desplazadas-internas.html>.

<sup>189</sup> Texto recuperado el 23 de mayo de 2022 de <https://www.acnur.org/5b076dcd4.pdf>.

*acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y...» y las palabras «...a consecuencia de tales acontecimientos», que figuran en el párrafo 2 de la sección A del artículo 1”.*

Siguiendo a Gil-Bazo (1999), la Convención presenta varios aspectos controvertidos que constituyen algunos de los motivos que han propiciado una mala gestión por parte de los Estados de las crisis migratorias. En resumen, estos serían los siguientes:

- No conceder el estatuto a personas que hayan cometido un delito contra la paz, de guerra o contra la humanidad, o un grave delito común fuera del país de refugio y contra los principios rectores de la Convención.
- Justificación de persecución sufrida en los términos del art. 1 de la Convención.
- No definición del término de persecución dando lugar a ambigüedades y la no existencia de un organismo que armonice la definición de refugiado entre las partes.
- La no inclusión del derecho al asilo, cuya figura hace tener sentido a la del refugiado.

Todas estas cuestiones se han ido dirimiendo en textos normativos posteriores, como el Estatuto de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados<sup>190</sup> que supuso una ampliación de la definición y ámbito de la figura del refugiado.

A nivel europeo, también se hicieron grandes esfuerzos por adaptar la legislación internacional, a través de la aprobación de diferentes instrumentos jurídicos como la Posición Común (1996)<sup>191</sup>, relativa a la aplicación armonizada de la definición del término ‘refugiado’ conforme al artículo 1 de la Convención de Ginebra citada anteriormente; o el Reglamento (CE) nº 343/2003 del Consejo<sup>192</sup>, por el que se establecieron los mecanismos de determinación del Estado responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país.

Además, cabe destacar la importancia que supuso la Directiva 2011/95/UE<sup>193</sup> por la que se aprobaron una serie de normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de apátridas como

---

<sup>190</sup> El Estatuto fue adoptado por la Asamblea General en su resolución 428 (V), de 14 de diciembre de 1950. Texto recuperado el 25 de mayo de 2022 de <https://www.acnur.org/5b07680a4.pdf>.

<sup>191</sup> Posición Común de 4 de marzo de 1996, definida por el Consejo, sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea. Texto recuperado el 25 de mayo de 2022 de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6033.pdf>.

<sup>192</sup> Texto recuperado el 25 de mayo de 2022 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32003R0343>.

<sup>193</sup> Texto recuperado el 26 de mayo de 2022 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?uri=celex%3A32011L0095>.

beneficiarios de protección internacional, la instauración de un estatuto uniforme para las personas con derecho a protección subsidiaria, así como el contenido de la protección concedida.

En definitiva, nos encontramos ante una serie de avances en materia de refugio, pero también con numerosos y enrevesados textos legales para definir una misma situación y su ámbito de actuación. La protección no se garantiza en todos los casos, y los países miembros siguen teniendo un gran margen de actuación para decidir a quién se le niega la condición de refugiado, condenando al solicitante en cuestión a una especie de limbo jurídico carente de amparo.

En el ámbito nacional para hablar del refugio debemos remitirnos, en su origen, a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, que vino a desarrollar el mandato contenido en el apartado cuatro del artículo 13 de la Constitución que dispone: “*La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España*”.

A pesar de que parte de la doctrina (por ejemplo, Solanes Corella, 2014, p. 182) entendiese que nos encontrábamos ante un “auténtico derecho a tener derechos” (como también se ha proclamado a lo largo del tiempo del derecho a migrar), este no se estableció como un derecho fundamental, sino como uno de configuración legal a merced de las decisiones del legislador.

Esta norma, aprobada en el primer gobierno del PSOE, fue la primera que abordaba la institución del asilo en un marco democrático y de libertades, así en su exposición de motivos se proclamaba que su entrada en vigor respondía “*a criterios de solidaridad, hospitalidad y tolerancia que deben inspirar el estado democrático definido en nuestra Constitución*”.

Unos valores que todavía se asociaban a los refugiados de la época que contaban con cierto prestigio entre la sociedad internacional, ya que el pensamiento generalizado era que habían arriesgado su vida para escapar de las atrocidades de los regímenes fascistas y comunistas del momento. Por ello, a esta especie de héroes había que acogerlos, protegerlos y devolverles una vida que podían haber arrebatado a cualquiera, de ahí también los sentimientos de simpatía y compasión que despertaban entre la ciudadanía (Moreno Amador, 2021).

El rasgo más característico de esta norma es que diferenciaba entre el derecho de asilo (Título I) y el reconocimiento del estatuto del refugiado (Título II). Si bien, la primera se entendía como un acto graciable del Estado llevado a cabo en el ejercicio de su soberanía, el refugio constituía un derecho

subjetivo de todas las personas que reunían los requisitos de la Convención de Ginebra (A. Ortega Giménez, 2016).

Entre la entrada en vigor de la ley y la primera reforma que se llevó a cabo de esta (10 años después), las solicitudes de asilo aumentaron de 1000 a 12.000 (Vallés Ferrero, 2016), unas cifras nada comparables a las actuales pero que ya generaban preocupación entre los gobernantes europeos que debían gestionar dichas acogidas. Quizá por ello, en Europa se extendió la idea, propiciada por los discursos gubernamentales y los medios de comunicación<sup>194</sup>, “de que la mayoría de los solicitantes de asilo eran en realidad “migrantes económicos” que se aprovechaban de los sistemas de protección ofrecidos a los primeros” (Moreno Amador, 2021, p. 94).

De esta forma, en países con una mayor tradición en el ámbito del asilo, como Alemania o Reino Unido, determinados discursos políticos y medios de comunicación enfocaron la migración desde la práctica abusiva que realizaban los solicitantes. Es entonces cuando se comenzó a utilizar estas etiquetas institucionales, ‘solicitante de asilo’ y ‘migrante económico’ “de manera confrontada” (Moreno Amador, 2021, p. 17), como si se tratase de dos realidades irreconciliables donde la segunda de ellas encarnara una especie de enemigo sobre el que hemos de permanecer alerta y evitar a toda costa que traspase nuestras fronteras.

La consecuencia de todo este proceso fue la creación de lo que se ha denominado una “cultura de la desconfianza” por parte de la Administración y las autoridades, basada en la idea de que una gran mayoría de los solicitantes de asilo mentían porque en realidad eran migrantes económicos (Moreno Amador, 2021, p. 26).

En esta misma línea, Ticktin (2015, p. 294) argumentaba que la oposición dicotómica -refugiado y migrante económico- no responde tanto a una cuestión legal sino, más bien, moral que trata de delimitar quiénes son merecedores de protección respecto a quiénes no lo son. En palabras de la autora: “La utilización conjunta de ambos términos (...) intenta de hecho separar a los inocentes de

---

<sup>194</sup> El diario *ABC* titulaba el 26 de marzo de 1991: “Ley de asilo: una puerta abierta a la inmigración ilegal”, y a lo largo de la noticia entrevistaba a expertos que explicaban que se estaban “colando” en nuestro sistema miles de emigrantes económicos procedentes de países con los que España no tenía “obligaciones”. Noticia recuperada el 27 de mayo de 2022 de <https://www.abc.es/archivo/periodicos/abc-madrid-19910326-25.html>.

los culpables, los que son merecedores de ese humanitarismo de los que no”<sup>195</sup>. Ese deslizamiento semántico que se perpetuará en el tiempo, es precisamente el que crea oportunidades para la construcción de nuevas subcategorías más y menos meritorias, así como, en su caso, para justificar su inclusión y exclusión (Moreno Amador, 2021).

A nivel mediático, son numerosos los ejemplos del uso de categorías que excluyen a determinadas personas (migrantes) al situarlas fuera de la legalidad. Obsérvese esta noticia publicada por el diario *El País* en la que informaba sobre las cifras de inmigración irregular en España. En ella, para aludir a las personas que se encontraban en esta situación se utilizaban referencias como ‘sin papeles’ (“La llegada de sin papeles se redujo a casi la mitad”); o “inmigrantes clandestinos”<sup>196</sup>. Unas expresiones que atraen la atención del lector de tal manera que lo que seguramente recordará de la información, por encima de otros aspectos igualmente relevantes (causas que motivan la migración, vulnerabilidad de ciertos grupos, pobreza sobrevenida) es que sus protagonistas han cometido un fraude legal.

En nuestro país, esta práctica desembocó en que la clase política española incorporó a sus discursos la idea de que el procedimiento de asilo era demasiado “generoso” (Vallés Ferrero, 2016, p. 230), pues otorgaba al solicitante el derecho de entrar y permanecer en el país hasta que se resolviese su petición. No debemos olvidar tampoco que un año después de la aprobación de la ley de asilo, había entrado en vigor la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, la primera regulación real sobre extranjería tras la aprobación de la Constitución en 1978.

---

<sup>195</sup> La autora continúa profundizando en esta idea y afirma que “los refugiados ‘reales’ son vistos como inocentes huyendo de amenazas de persecución ‘reales’ y bien fundadas. Se les concibe como pasivos, necesitados de salvación: esta es la imagen clásica de la inocencia”. Sin embargo, los migrantes económicos son percibidos, en contraste a los refugiados, como “taimados embusteros que intentan aprovecharse de los servicios públicos y otros beneficios del estado de bienestar europeo, de forma que debilitan no solo la seguridad, sino los propios valores europeos”. [...] Por tanto, para la autora lo que al final rige y configura esta tendencia a separar a las personas entre buenos y malos es el “humanitarismo” utilizado como pretexto para quitar derechos a la mayoría (migrantes) en nombre de la minoría (refugiados) Ticktin (2015, p. 294). Así, la autora argumenta que “el humanitarismo, más que protección de la humanidad como un todo, establece jerarquías de humanidad, de tal forma que algunos son más humanos que otros” (Ticktin, 2015, pp. 292-293).

<sup>196</sup> Gimeno, S. La inmigración irregular cae casi la mitad en seis meses (31/07/2009). *El País*. Texto recuperado el 28 de mayo de 2022 de [https://elpais.com/diario/2009/07/31/espana/1248991216\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2009/07/31/espana/1248991216_850215.html).

Esta, como hemos comentado en páginas anteriores, se aprobó en un momento en el que se adivinaba el cambio de tendencia de la emigración a la inmigración en España, de tal forma que este dejaba de ser “exportador” de ciudadanos que se marchaban al extranjero en busca de una mayor prosperidad y bienestar social para convertirse en país de acogida de otros ciudadanos del mundo que perseguían idénticos fines en nuestro territorio. Así lo relataban los medios de comunicación de la época, como el diario *ABC* que el 1 de septiembre de 1986 titulaba: “Más de dos mil personas pidieron asilo político en España durante 1985. De un país de exiliados se ha pasado a un país de asilo”<sup>197</sup>.

Quizá, debido a este cambio, comenzaron a proliferar sentimientos de rechazo y desconfianza hacia los refugiados que ya no eran vistos como un orgullo, sino como una carga para los Estados. Por ello, la primera LOEx se llevó a cabo bajo unas premisas muy restrictivas para el establecimiento de los inmigrantes en España (recordemos que de los 36 artículos que componían la LO 7/1985 solo siete se dedicaban a abordar los derechos de los extranjeros, el resto establecía un sistema legal durísimo que partía del principio de preferencia nacional con respecto a los extranjeros).

Teniendo en cuenta el panorama nacional y europeo estigmatizante, no es de extrañar que se exigiese una reforma de la ley del asilo para continuar con esta tendencia restrictiva de control y falta de reconocimiento de derechos a las personas extranjeras, ya fuesen migrantes o solicitantes de asilo. Por ello, en 1994 la primigenia ley de asilo sufrió una profunda revisión, con el PSOE aún en el Gobierno, que pretendió adecuar el ordenamiento español a los sistemas que imperaban en Europa. No debe extrañarnos entonces que en el preámbulo de la nueva ley se señalase al asilo como la principal vía de inmigración irregular: *“El sistema de protección a los refugiados políticos se ve desvirtuado en la práctica por un número creciente de solicitudes, en su mayoría de inmigrantes económicos, lo que dificulta la acogida adecuada y provoca el consiguiente retraso en la resolución de las peticiones, convirtiéndose en la práctica en la principal vía de inmigración irregular hacia nuestro país”*.

España, consciente del rol que desempeñaba como puerta del espacio Schengen (había ratificado el acuerdo un año antes), se convierte en guardián del mismo (Vallés Ferrero, 2016, p. 230). Para ello, endurece las condiciones de entrada al país mediante dos aspectos esenciales incorporados en la nueva ley: la supresión de la doble figura de asilo y refugio con estatutos diferenciados; y la

---

<sup>197</sup> Noticia recuperada el 25 de mayo de 2022 de <https://www.abc.es/archivo/periodicos/abc-sevilla-19860901-17.html>.

controvertida introducción de un procedimiento acelerado de inadmisión a trámite, tanto para las solicitudes registradas en territorio como las registradas en frontera<sup>198</sup>. Se trataba de responder así a las demandas impuestas a España para implementar políticas más restrictivas en su nuevo papel de “cancerbero de la frontera sur” (Gil-Bazo, 1998, p. 214 y ss.).

El Tribunal Constitucional se pronunciaría sobre este tema en su polémica STC 53/2002, de 27 de febrero, tras un recurso de inconstitucionalidad promovido por el Defensor del Pueblo. En ella, los magistrados afirmaron que dicho procedimiento acelerado en frontera no podía entenderse como una detención, sino como una “*retención provisional*” que, a su juicio, no vulneraba las garantías establecidas en nuestra CE con respecto a la libertad personal promulgada en el art. 17 CE<sup>199</sup>.

### **13.1. Hacia una protección efectiva de los derechos de los refugiados: la vigente Ley Orgánica 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria**

Transcurridos más de catorce años desde esta primera modificación, y considerando el desarrollo de una política europea de asilo que estaba teniendo lugar en el seno de la Unión Europea, en 2009 se aprobaría la segunda reforma de la ley de asilo a través de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que aún perdura en la actualidad.

---

<sup>198</sup> Esto significaba que todos aquellos solicitantes de asilo, para ser considerados como tales y estudiar sus solicitudes, tendrían que ser admitidos en una fase previa en el examen de las solicitudes que permitía la denegación de forma rápida de aquellas peticiones que fuesen abusivas, infundadas o que su examen no correspondiese a España o existiese otro Estado en condiciones de prestar la protección demandada. Vallés Ferrero (2016, p. 230) explica que si la reforma que introdujo la Ley 9/1994, de 19 de mayo, resultó polémica y fue muy discutida por la doctrina y organizaciones de la sociedad civil fue precisamente “por la introducción de este procedimiento acelerado en frontera que exige que los solicitantes de protección internacional en puestos fronterizos españoles permanezcan en ‘dependencias habilitadas’ en los mismos hasta que las autoridades decidan sobre la admisión o no a trámite de sus solicitudes”.

<sup>199</sup> Entendía el TC que dicho procedimiento ni desarrollaba ni regulaba de forma directa y general el derecho a la libertad personal de los extranjeros; ni siquiera el derecho a la libertad de un grupo concreto de extranjeros (los solicitantes de asilo en frontera): *El art. 5.7.3 LDA [Ley de Asilo] “impone –en el marco de una regulación eminentemente protectora del extranjero ciertas limitaciones temporales y espaciales a aquellos extranjeros que se encuentran en una situación provisional de espera perfectamente identificada en la Ley. Se trata de una restricción de la libertad de movimientos –respecto a su pretensión de entrar libremente en España– por un máximo de cuatro días (y a lo sumo dos días más si, inadmitida la solicitud, se paraliza la expulsión del extranjero por medio de una petición de reexamen) que en ningún caso impide el libre retorno del recurrente a su lugar de procedencia o, en su caso, la marcha hacia un tercer Estado con distinto régimen de entrada”*. Para el TC nos hallábamos ante modulaciones provisionales y limitadas a la forma en que ciertos sujetos disfrutaban, en circunstancias muy determinadas y no generalizables, de su derecho a la libertad personal. Por lo que la regulación del art. 5.7.3. LDA no constituía “*un desarrollo frontal del derecho a la libertad personal, ni las restricciones que establecía dicha ley suponían una limitación esencial de aquella libertad personal*”.

Su puesta en marcha coincidió con la cuarta reforma de la ley de extranjería: la LO 2/2009, de 11 de diciembre, que *a priori* significó avances positivos en la integración de los migrantes en nuestro territorio, tal y como también se afirmó de la ley 12/2009.

Fueron dos los motivos que propiciaron la promulgación de la nueva ley de asilo y que se mencionan expresamente en su preámbulo: en primer lugar, la obligación de trasponer las directivas aprobadas años antes que configuraban la denominada “primera fase” del SECA (Sistema Europeo Común de Asilo<sup>200</sup>), formada esencialmente por tres directivas conocidas como “directiva de cualificación”, “directiva de procedimientos” y “directiva de condiciones de acogida”, además de

---

<sup>200</sup> El Sistema Europeo Común de Asilo (SECA) nació de la necesidad de establecer un conjunto normativo y procedimientos que se aplicaran de forma armonizada en todos los Estados miembros a las personas originarias de terceros Estados que buscaban protección internacional. De esta forma, se evitaría la disparidad en la aplicación de normas referentes al asilo en cada Estado. El Consejo Europeo, reunido en Tampere en 1999, tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam que comunitarizó las políticas de asilo de los Estados miembros, programó el SECA en dos fases: una primera que buscaba (hasta 2004), *grosso modo*, la armonización normativa de los sistemas de asilo nacionales en la creación de una legislación común de obligado cumplimiento. Y una segunda (2005-2012) que presentaba como objetivos principales el establecimiento de un procedimiento homogéneo de asilo en todos los Estados miembros, un estatuto uniforme para las personas a las que se les concediese el asilo o la protección subsidiaria; y la necesaria cooperación entre todas las administraciones nacionales encargadas de dicha materia.

Lamentablemente, y a pesar de las sucesivas reformas llevadas a cabo en el seno de la Unión, a día de hoy sigue sin existir una verdadera y efectiva política común de asilo en Europa, lo que quizá constituya una de las demandas más ignoradas por las instituciones europeas. En contraposición a esto, lo que sí persiste son las diferencias entre los sistemas nacionales de asilo de los distintos países de la UE que originan que las personas necesitadas de protección reciban un tratamiento diferente en función del Estado donde presentan su solicitud (Pérez Villalobos, 2017). Prueba fehaciente de ello son los acontecimientos acaecidos en 2020 Grecia, donde el Ejecutivo decidió suspender el derecho de asilo durante el mes de marzo, debido a la gran afluencia de refugiados que habían cruzado la frontera que separa al país de Turquía. Resultaba evidente que esta medida tomada de forma unilateral por el país griego violaba diversos tratados europeos e internacionales, tales como la Convención Europea de Derechos Humanos, la Convención de Ginebra para los Refugiados y la propia Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 14 establece: “*Toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él en cualquier país*”.

La reacción de la Unión Europea ante estos sucesos fue mostrar su apoyo incondicional a Grecia a través de la presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, que afirmó tras visitar uno de los puestos fronterizos del país: “Agradezco a Grecia que sea el escudo de Europa”. La semántica bélica empleada por la dirigente europea reafirma la idea de la ‘Europa-fortaleza’ a la que ya nos hemos referido anteriormente; y ejemplifica la deriva que ha tomado la UE en cuanto a la consideración de los refugiados como ‘enemigos’, ‘amenazas’ de las que hay que protegerse con ‘escudos’.

Diario Público. Von der Leyen agradece a Grecia que sea el ‘escudo’ de la UE ante los refugiados (3/3/2020). *Público*. Texto recuperado el 29 de mayo de 2022 de <https://www.publico.es/internacional/refugiados-von-der-leyen-agradece-grecia-sea-escudo-ue-refugiados.html>.



algunas disposiciones relativas a la reagrupación familiar incluidas en la Directiva genérica para todos los nacionales de países terceros que afectaba también a los refugiados<sup>201</sup>.

La reforma se hacía más necesaria que nunca tras conocer que en julio de 2009 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea había condenado a España, a través de la STJCE, asunto C-272/08, *Comisión contra España*, de 9 de julio de 2009, por la no transposición de dichas directivas en el plazo acordado.

El segundo motivo para la entrada en vigor de la ley era la obligación de incorporar la garantía de la protección subsidiaria, como figura independiente del asilo/refugio, con el objetivo de proteger a aquellas personas a las que no les alcanzaba la definición de refugiado, tal y como se definía en la Convención de Ginebra pero que temían regresar a sus países de origen por correr el riesgo de sufrir graves daños (García Mahamut, 2010).

Las definiciones esenciales que permiten diferenciar la figura del refugio/asilo de la de protección subsidiaria vienen recogidas en los artículos primeros de la ley. De este modo, el art. 2 define el derecho al asilo como *“la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967”*.

Por su parte, el art. 3 establece que *“la condición de refugiado que da lugar al anterior derecho sirve para reconocer a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de*

---

<sup>201</sup> Las directivas mencionadas son las siguientes:

Directiva 2004/83/CE, del Consejo, de 29 de abril, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida.  
Directiva 2005/85/CE, del Consejo, de 1 de diciembre, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado.

Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, por la que se establecen normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los estados miembros.

Capítulo V de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho de reagrupación familiar.

*género u orientación sexual<sup>202</sup> se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”.*

Queda claro entonces que en la actualidad el término ‘refugio’ sirve para definir una condición reconocida a ciertas personas, mientras que el ‘asilo’ comprende la protección dispensada a dicha personas reconocidas como refugiados.

El derecho a la protección subsidiaria lo hallamos inmediatamente después, en el art. 4 que precisa que se trata de un derecho dispensado *“a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate”.*

Con respecto a los daños graves que dan lugar a dicha protección (art. 10), se establecen los siguientes:

- “a) la condena a pena de muerte o el riesgo de su ejecución material;*
- b) la tortura y los tratos inhumanos o degradantes en el país de origen del solicitante;*
- c) las amenazas graves contra la vida o la integridad de los civiles motivadas por una violencia indiscriminada en situaciones de conflicto internacional o interno”.*

Ambas figuras (el refugio/asilo y la protección subsidiaria) comprenden lo que se conoce como el concepto superador de protección internacional; y coinciden en los derechos que se otorgan a sus beneficiarios (art. 5): *“la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios*

---

<sup>202</sup> La ley amplió la definición de refugiado incorporando estos dos últimos motivos que no venían recogidos con carácter expreso en la Convención de Ginebra. Aunque es cierto que sí se aplicaban en la práctica, la doctrina consideró que la mención explícita permitió una mayor visibilidad, convirtiéndose en un progreso evidente (Galparsoro, 2010).

*internacionales ratificados por España*”, entre otros: autorización de residencia y trabajo permanente, libertad de circulación, acceso a la educación, a la asistencia sanitaria, social, a la vivienda, etc.

Lo cierto es que buena parte de los estudiosos en esta materia (García Mahamut, 2010; Vallés Ferrero, 2016; Morcillo Marco, 2021) concuerdan en que la entrada en vigor de la ley 12/2009 supuso un importante salto cualitativo en la defensa y reconocimiento de los derechos, sobre todo los de carácter social, que amparaban a los solicitantes de protección internacional. Y todo ello sin menoscabar lo que había sido hasta ese momento el sistema de protección, sino todo lo contrario: introduciendo visibles adelantos que buscaban mejorar la vida de las personas que llegaban a España en situación de vulnerabilidad o abandono<sup>203</sup>.

Con todo, como ya ocurrió con la mencionada LOEx de 2009, no se pueden obviar las disfuncionalidades prácticas vislumbradas tras la puesta en marcha de la ley. En esta investigación

---

<sup>203</sup> Entre los avances más significativos, Morcillo Marco (2021, p. 118 y ss.) destaca los siguientes: la adopción de medidas necesarias para prestar un “tratamiento diferenciado por razón del sexo” en las entrevistas de asilo (art. 17.5); la consideración de las situaciones específicas de personas que se encontraban en un estado de vulnerabilidad (incluyendo a mujeres embarazadas, así como a aquellos que hubiesen sufrido torturas, violaciones u otras formas graves de violencia y víctimas de trata de seres humanos (art. 46); la reagrupación familiar (art. 41); la introducción de un cupo anual de reasentamiento de refugiados en España (disposición adicional primera) y la elevación a rango legal de las obligaciones sobre las condiciones materiales de acogida de los mismos.

También es relevante el lugar destacado que se concede a la intervención del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), a la que la ley dedica todo su Capítulo IV, donde el art. 34 especifica sus derechos como organización: “*La presentación de las solicitudes de protección internacional se comunicará al ACNUR, quien podrá informarse de la situación de los expedientes, estar presente en las audiencias a la persona solicitante y presentar informes para su inclusión en el expediente*”.

A su vez, esto le permitirá, en su labor de protección y ayuda a refugiados, tener acceso directo a dichas personas solicitantes, incluidas las que se encuentren en dependencias fronterizas o en centros de internamiento de extranjeros o penitenciarios.

También merece mención el art. 35 que regula la intervención del organismo en la tramitación de las solicitudes de protección internacional. Obsérvese especialmente los dos primeros párrafos del precepto:

“1. *El representante en España del ACNUR será convocado a las sesiones de la Comisión Interministerial de Asilo y Refugio.*

2. *Asimismo será informado inmediatamente de la presentación de las solicitudes en frontera y podrá entrevistarse, si lo desea, con los solicitantes. Con carácter previo a dictarse las resoluciones que sobre estas solicitudes prevén los apartados primero, segundo y tercero del artículo 21 de la presente Ley, se dará audiencia al ACNUR*”.

Para un análisis más detallado de los cambios que introduce la ley 12/2009 se recomienda la lectura de la tesis doctoral de Morcillo Marco, P. (2021). *La desnaturalización del derecho de asilo desde un análisis comprensivo del contexto nacional y europeo en materia de asilo y refugio: propuestas para la mejora de la protección internacional en España* (Tesis doctoral). Texto recuperado el 28 de mayo de 2022 de <https://mobiroderic.uv.es/handle/10550/80421>.

únicamente nos detendremos en dos por la vinculación que guardan con nuestro objeto de estudio: Por un lado, debemos recordar que la disposición final tercera de la ley instaba al Gobierno a elaborar un reglamento de desarrollo en un plazo no superior a seis meses desde la entrada en vigor de la norma. Tras más de una década, ese desarrollo reglamentario no se ha producido a pesar de algunos intentos fallidos para lograrlo. En consecuencia, continúa vigente el reglamento anterior (el Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero) que se corresponde con la anterior reforma legislativa del sistema de asilo. Esta falta de desarrollo reglamentario ha supuesto también la no transposición de la segunda parte del SECA<sup>204</sup> de directa aplicación desde julio de 2015.

Los resultados de esta peculiar situación han sido la dispersión de criterios que han producido una evidente arbitrariedad por parte de las autoridades responsables en la aplicación de la ley (García Vitoria, 2018), así como una manifiesta inseguridad jurídica para los destinatarios de la norma.

En resumidas cuentas, la ausencia de reglamento ha provocado “cierta atrofia del sistema” (García Vitoria, 2018, p. 119), especialmente con respecto a aquellos preceptos, a priori, problemáticos que necesitaban del desarrollo reglamentario para una correcta interpretación.

Entre todos ellos, destaca el artículo 38 que regula lo concerniente a las solicitudes de protección internacional presentadas en Embajadas y Consulados; y dispone en su primer párrafo:

*“Con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la Representación diplomática (primer requisito que exige la ley) y corra peligro su integridad física (segundo requisito), los Embajadores*

---

<sup>204</sup> Conformada por las siguientes directivas:

1. 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 (refundición) (aplicable desde el 21 de julio de 2015).
2. Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitantes de protección internacional (refundición) (aplicable desde el 21 de julio de 2015).
3. Directiva 2011/95/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, por la que se establecen normas relativas a los requisitos para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional, a un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida (refundición) (aplicable desde el 21 de diciembre de 2013).

*de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley*<sup>205</sup>.

En su segundo párrafo se observa lo siguiente: “*El Reglamento de desarrollo de esta Ley determinará expresamente las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados de los solicitantes, así como el procedimiento para evaluar las necesidades de traslado a España de los mismos*”. De acuerdo con un estudio llevado a cabo por el Defensor del Pueblo en 2016<sup>206</sup>, la Administración venía siendo muy restrictiva respecto a la posibilidad de otorgar protección a través de la vía recogida en el art. 38. De hecho, la falta de desarrollo que les indicase qué procedimiento seguir en estas situaciones (afirmaban, según el Defensor del Pueblo, que no tenían claro qué órganos eran competentes para actuar y en qué condiciones se debía promover un traslado a España a los efectos de solicitar asilo) se convirtió en el argumento más utilizado por la Administración para no responder adecuadamente a las resoluciones de peticiones de asilo (García Victoria, 2018).

A pesar de que durante muchos años esta anomalía fue denunciada por la doctrina (García Mahamut, 2010, subrayaba, de nuevo, la preocupante inseguridad jurídica generada) dada la “imposibilidad” de pedir asilo fuera de España (Vallés Ferrero, 2016, p. 233), no fue hasta 2020 cuando la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se pronunció sobre este tema en su STS 3445/2020, de 15 de octubre de 2020. En ella señaló que la falta de desarrollo reglamentario no era motivo para dejar de ejecutar lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 12/2009, es decir, que el Embajador en el marco de sus funciones posee la potestad para que, si según su criterio la integridad física de esa persona corre peligro, se lleve a cabo el traslado al territorio

---

<sup>205</sup> La reforma de la ley 12/2009 había eliminado la posibilidad de solicitar asilo en las misiones diplomáticas o embajadas españolas en el extranjero, una facultad que sí recogía la anterior legislación. Esta ausencia despertó las críticas de numerosas ONGs; de hecho, CEAR redactó un documento dirigido a los grupos parlamentarios en el que se indicaba que esta omisión conformaba “un grave retroceso y cerraba otra puerta más a la escasa protección internacional efectiva de quienes se ven obligados a abandonar sus países de origen por la persecución o el riesgo de ser sometidos a tortura y tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes”. Esta advertencia también quedó recogida en varias enmiendas elaboradas por los grupos parlamentarios, lo que finalmente obligó al Congreso de los Diputados a incorporar en el texto normativo un capítulo dedicado a las “Solicitudes de protección internacional en Embajadas y Consulados” (actual Capítulo VI) con un único artículo (el actual artículo 38). Este permitía dicha posibilidad, pero le restaba fuerza al convertirla en una facultad ciertamente discrecional del embajador.

<sup>206</sup> Estudio “El asilo en España. La protección internacional y los recursos del sistema de acogida” (2016), recuperado el 24 de mayo de 2022 de [https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo\\_en\\_Espa%C3%B1a\\_2016.pdf](https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2016/07/Asilo_en_Espa%C3%B1a_2016.pdf).

nacional (lo que implica facilitar un visado en su caso y eventualmente obtener un billete de avión de ida a España que siempre requerirán autorización previa)<sup>207</sup>.

Así lo argumentaba el TS: [En el art. 38 de la ley 12/2009] “*se contienen elementos suficientes para que tal propuesta pueda llevarse a cabo, mandato legal que no queda supeditado o condicionado en su efectividad al desarrollo reglamentario que se refiere a las condiciones de acceso a las Embajadas y Consulados y procedimiento para la evaluación*”.

La importancia de este pronunciamiento del Tribunal Supremo estriba en que se trata de una respuesta “audaz” (Sánchez Legido, 2021, p.15), con un lenguaje de los derechos humanos, en una época de control migratorio reacio a reconocer derechos de protección internacional a los migrantes<sup>208</sup>. No debemos olvidar que nos hallamos en un contexto político complejo, fuertemente influido por la acumulación de varias crisis y, en palabras del mismo autor, en lo que a la política migratoria respecta, “la respuesta institucional a nivel europeo ofrece síntomas de fatiga y debilidad ante el empuje de las corrientes que auspician simplistas soluciones nacionalistas -cuando no

---

<sup>207</sup> No obstante, la Carta circular a los embajadores españoles de 20 de noviembre de 2009, a la que hace mención la STS 3445/2020, de 15 de octubre de 2020, señalaba lo siguiente en su apartado tercero: “*En todo caso la Ley no faculta ni a los Embajadores ni a los Cónsules a admitir a trámite ninguna demanda de solicitud de asilo o de protección y menos trasladarla a España*”.

Este punto resulta capital para entender el fondo del art. 38, pues de lo contrario, el Estado español se vería obligado a otorgar asistencia jurídica, sanitaria, protección (incluida la necesaria para evitar el "refoulement" del país) y mantenimiento (alimentación y alojamiento), lo que no parece prever el art. 38 en cuestión. Por lo tanto, el hecho de que una persona pretenda presentar una solicitud de asilo en una Embajada o en un Consulado no implicará, en ningún caso, el comienzo automático del procedimiento de una posible admisión.

<sup>208</sup> Aunque no es la primera vez que los tribunales se muestran ‘a contracorriente’ de las políticas migratorias restrictivas que parecen imperar durante esta época a nivel nacional y europeo. Estas forman parte de un sistema cuyas consecuencias producen, por un lado, “vallas” al reconocimiento del derecho al asilo (Vallés Ferrero, 2016, p. 228 y ss.), y por otro, una exclusión directa del sistema. Es el caso de los llamados “dublins”: Garcés-Mascareñas (2019) explica que se trata de aquellos solicitantes de asilo que al haber retornado desde otros países de la Unión Europea en aplicación del Reglamento de Dublín, ya no tenían acceso al sistema estatal de acogida. Lo cierto es que sí eran solicitantes de asilo, pero no se les permitía el reingreso al sistema de acogida, ya que el Gobierno consideraba que habían abandonado su plaza y, por lo tanto, deducía que no tenían necesidad de ella en el momento de trasladarse a otro país. Sin embargo, en enero de 2019, tras la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (STSJ M 913/2018 de 11 de noviembre; STSJ M 966/2018 de 30 de noviembre), el Ejecutivo español se vio obligado a readmitirlos, lo que suponía “reconocer que su negativa suponía una violación a sus derechos como solicitantes de asilo” (Garcés-Mascareñas, 2019, p. 3). Además, explica la autora que esta situación ha sido especialmente grave cuando ha afectado a las mujeres víctimas de trata que, habiendo sido trasladadas a otros países para ser explotadas, eran retornadas para acabar encontrándose en una situación de vulnerabilidad aún más extrema al no tener acceso al sistema de acogida.

abiertamente xenófobas- a problemas que exigen respuestas multilaterales basadas en principios humanitarios y de solidaridad” (Sánchez Legido, 2021, p. 15).

Este es el reto que también tiene por delante nuestro país que nunca se ha caracterizado por ser precisamente una tierra de asilo (García Mahamut, 2010), pese a que el éxodo de refugiados producido por la guerra en Siria, en 2011, cambió por un tiempo la tendencia de acogida en España. Como hemos mencionado anteriormente, esta crisis originó la cifra más elevada de refugiados en Europa desde la Segunda Guerra Mundial (aunque se prevé que la invasión rusa en Ucrania la supere). Además, supuso “un punto de inflexión en la cobertura de las migraciones en general y de las refugiadas en particular” (Solves Almela y Arcos Urrutia, 2020, p. 260<sup>209</sup>). Por un lado, se observó un aumento de medios que nacieron con la vocación de contar las migraciones con una mayor “sensibilidad y compromiso” (p. 266), como fue el objetivo de la puesta en marcha de los extintos *Periodismo Humano*, *Cuarto Poder*, o la consolidación de *Eldiario.es* o *El Salto* a lo largo de los últimos años. Estos trataban de romper con el discurso dominante que presentaba e informaba sobre los migrantes desde los enfoques de la delincuencia y el empleo, tal y como hemos visto anteriormente.

Por otro lado, el término ‘refugiado’ comenzó a emplearse de forma cotidiana en la agenda periodística de los medios de comunicación. Véase como ejemplo esta noticia de la que informa la Cadena COPE el 22 de diciembre de 2015: “Las llegadas de refugiados e inmigrantes a Europa en 2015 han roto el récord de un millón, un fenómeno atizado por los conflictos armados en Afganistán, Irak y Siria”. No sorprende, por lo comentado con anterioridad, que los medios mezclen continuamente los términos ‘refugiados’ e ‘inmigrantes’, una práctica que contribuye a perpetuar

---

<sup>209</sup> Los autores publicaron en diciembre de 2020 un novedoso estudio que analizaba los cambios producidos en la cobertura mediática de las migraciones en España durante los últimos años. Para abordar dicho objetivo, decidieron tomar a los periodistas especializados de cubrir este tipo de informaciones como sujetos de análisis, para deducir de sus propias impresiones elementos de mejora en el tratamiento de las migraciones. De las 15 entrevistas realizadas a reporteros pertenecientes a los principales medios generalistas del país, extrajeron como conclusiones más relevantes que el abordaje informativo de las migraciones ha experimentado una mejora, pues, según los entrevistados, ahora existe un tratamiento más amplio de estas cuestiones en los medios y se percibe en “una voluntad expresa de corregir las malas prácticas: más sensibilidad –sobre todo en el lenguaje– y mejores enfoques que intentan contextualizar las informaciones y evitar la criminalización” (p. 263). Sin embargo, y a pesar de lo anterior, se destacó también la preocupante “imposición de un discurso antiinmigración” (p. 263) en todos los ámbitos, alimentado por noticias falsas, tergiversación de los hechos relacionados con las personas migrantes; y el discurso de odio hacia ellas. Frente a esto, según los entrevistados, a excepción de “un grupo reducido de medios que luchan por desenmascarar” este tipo de prácticas, “el resto de medios generalistas no hace nada” (p. 265).

dichas categorías dicotómicas y, por ende, las diferencias existentes entre unos y otros, lo que a su vez puede incitar a pensar que unos merecen protección en detrimento de los otros.

En este contexto, consideramos relevante mencionar la reflexión que realiza Emilio Andreu (2019, p. 13 y ss.) sobre la necesidad - o no- de establecer jerarquías entre las personas que comparten el mismo deseo de construir su dignidad en otros lares. El autor duda de las condiciones que diferencian entre refugiado y migrante económico porque en ocasiones las causas que mueven a unos y a otros a abandonar sus lugares de residencia son igualmente forzosas y conllevan idénticos riesgos graves. Pues, si bien, un refugiado alberga fundados temores de ser perseguido en su país por profesar una determinada religión, es evidente que se trata de un peligro para su vida o integridad física que habremos de evitar. Pero si un migrante lo que teme es que le secuestren o le asesinen porque reside en un barrio con altos niveles de delincuencia y pobreza, ¿no nos encontraríamos también ante un peligro real para su vida del que necesita la misma protección que el caso anterior?

Es por ello que Emilio Andreu (2019) entiende que todas estas especies de 'anábasis' son forzosas, entonces "¿cabe distinguir entre migrantes económicos, la mayoría, y los refugiados, que huyen de las conflagraciones o regímenes asesinos? ¿Y si no hubiera una taxonomía de estos movimientos migratorios? ¿Todos serían refugiados, unos políticos, otros económicos, climáticos los de más allá...?". Aquí el autor plantea un problema muy acertado pero, por el momento, de difícil resolución: por un lado es cierto que todo esto evidencia que las separaciones entre unas categorías y otras no son claras ni responden a criterios justos y humanos; pero por otro, coincidimos con el autor en que la respuesta tampoco debe partir de aglutinar a los que huyen en la misma categoría, la de refugiados que implica mayores garantías de protección. La razón se basa, siguiendo sus propias palabras, en que "si todos se convierten en lo mismo, ninguno lo es; si todos somos buenos, ninguno lo somos". Y lo que al final resulta más preocupante: si se exige la misma protección para todos, es posible que ninguno la obtenga.

En línea con todo esto, es lógico que en 2015 también comiencen a aparecer numerosos estudios académicos sobre la representación de dicha crisis de refugiados en los medios (entre otros, Ther, 2021; Arcos Urrutia et al., 2021). Este último resulta de especial interés porque analiza 3.156 piezas de prensa española publicadas entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de junio de 2017, el periodo de la 'gran crisis de refugiados'. Entre las conclusiones del estudio, se constata el hecho de que los medios cubren regularmente las informaciones sobre las personas refugiadas utilizando, como



fuentes informativas, a las asociaciones u ONGs y, en último lugar, a los propios afectados. De ahí que, como veremos más detenidamente, el discurso general que mantienen los medios sobre los refugiados es el que reflejan y difunden las instituciones y organizaciones que, a fin de cuentas, son las que aportan los datos y ponen voz a la mayoría de las coberturas (Arcos Urrutia et al., 2021).

Pero si al periodismo y a la academia les empezó a interesar este tema fue, en parte, porque la siria fue la principal nacionalidad que solicitó asilo en nuestro país en 2015 (OAR, 2016<sup>210</sup>).

Este hecho tuvo dos consecuencias inmediatas: en primer lugar, a partir de julio de 2014 ACNUR aumentó su presencia en Melilla con el objetivo de reforzar el acceso y el procedimiento de asilo a través de una labor de información y asesoramiento a la población siria que se aglutinaba en la frontera sur<sup>211</sup>.

Por otro lado, destaca la apertura de una oficina de asilo en el puesto fronterizo de Beni-Enzar que convirtió a Melilla en el principal punto de entrada a España de ciudadanos sirios, con un total de 5.178 de peticiones registradas, tras percibir las autoridades que este era el principal punto de entrada a España de los refugiados sirios.

Aunque en un principio esta medida pudo entenderse como “una facilitación general del acceso al asilo” (Moreno Amador, 2021, p. 109), donde este derecho podría convertirse en una vía real de ingreso a España para cualquier refugiado, con el tiempo quedó claro que fue más bien una respuesta a una situación coyuntural que una vía que tuviera el propósito real de ampliar las garantías de protección internacional. Y es que, a pesar del aumento de los recursos para atender el elevado número de solicitudes, en 2015 el porcentaje de concesión de la protección internacional (tanto asilo como protección subsidiaria) en España disminuyó al 31%, por debajo de la media

---

<sup>210</sup> Del total de 15.000 peticiones de protección internacional que se efectuaron ese año, alrededor de la mitad fueron efectuadas por ciudadanos sirios. Sin embargo, solo hubo 1020 resoluciones favorables, de las cuales 218 fueron concesiones del estatuto de refugiados y el resto de protección subsidiaria. Datos recuperados el 20 de mayo de 2022 de [https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo\\_en\\_cifras\\_2016\\_126150899.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo_en_cifras_2016_126150899.pdf).

<sup>211</sup> Aunque quizá el aspecto más relevante de todo esto es el que subraya Moreno Amador (2021) sobre que la presencia de ACNUR para lo que realmente sirvió fue para atestiguar la situación de los refugiados, pues su ausencia durante las dos décadas anteriores evidenció la invisibilidad de aquellos que accedieron previamente y no fueron reconocidos como tal.

europea que se situó ese año en el 52%<sup>212</sup>. Si bien en 2016 se produjo un aumento, alcanzándose el 41% de reconocimientos por protección subsidiaria (mayoritariamente a los sirios), durante los años posteriores las resoluciones favorables volvieron a caer hasta el 15% (2017) y solo un 5% (2018). De esta forma, el trazado del proceso de asilo formaría una especie de “embudo”, extendiéndose el acceso al asilo con los nuevos recursos implementados, principalmente en territorio peninsular, mientras que se mantuvo la angostura en la resolución final, excluyendo a la mayoría de los refugiados (Moreno Amador, 2021, p. 116).

Cabe mencionar que la inauguración de la oficina de asilo (marzo de 2015) coincidió con la modificación de la Ley de Seguridad Ciudadana (Ley Orgánica 4/2015) que legalizó las devoluciones en caliente de todos aquellos (migrantes o solicitantes de asilo) que cruzasen, de forma ilegal, las fronteras españolas de Ceuta y Melilla. Entendemos esta concurrencia de la siguiente forma: para las autoridades, aquellos que llegasen a España a través de la frontera terrestre de Beni Enzar (en su mayoría, sirios) serían considerados como posibles solicitantes de asilo legítimos. Mientras que los que habían accedido por otros canales como, por ejemplo, el salto al perímetro fronterizo, eran vistos como solicitantes ilegítimos y, por consiguiente, migrantes económicos. En base a esto, Moreno Amador (2021) explica que la legitimidad de las demandas de los solicitantes se conformó según la nacionalidad y el modo de ingreso; y no en función de la experiencia individual de cada uno, tal y como ampara el derecho internacional.

La citada praxis, unida al proceso de etiquetado esbozado en páginas anteriores, mediante el cual utilizamos diferentes términos para denominar a las personas que no responden a sus realidades, sino al diseño de las políticas migratorias de nuestros Estados (Van Dijk, 1997) produce un discurso de deslegitimación que nos permite decidir, en base a la moralidad, quiénes son merecedores de ser acogidos y protegidos. Y, por el contrario, quiénes no lo necesitan tanto o no se lo han trabajado lo suficiente como para obtener tal garantía. De esta forma, los últimos son “expulsados” de nuestra sociedad civil sin remordimientos, se trata también del denominado “discurso refractivo” (Mhanna Mhanna y Bañón Hernández, 2021, p. 161) que permanece a la búsqueda continua del equilibrio

---

<sup>212</sup> El estatuto de refugiado se concedió únicamente a 218 personas frente a las 384 del 2014, lo que supuso menos del 1% del total de estatutos concedidos en la UE. La protección subsidiaria se otorgó a 802 solicitantes, frente a las 1.199 de 2014. Esto supuso un porcentaje de solicitudes rechazadas que pasó del 56,14% en 2014 al 68,51% (OAR, 2015). Datos recuperados el 19 de mayo de 2022 de [https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo\\_en\\_cifras\\_2015\\_126150899.pdf](https://www.interior.gob.es/opencms/pdf/servicios-al-ciudadano/oficina-de-asilo-y-refugio/datos-e-informacion-estadistica/Asilo_en_cifras_2015_126150899.pdf).

entre la seguridad propia y la responsabilidad ética hacia los demás, entre “tolerancia” y “realismo”, donde los medios de comunicación desempeñan un papel crucial. En línea con esto, creemos necesario mencionar un estudio llevado a cabo por Zarauza-Valero (2021) sobre el tratamiento informativo de los refugiados en la televisión pública española TVE entre 2015 y 2017. En él se analizan 252 fragmentos de telediarios emitidos en las tres franjas horarias principales del día (mañana, tarde y noche); y se destaca como conclusión la recurrente asociación negativa entre el uso de secuencias particularmente “duras” (imágenes de refugiados heridos o muertos), y declaraciones de políticos al respecto. El objetivo de esta práctica, entiende la autora, es mitigar el efecto “desagradable” o “brusco” que, a priori, pueden producir dichas representaciones en la audiencia. Aunque también interpretamos que todos los acontecimientos que ocurren parece que automáticamente han de contar con una respuesta o comentario gubernamental, en lugar de instar a otro tipo de reflexión a partir de entrevistas a los afectados o a sus familiares.

Igualmente llama la atención que en los casos que se acompañan con declaraciones de refugiados, la mayoría de ellos son hombres (93) en detrimento de las entrevistas que se realizan a mujeres (27), por lo que a la invisibilización que sufren sus historias, se ha de añadir una cierta -y grave- discriminación mediática.

Como hemos comentado, la experiencia siria no cambió en gran medida la situación del asilo en España, y actualmente nuestro país dista bastante de ser considerado como una tierra de acogida. A pesar de ello, cada año que transcurre se sitúa como uno de los territorios de la Unión Europea que más peticiones de asilo recibe, solo superado por Alemania y Francia.

Al cierre de 2021, la oficina de Asilo y Refugio española acumulaba 104.025 expedientes abiertos, un atasco equivalente a 17,4 meses de trabajo (Eurostat, 2022<sup>213</sup>); en cuanto a reconocimiento de protección internacional, en ese mismo año las ONGs celebraron un incremento en el porcentaje de resoluciones de asilo favorables: un 10,5% frente al 5% de 2020.

No obstante, nuestro país todavía se encuentra alejado de la media europea que se sitúa en un 35% de resoluciones favorables, según datos de la Agencia de Asilo de la UE. Todo ello sin olvidar el contexto que nos rodea, pues por segundo año consecutivo el número de solicitantes ha descendido

---

<sup>213</sup> Datos publicados por RTVE y recuperados el 18 de mayo de 2022 de <https://www.rtve.es/noticias/20220602/comando-actualidad-refugiarse-espana-tarda-17meses-responder-peticiones-asilo/2357338.shtml>.

hasta las 65.404 debido a las restricciones impuestas por la pandemia, especialmente en fronteras aéreas (CEAR, 2022<sup>214</sup>).

Vistas las trabas jurídicas y sociales a las que se han de enfrentar las personas solicitantes de asilo, no es de extrañar que De Lucas Martín (2021, p. 309) se haya mostrado siempre contrario a la idea de denominar a estas personas como ‘refugiados’, pues en palabras del autor: “Nunca llegan a serlo, porque todo nuestro esfuerzo jurídico -y buena parte del arsenal comunicativo- está orientado a tratar de dificultar o impedir que adquieran esa condición normativa”.

Aunque ahora, con la huida forzosa de numerosos ucranianos tras la invasión rusa, es posible que las cifras de acogida aumenten progresivamente conforme la guerra se prolongue. Si bien es pronto para cifrar a los desplazados, se estima que solo en España han llegado más de 130.000 personas a las que se les ha otorgado automáticamente protección internacional<sup>215</sup>.

La respuesta guarda cierta semejanza con el contexto de la crisis de refugiados sirios, pero el hecho de que por primera vez se haya activado a nivel europeo la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001 de protección temporal<sup>216</sup>, parece un buen motivo para albergar cierta esperanza con respecto a la idea de que la UE tome conciencia de que no es posible abordar las crisis de refugiados apostando por una política de intensificación de los controles y del cierre de fronteras, “a todas luces inoperante” (Garcés-Mascareñas, 2015, p. 4) pero que mantiene intactas las prerrogativas nacionales.

Empecinarse en una política que no funciona puede tener un precio muy alto: por un lado, Europa no responde a sus obligaciones más básicas (el mantenimiento de sus consabidos valores de libertad, igualdad y justicia). Por otro, con su falta de respuesta, se pone en entredicho su futura influencia como organización internacional en sus Estados miembros y en el escenario internacional. Y además, “justifica y alimenta las posiciones más ultranacionalistas y xenófobas” (Garcés-Mascareñas, 2015, p. 5), con los peligros que estas pueden acarrear para el

---

<sup>214</sup> Datos recuperados el 18 de mayo de 2022 de <https://www.cear.es/datos-asilo-2021/>.

<sup>215</sup> Declaraciones del ministro de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, José Luis Escrivá, a la prensa, recuperadas el 21 de mayo de 2022 de <https://www.lavanguardia.com/vida/20220603/8314979/espana-acoge-130-000-refugiados-ucranianos.html#:~:text=El%20ministro%20de%20Inclusi%C3%B3n%20y%20Seguridad,los%20120.000%20y%20los%20130.000.>

<sup>216</sup> Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Texto recuperado el 21 de mayo de 2022 de [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32001L0055.](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32001L0055)

progreso de sus sociedades democráticas donde la convivencia pacífica entre sus ciudadanos resulta clave.

Por todo ello, estamos convencidos de que diseñar y comprometerse con el establecimiento de una política común de asilo es el primer paso para alejarse del concepto, construido en los últimos tiempos, de “Europa-fortaleza” o incluso “la Europa de los mercaderes” (*El País*, 2015<sup>217</sup>); y así avanzar hacia una verdadera Europa de los derechos, de la justicia al servicio de los ciudadanos, “en consecuencia la Europa del asilo y la solidaridad” (García Mahamut, 2010, p. 32 y ss.) como parece desprenderse de la redacción del art. 78 TFUE<sup>218</sup>.

#### **14. Concepto y contornos difusos de la categoría del apátrida: especial referencia al ámbito español**

Sin duda, existe otro concepto que suscita confusión con respecto al estatuto de refugiado y al derecho de asilo: la figura del apátrida para cuya definición acudimos a la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 que afirma: “*Se trata de personas no consideradas como nacionales suyos por ningún Estado conforme a su legislación*”<sup>219</sup>.

Dicha Convención constituye la piedra angular del régimen internacional de protección de las personas apátridas, que se refuerza con otros textos normativos posteriores, donde se les garantiza un trato igualitario, y el acceso a derechos básicos como el derecho a la educación, el empleo y la vivienda para cuyo ejercicio normalmente la nacionalidad es indispensable. Así, el artículo 15 de la

---

<sup>217</sup> Julio Anguita afirmó en los años 90 que la firma del Tratado de Maastricht era el inicio de “la Europa de los mercaderes y no de los ciudadanos”. Declaraciones recuperadas el 20 de mayo de 2022 de [https://elpais.com/elpais/2015/07/15/opinion/1436973012\\_514134.html](https://elpais.com/elpais/2015/07/15/opinion/1436973012_514134.html).

<sup>218</sup> Cuyas primeras palabras son toda una declaración de intenciones: “*La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución*”.

<sup>219</sup> No se aplica, por lo tanto, a (art. 2 de la citada Convención):

“(i) *A las personas que reciben actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, mientras estén recibiendo tal protección o asistencia;*

(ii) *A las personas a quienes las autoridades competentes del país donde hayan fijado su residencia reconozcan los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país;*

(iii) *A las personas respecto de las cuales haya razones fundadas para considerar:*

(a) *Que han cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, definido en los instrumentos internacionales referentes a dichos delitos;*

(b) *Que han cometido un delito grave de índole no política fuera del país de su residencia, antes de su admisión en dicho país;*

(c) *Que son culpables de actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas*”.

Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que “*todo individuo tiene derecho a tener una nacionalidad*”. Además, en su párrafo segundo dispone: “*A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad*”.

A partir de estas definiciones hemos de diferenciar entre los apátridas *de iure* referidos a los que no son nacionales de ningún Estado, ya sea porque no se les otorgó nacionalidad alguna al nacer o porque a lo largo de su vida la perdieron y no adquirieron una nueva<sup>220</sup>. Por otro lado, hallamos a los apátridas *de facto*: personas que, habiendo salido del país del que eran nacionales, ya no disfrutaban de la protección y asistencia de sus autoridades nacionales, bien porque estas autoridades rehúsan darles asistencia y protección; o porque ellos mismos renuncian a que se las otorguen los países de los que eran nacionales.

De una forma u otra, ACNUR (2020) estima que en la actualidad existen entre cuatro y diez millones de apátridas repartidos por todo el mundo<sup>221</sup>, a pesar de lo complejo que resulta calcular estas cifras dado su estatus de ‘alegalidad’. Lo mismo ocurre a nivel nacional donde la inexistencia de un censo oficial dificulta conocer el número exacto de apátridas que solicitan dicho estatus y los que finalmente lo acaban logrando.

Pese a ello, Boira (2021) detalla que desde 2011 más de once mil personas habrían pedido el estatus de apátrida en nuestro país. En 2017 se detectó el mayor incremento: 2.418 solicitudes en un solo año, mientras que en 2019 las cifras cayeron hasta las 1.691 solicitudes. El 94% de estas

---

<sup>220</sup> En línea con esto, el principal problema que posee la definición de apátrida de la Convención de 1954 es que excluye a los llamados apátridas *de facto* y otorga a los Estados el poder de decidir quién es nacional de su país y quién apátrida, independientemente de las preferencias u opiniones del interesado. Por ello, coincidimos con el autor en que se trata de una práctica abusiva contraria al espíritu que emana el art.15.2 DUDH: a nadie se “*le privará arbitrariamente [...] del derecho a cambiar de nacionalidad*”.

<sup>221</sup> Informe recuperado el 29 de mayo de 2022 de <https://www.unhcr.org/refugee-statistics/download/?url=YPw8x3>.

pertenecían a personas de origen saharauí<sup>222</sup>, del total se aprobaron 1.790 solicitudes y se rechazaron únicamente 203. Finalmente, en 2021, el Estado español reconoció a 178 apátridas (173 eran también saharauis) de las 438 solicitudes que se presentaron en la Oficina de Asilo y Refugio, dependiente del Ministerio del Interior.

Entre los factores que pueden causar esta condición destacan, sobre todo, las consecuencias de los conflictos armados que obligan a desplazamientos forzados de la población. En el caso de la guerra en Siria, el riesgo de apatridia se incrementó excesivamente por una combinación entre la discriminación de género, existente en la ley de nacionalidad siria que afectaba sobre todo a la población kurda<sup>223</sup>; y la falta de documentación civil entre los ciudadanos que huyeron del país en busca de protección internacional (El Orden Mundial, 2021). Por ello, y como apunta Jiménez Campos (2003) un apátrida puede ser también un refugiado si se ve obligado a abandonar su país de residencia habitual por motivos de persecución.

---

<sup>222</sup> La problemática saharauí tiene su origen en 1975, cuando el Sáhara dejó de ser colonia española y los dirigentes abandonaron la zona en un momento de extrema debilidad e incertidumbre política, con el dictador Francisco Franco a punto de fallecer. Entonces, Marruecos y Mauritania reclamaron la soberanía del territorio y comenzó un enfrentamiento contra el movimiento independentista saharauí, encabezado por el Frente Polisario (cuyo principal aliado era Argelia) que reclamaba su independencia. Para Naciones Unidas, el Sáhara se trata de un territorio no autónomo que sigue pendiente de la celebración de un referéndum de autodeterminación. Sin embargo, Marruecos, que controla gran parte del mismo, solo les ofrece un estatus de autonomía en el marco de la soberanía del reino alauí. Los acontecimientos dieron un giro histórico cuando en marzo de 2022 el Gobierno español respaldó esta iniciativa marroquí de autonomía para el Sáhara y la calificaron como la forma "más realista" de resolver el conflicto. Hasta la fecha, España se situaba en una posición neutral alineada con la ONU, que sigue manteniendo al Sáhara en la lista de países pendientes de descolonización. Mientras se redactan estas líneas todavía se han de conocer las consecuencias que tendrá esta decisión para las pretensiones de independencia del pueblo saharauí, los acuerdos de España con Marruecos en materia migratoria en las fronteras; y, sobre todo, las relaciones entre España y Argelia que a raíz de estos acontecimientos, ha decidido suspender el tratado de cooperación que mantiene con nuestro país. Cúe Barberena, R. Argelia suspende tratado de cooperación con España por disputa del Sahara Occidental (08/06/2022). *France 24*. Texto recuperado el 20 de mayo de 2022 de <https://www.france24.com/es/europa/20220608-argelia-suspende-tratado-de-cooperaci%C3%B3n-con-espa%C3%B1a-por-disputa-del-sahara-occidental>.

<sup>223</sup> Siria, con 160.000 apátridas es la sexta región con una mayor presencia de personas sin nacionalidad (Newtral, 2021). La mayoría son kurdos, uno de los pueblos indígenas de las llanuras y tierras altas de Mesopotamia que lucha por construir un Kurdistán independiente desde la disolución del Imperio Otomano en la I Guerra Mundial. Se estima que existen entre 25 y 35 millones de kurdos divididos, principalmente, entre Turquía, Siria, Irán e Irak, unas cifras que los convierten en el cuarto grupo étnico más grande de Oriente Medio. Boira, P. Letonia: el país de la UE donde uno de cada 10 habitantes son apátridas (21/08/2021). *Newtral*. Texto recuperado el 3 de junio de 2022 de <https://www.newtral.es/letonia-pais-ue-apatridas/20210821/>.

De ahí que, a nivel nacional, la ley de asilo reconozca en su artículo 3 la condición de refugiado al “*apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9*”<sup>224</sup>.

Sin embargo, no todos los apátridas son refugiados y muchos apátridas nunca abandonan su país de residencia y se convierten en desplazados internos a los que les han arrebatado o se han quedado sin nacionalidad, este caso es notorio entre la población palestina<sup>225</sup> (Ayestarán, 2021).

Por ello, algunos autores, como Herías Fernández (2012), son partidarios de regular la apatridia como una figura jurídica con sustantividad propia, ya sea como un capítulo dedicado a ella en la Ley de Asilo o en una ley *ad hoc*. Pues la única norma española dedicada particularmente a la apatridia es el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida. En él se recogen los requisitos para obtener la condición de apátrida que, a su vez, remiten al artículo 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El principal problema que presenta la presentación de la solicitud es el escaso tiempo con el que cuentan los interesados para llevarla a cabo. Pues el art. 4 RD 865/2001 dispone que esta habrá de presentarse en el plazo de un mes desde la entrada en el territorio nacional, salvo en los supuestos en que el extranjero disfrute de un periodo de estancia legal superior al citado, en cuyo caso podrá presentarse antes de la expiración del mismo.

---

<sup>224</sup> Asimismo, la LOEx en su art. 34 reconoce la condición de apátrida “*a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, y les expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención*”. Y el Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida establece el procedimiento de solicitud y resolución.

<sup>225</sup> En 2020, ACNUR estimaba que existían más de cinco millones de palestinos que vivían desplazados en su país o en otros de Oriente Próximo, como Siria, Líbano o Jordania. Estos representan una cuarta parte del total de la población refugiada del mundo. Según la Agencia de Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en Oriente Próximo (UNRWA) se considera refugiados de Palestina a las personas “cuyo lugar de residencia habitual fue Palestina durante el período comprendido entre el 1 de junio de 1946 y el 15 de mayo de 1948, y que perdieron su hogar y sus medios de subsistencia como resultado del conflicto [árabe-israelí] de 1948”. Dicha guerra estalló tras las migraciones masivas de población judía a territorio palestino con el propósito de fundar allí un Estado único -siguiendo las proclamas del movimiento sionista- tras la matanza de millones de judíos en el Holocausto nazi. Informe recuperado el 22 de mayo de 2022 de <https://www.acnur.org/noticias/news-releases/acnur-las-cifras-de-desplazamiento-forzado-en-el-mundo-alcanzan-un-nuevo>.



Además, cuando las causas que justifiquen la solicitud se deban a circunstancias sobrevenidas, se computará el plazo de un mes a partir del momento en que hayan acontecido dichas circunstancias. Esto es, si la apatridia sobrevenida lo es por una decisión interna del Estado de origen, recae sobre el apátrida la carga de conocer la producción jurídica de sus autoridades, so pena de que transcurrido el breve plazo de un mes, ya devenido apátrida, vea cómo las autoridades españolas le deniegan la solicitud de dicho estatuto. Esta situación parece un auténtico “sinsentido” (Herías Fernández, 2012, p. 95) para aquellos que poco pueden hacer ante las decisiones arbitrarias de su país de origen sobre la nacionalidad de sus ciudadanos; e incluso es posible que el apátrida sobrevenido ignore su condición hasta transcurrido un tiempo superior al plazo de un mes que otorga el legislador para presentar la solicitud de reconocimiento.

A todas luces, y para ambos tipos de apatridia (tanto para el que llega al país de destino y conoce su estatus de antemano como para aquel que se da cuenta posteriormente) el plazo es excesivamente corto. Esto es solo un ejemplo de una medida no muy acorde a la “*garantía de seguridad y dignidad*” que la Convención de 1954 exige para el trato que las naciones han de dar a estas personas.

Por todo lo expuesto, es indudable que con esta figura nos encontramos ante un problema internacional poco conocido y un auténtico reto para nuestros dirigentes europeos. La inexistencia de una política común europea en torno a la protección del apátrida (y en definitiva de todas las personas necesitadas de protección internacional) confieren un amplio margen de interpretación a las naciones europeas; y relegan a los apátridas a una situación extrema de vulnerabilidad.

No olvidemos que estos grupos han de enfrentarse a los numerosos vacíos legales existentes en las diferentes formas de adquirir la nacionalidad en cada país o en los requisitos para el reconocimiento de la condición de apátrida. Además, lo que resulta más preocupante es que deben lidiar con la dificultad de no pertenecer a ningún lugar y no tener un hogar al que regresar, a fin de cuentas: ser invisibles para el resto del mundo.

No se puede negar que esta indiferencia generalizada, en parte, también ha sido promovida por el silencio que han guardado los medios de comunicación que, a lo largo de los años, apenas han informado sobre la situación de estas personas. Y ello a pesar de que muchos de los que llegaban a nuestras fronteras en busca de protección internacional podrían ser apátridas, pero los medios normalmente se han referido a ellos como refugiados o migrantes económicos. Sirvan como

ejemplos estas noticias publicadas en *ABC* en distintos años pero con lenguaje similar: “La Guardia Civil empieza a patrullar la frontera con Marruecos para evitar la entrada de más inmigrantes ilegales” (14/10/1995); “Los empleos que rechazan los españoles, un reclamo para inmigrantes extranjeros” (18/11/1993)<sup>226</sup>.

La práctica de omitir palabras precisas y adecuadas con la que denominar a ciertos grupos para utilizar otras más genéricas como “inmigrantes” o “extranjeros” se erige como una de las formas más determinantes y efectivas de invisibilización; pues el silencio informativo contribuye a ignorar la problemática que rodea a los apátridas y, especialmente, la toma de conciencia institucional y social que podría mitigarla.

No obstante, parece que en los últimos tiempos esta tendencia se está revirtiendo y actualmente hallamos buenos ejemplos de informaciones que se centran en lo que significa ser y vivir como un apátrida. De este modo, hemos de destacar el reportaje “Letonia: el país de la UE donde uno de cada 10 habitantes son apátridas”, elaborado por Paula Boira para *Newtral* (2021), donde indaga en las principales poblaciones apátridas del mundo, las consecuencias derivadas de subsistir bajo esta condición; y la responsabilidad de las instituciones europeas y españolas en la acogida y asistencia de estas personas<sup>227</sup>. O este otro de Hameida (2022) para *RTVE*, “El derecho a existir de las personas apátridas: ‘No pertenezco a ninguna parte, he pensado mucho en el suicidio’”, donde relata la historia de varias personas que han pasado años indocumentadas, a la espera de que se les reconociese la condición de apátridas<sup>228</sup>.

Siendo conscientes de la compleja e invisible realidad que sufren estos grupos vulnerables, y con el propósito de humanizarla, ACNUR puso en marcha en 2014 el ambicioso Plan de Acción Mundial

---

<sup>226</sup> Basta realizar una búsqueda superficial en la hemeroteca de históricos diarios como *ABC* para percatarnos de las pocas noticias y reportajes que se han dedicado en las últimas décadas a las personas apátridas, con la excepción de informaciones referidas al conflicto saharauí que más que poner el foco en la apatridia que sufrían sus ciudadanos, se centraban en las tensiones que surgían entre los países implicados, especialmente en lo que concernía a España: “Los argelinos rechazan la negociación basada en el principio de la independencia” (24/03/1957) o “Silencio ante la iniciativa de Marruecos sobre el Sáhara” (19/09/1974).

<sup>227</sup> Ya nos hemos referido anteriormente a esta investigación. No obstante, el reportaje se puede visualizar en: <https://www.newtral.es/letonia-pais-ue-apatridas/20210821/#:~:text=La%20apatridia%20en%20el%20mundo,que%20no%20existen%20registros%20oficiales>.

<sup>228</sup> Hameida, E. El derecho a existir de las personas apátridas: ‘No pertenezco a ninguna parte, he pensado mucho en el suicidio’ (15/06/2022). *RTVE*. Texto recuperado el 27 de mayo de 2022 de <https://www.rtve.es/noticias/20220615/derecho-existir-personas-apatridas-no-pertenezco-ninguna-parte-he-pensado-mucho-suicidio/2384066.shtml>.

para Acabar con la Apatridia 2014-2024<sup>229</sup>. En él establecía un marco de orientación de diez acciones que habrían de llevar a cabo los Estados, a fin de resolver las principales situaciones existentes de apatridia, evitar el surgimiento de nuevos casos e identificar y proteger mejor a las poblaciones apátridas.

Entre las medidas a llevar a cabo, destacaban la prevención de la apatridia en los casos de sucesión de Estados (en los que se suelen dar estas situaciones, como en la histórica disolución de la URSS) o garantizar, mediante la implementación de recursos, el registro de nacimientos. Precisamente en este sentido, la Audiencia Provincial de Gipuzkoa reconoció recientemente la nacionalidad española de origen a una niña apátrida nacida en tránsito migratorio hacia el Estado español.

La sentencia 341/2022, de 11 de mayo<sup>230</sup>, no solo cumplía con el ambicioso objetivo que proponía ACNUR de comenzar a eliminar la apatridia entre los menores, uno de los grupos más proclives a esta situación, sino que marcaba un hito en su protección al entender que la falta de nacionalidad supone una vulneración grave de los derechos fundamentales.

En efecto, la pertenencia a una determinada nación es la puerta de acceso al resto de derechos (como el de educación, al que expresamente aluden los magistrados en la sentencia). Velar por garantizar dicho reconocimiento desde que nacemos se erige como la vía más fructífera que pueden desarrollar las instituciones para asegurar el obligatorio principio del interés superior del menor (art. 39.4 CE). Este cumplimiento no solo permite el ejercicio futuro de los derechos por parte de sus ciudadanos, sino que estos -sin distinción- tengan la oportunidad de vivirlos en plenitud.

A modo de cierre de este epígrafe, debemos reconocer que eliminar la apatridia en 2024, tal y como propone ACNUR, mucho más que un objetivo ambicioso parece claramente una utopía. Pero, desde luego, no lo es visibilizar la complejidad que encierra esta figura y las dificultades que han de

---

<sup>229</sup> Plan recuperado el 3 de junio de 2022 de <https://www.refworld.org/es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opedocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5541d5bd4>.

<sup>230</sup> El caso enjuiciado se refiere a una menor que reside con su madre en Donostia tras llegar en 2018 en una embarcación irregular a Tarifa. La madre, de origen camerunés, residía regularmente en España y solicitó que a su hija se le reconociese su misma nacionalidad, a lo que las autoridades administrativas respondieron que esta debía ser reconocida por Marruecos, lugar en el que debió de nacer la niña mientras viajaban en ruta hacia España. Marruecos no respondió a la demanda de la progenitora y entonces la madre solicitó para su hija el reconocimiento de la nacionalidad española con valor de simple presunción, pero el Registro Civil de San Sebastián se declaró incompetente y denegó la inscripción de nacimiento de la menor. Finalmente, la Audiencia de Gipuzkoa confirmó la sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 5 de Donostia que acordaba declarar la “*vulneración de derechos fundamentales de la menor por carecer de nacionalidad*”, y le reconocía la nacionalidad española de origen.

afrontar tanto las personas que nunca han disfrutado de una nacionalidad, como aquellas que la han perdido o se la han arrebatado.

Esto es tarea de los medios de comunicación que han de informar bajo los parámetros del rigor y la exactitud del lenguaje, pues con la elección que hacen del vocabulario marcan sobremanera el sentido hacia el que se encaminan el pensamiento y la opinión de sus destinatarios (Mhanna Mhanna y Bañón Hernández, 2021). Parece obvio que si los medios informan reiteradamente sobre la apatridia, a los ciudadanos les empezará a interesar esta condición que sufren millones de personas. El interés es, sin duda, la antesala a la generación de una conciencia colectiva<sup>231</sup>.

De forma paralela, son nuestros gobernantes los que deben llevar al Parlamento el debate sobre la desprotección que sufren, a nivel general, las personas apátridas y refugiadas; y a partir de ahí tratar de legislar en favor de sus derechos y de la justicia social, en lugar de plantear un discurso humanitario basado en un cuidado moralista de únicamente aquellos que creamos merecedores de ello. En este sentido, el primer paso debería ir encaminado a adherirnos, como Estado, a instrumentos jurídicos de lucha contra la apatridia de los que España todavía no es parte, como el Convenio Europeo sobre Nacionalidad o la Convención de 2006 sobre la prevención de la apatridia en relación a la sucesión de Estados.

En línea con todo esto, Cortina (2016, p. 84) señalaba acertadamente que el Derecho también posee una función comunicativa basada en “dejar constancia de que una sociedad no está dispuesta a tolerar determinadas acciones, porque violan los valores que le dan sentido e identidad”. Quizá por

---

<sup>231</sup> En línea con esto, nos parece relevante comentar un experimento realizado por los investigadores Muñiz Muriel et al., (2009) y publicado en su estudio “Narrando la inmigración: análisis del tratamiento informativo y evaluación de los efectos de las noticias en España”. En él, los investigadores llevaron a cabo un análisis experimental a fin de determinar los efectos de tipo cognitivo y actitudinal generados por las noticias sobre inmigración en el público que las consumía. Para ello, elaboraron una noticia sobre inmigración que sería mostrada a los participantes en el estudio, aunque con diferentes versiones obtenidas a partir de la manipulación de dos variables independientes: el tipo de encuadre noticioso (inmigrantes definidos como delincuentes vs. contribución económica de los inmigrantes definidos como trabajadores); y la información incidental sobre el origen geográfico de los inmigrantes (latinoamericano vs. marroquí). Tras la participación de 355 estudiantes de la Universidad de Salamanca, observaron que los alumnos expuestos a la noticia que enfatizaba la contribución económica desarrollaban más sus juicios utilizando este mismo encuadre positivo, mientras que aquellos que consumieron la noticia sobre efectos negativos, desarrollaron en mayor medida la percepción de que la inmigración era un problema; y su actitud con respecto a estas personas empeoró a diferencia del otro grupo participante. Este es solo un ejemplo fehaciente del poder que poseen los medios en cuanto al control de la producción y consumo de la narrativa de las informaciones que transmiten a la audiencia (Zarauza-Valero, 2021).

ello la autora afirma que uno de los principales cometidos de esta disciplina es “defender a los humillados y ofendidos” (p. 90). No gozar de nacionalidad convierte a los apátridas en seres humillados, ofendidos, vulnerables e incapaces de contar con las herramientas adecuadas para tratar de construir un futuro próspero.

Por eso resulta tan importante que los tribunales también pongan el foco sobre ellos, pues con sentencias como la SAP 341/2022, de 11 de mayo, marcan un hito en la protección e integración de estas personas, que a fin de cuentas (se les denomine apátridas, refugiados o migrantes en general) son seres humanos, como cada uno de nosotros. De hecho, lo único que verdaderamente nos diferencia de ellos es la suerte de haber nacido en un país que no nos ha obligado (por el momento) a buscar una vida digna lejos de nuestro hogar.

### **15. El nuevo pacto europeo de migración y asilo: hacia la consecución de la Agenda 2030, una nueva oportunidad para los derechos de las personas**

A través de la revisión crítica que hemos efectuado sobre las diferentes categorías jurídicas que pueden ocupar las personas que participan de los movimientos migratorios (migrante, refugiado, apátrida...), el lector habrá percibido la complejidad que encierra la regulación de cada una de ellas; y cómo esta condiciona su arraigo y su consideración como ser humano libre e igual.

Las naciones europeas, abusando del margen de interpretación y actuación que les confiere la UE en materia migratoria, son responsables de esta problemática, conformada a lo largo de las décadas, que genera distinciones incoherentes y similitudes interesadas entre la sociedad y los individuos afectados. Sin embargo, algo pareció cambiar en el desarrollo de esta tendencia cuando en 2015 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, que se presentaba como “*una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendiesen un nuevo camino con el que mejorar la vida de todos, sin dejar a nadie atrás*”. Para cumplir con tamaño desafío, la Agenda, caracterizada por un lenguaje pro persona, contaba con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible que incluían desde la eliminación de la pobreza arraigada hasta la lucha contra el cambio climático o la promoción de la educación e igualdad en derechos.

De esta forma, el principio de “no dejar a nadie atrás” parecía latir de forma viva en toda la Agenda<sup>232</sup>, y más específicamente en el Objetivo número 10 que, bajo la rúbrica de “Reducir las desigualdades entre países y dentro de ellos”, se dirigía exclusivamente a una de las poblaciones más vulnerables, los migrantes y refugiados. Decía así: “*Se debe facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas*” (10.7).

Curiosamente, los tres primeros adjetivos (ordenado, seguro y regular) caracterizarían el compromiso de los Estados del mundo con el fenómeno migratorio durante el periodo posterior a la aprobación de la Agenda 2030. Ese mismo año, el título del Marco de Gobernanza sobre la Migración de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM) hacía referencia a los elementos esenciales para facilitar una migración “ordenada, segura, regular y responsable”; y precisamente uno de ellos consistía en establecer mecanismos que permitiesen “cerciorarse de que la migración se efectúa de forma segura, ordenada y digna”<sup>233</sup>.

Más tarde, en 2018, se firmó el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular (en Marrakech)<sup>234</sup> en el que se declaraba que “*los beneficios de la migración eran mayores que los desafíos*” y citaba como prueba de ello las remesas, cuya importancia estriba en que actúan como la principal fuente de ingresos de millones de hogares en países en vías de desarrollo. De hecho, según la ONU, estas ganancias superaban la ayuda oficial al desarrollo económico en dichos países<sup>235</sup>.

---

<sup>232</sup> Los países firmantes declaraban en el Preámbulo: “*Al emprender juntos este gran viaje, prometemos que nadie se quedará atrás. Reconocemos que la dignidad de la persona humana es fundamental, por lo que deseamos ver cumplidos los Objetivos y las metas para todas las naciones y los pueblos y para todos los sectores de la sociedad; y nos esforzaremos por llegar primero a los más rezagados*”.

A continuación, se hacía una alusión clara a la necesidad de empoderar a las personas vulnerables, entre las que se mencionaban los refugiados, los desplazados internos y los migrantes. Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, Declaración, punto 4º, párrafo 23.

<sup>233</sup> Organización Internacional para las Migraciones, Marco de Gobernanza sobre la Migración [2015], documento C/106/40, Objetivo 3.

<sup>234</sup> En él se establecía un marco de cooperación que incluía diez principios rectores generales y 23 objetivos que, según la Asamblea General de la ONU, “ *fueron estructurados en línea con la Agenda 2030, para abordar los riesgos y desafíos que afrontan las personas que se encuentran inmersas en el proceso migratorio de tránsito o destino*”. Texto recuperado el 5 de junio de 2022 de <https://news.un.org/es/story/2019/02/1451942>.

<sup>235</sup> De hecho, la Agenda se marca como Objetivo 10.7 c) reducir de aquí a 2030 “*a menos del 3% los costos de transacción de las remesas de los migrantes y eliminar los corredores de remesas con un costo superior al 5%*”.

Por otro lado, se suscribió el Pacto Mundial sobre los Refugiados (en Nueva York) que buscaba establecer el marco “*para una distribución previsible y equitativa de la carga y la responsabilidad*”, reconociendo que una solución sostenible a las situaciones que viven las personas refugiadas “no se puede lograr sin la cooperación internacional” (Antecedente III). Un axioma que, en el seno de la Unión Europea, entroncaba con lo dispuesto en el ya citado art. 80 TFUE: “*Las políticas de la Unión mencionadas en el presente capítulo y su ejecución se regirán por el principio de solidaridad y de reparto equitativo de la responsabilidad entre los Estados miembros*”.

Esta apuesta ostensible por la cooperación, solidaridad o reparto equitativo (no parece tan relevante la forma de denominarlo, sino el fin que se persigue con ello) responde al intento de aliviar las presiones que sufren los principales países receptores de población migrante y refugiada. Sin embargo, las referencias a una migración ordenada, regular y segura presentan una serie de connotaciones más complicadas de definir.

Siguiendo a la mencionada OIM<sup>236</sup>, cuando hablamos de ‘migración ordenada’, se está aludiendo a un “movimiento de personas de su lugar de residencia a otro, respetando la legislación que regula la salida y el viaje del país de origen, el tránsito y el ingreso en el territorio del país de tránsito o receptor”. Mientras que la nota de ‘regularidad’ implica la consecución de una “migración producida a través de canales regulares y legales”, para evitar otras vías entendidas como ilegales que entrañan una mayor peligrosidad (como podría ser saltando las vallas que actúan como fronteras físicas entre dos países o atravesando el mar a bordo de embarcaciones en pésimas condiciones).

En último lugar, la migración ‘segura’ obedece a un concepto dinámico que la OIM interpreta bajo los parámetros de bienestar y reducción del riesgo para el sujeto que decide emprender el viaje de migrar. También quedaría recogida bajo este término la respuesta humana, por parte de los Estados receptores, a los problemas sociales que arrastran estos grupos, así como los factores que pueden convertirlos en personas en situación de vulnerabilidad, necesitadas entonces de asilo o protección internacional.

---

<sup>236</sup> Todos los conceptos han sido extraídos del Glosario de la Organización Internacional para las Migraciones, disponible para su consulta online en <https://www.iom.int/es/definicion-de-la-oim-del-termino-migrante#:~:text=T%C3%A9rmino%20gen%C3%A9rico%20no%20definido%20en,permanente%2C%20y%20por%20diversas%20razones>.

Una migración que se produjese en términos ordenados, regulares y seguros; y unos Estados que la abordasen desde los principios de solidaridad y responsabilidad: este era el reto que se marcaba la Agenda 2030 y que todavía adquiriría más valor recogiendo en los textos firmados posteriormente. Aunque, a priori, su consecución podía parecer una quimera, lo cierto es que también fue criticada por diversas organizaciones sociales que lamentaron la “falta de valentía” (CEAR, 2021, p. 8<sup>237</sup>) de los firmantes a la hora de proteger los derechos de las personas más vulnerables. Coincidimos con CEAR en que la Agenda debería haber reflejado, de forma explícita, las demandas más necesarias en esta materia: el principio reconocido internacionalmente de no devolución dada la gran cantidad de ‘devoluciones en caliente’ que se practican en la actualidad; y la obligación de crear corredores humanitarios para evitar que se pierdan, cada año, miles de vidas tratando de llegar a las costas europeas<sup>238</sup>.

Sin embargo, no se debe olvidar que la crisis de refugiados de 2015 había precedido a la aprobación de la Agenda 2030; en el seno de la Unión Europea se vivían momentos de fuerte presión con respecto a la implementación de políticas migratorias y de asilo que comportasen un reparto equitativo por parte de los Estados miembros. Quizá por ello, la Agenda 2030 en cuestión migratoria se quedó en “una simple declaración de intenciones”<sup>239</sup>.

La respuesta de la UE al reto que planteaba la Agenda 2030 orientaría las reacciones de sus Estados miembros en materia migratoria. Si la crisis siria marcó la aprobación de la Agenda, los acontecimientos sucedidos en el campamento de refugiados griego de Moria, en septiembre de

---

<sup>237</sup> Informe “La agenda 2030 y las personas migrantes y refugiadas” (2021), recuperado el 7 de junio de 2022 de [https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/07/informe-ODS\\_CEAR.pdf](https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/07/informe-ODS_CEAR.pdf).

<sup>238</sup> En 2021 un total de 2.026 migrantes fallecieron o desaparecieron en las aguas del Mediterráneo en su camino hacia Europa, según datos del proyecto ‘Missing Migrants’ de la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), cuyo fin pretendía controlar el cumplimiento del indicador de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 10.7.3 en relación con el “número de personas que murieron o desaparecieron en el proceso de migración hacia un destino internacional”. Asimismo, se tenía en cuenta el Objetivo 8 del Pacto Mundial sobre Migración, que llamaba a los Estados a “salvar vidas y emprender iniciativas internacionales coordinadas sobre los migrantes desaparecidos”. Informe recuperado el 5 de junio de 2022 de <https://missingmigrants.iom.int/es/el-proyecto>.

<sup>239</sup> Así se planteó en el coloquio “Agenda 2030: el cambio lo creamos entre todo” entre Federico Buyolo, ex director general del Alto Comisionado para la Agenda 2030, y Vanesa Rodríguez, directora de comunicación y relaciones institucionales en la Red Española del Pacto Mundial de Naciones Unidas (2020). Declaraciones recuperadas el 3 de junio de 2022 de <https://efectocolibri.com/tenemos-un-plan-la-agenda-2030-y-los-objetivos-de-desarrollo-sostenible/>.



2020<sup>240</sup>, obligaron a la UE a afrontar una nueva era en dicho ámbito. La candidata a la presidencia de la Comisión Europea, Úrsula Von der Leyen, había afirmado que “la Unión Europea necesita humanidad en sus fronteras”<sup>241</sup>, en una clara referencia a la máxima establecida por la Agenda 2030 de “no dejar a nadie atrás”.

La primera oportunidad para materializar estas buenas intenciones llegó con la presentación del nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo, la ya presidenta Von der Leyen aseguró que adoptarían “un enfoque humano y humanitario. Salvar vidas en el mar no es opcional. Y aquellos países que cumplen sus obligaciones legales y morales o que están más expuestos que otros deben poder contar con la solidaridad del conjunto de nuestra Unión Europea.... Todos tenemos que redoblar nuestros esfuerzos y asumir responsabilidades”.

Sin embargo, en el preámbulo de dicho Pacto ya se observaban las dificultades existentes para armonizar “la seguridad de las personas que buscan protección internacional” (...), “las preocupaciones de los países situados en las fronteras exteriores de la UE, que temen que las presiones migratorias vayan a superar sus capacidades” (...) y el temor de otros Estados miembros que sospechan que “si no se respetan los procedimientos en las fronteras exteriores, sus propios sistemas nacionales de asilo, integración o retorno no puedan hacer frente a grandes flujos”<sup>242</sup>.

Aunque los puntos que incluía a continuación trataban de buscar un equilibrio entre las mencionadas responsabilidad y solidaridad de sus miembros, el documento pareció quedarse a medio camino (CEAR, 2020, habla incluso de “propuesta decepcionante”) en la protección de los

---

<sup>240</sup> Un incendio destruyó la madrugada del miércoles 9 de septiembre de 2020 el que era, hasta la fecha, el mayor campamento de refugiados en Europa, ubicado en la isla de Lesbos (Grecia). En él convivían hacinados más de 13.000 solicitantes de protección internacional, lo que supone más de cuatro veces su capacidad oficial. Según un comunicado difundido por la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), cerca del 80% del centro resultó destruido. Un año después de las promesas de la Unión Europea y de las autoridades griegas de un "nuevo comienzo" en materia de migración (la Comisaria de Asuntos de Interior de la UE, Ylva Johansson, afirmó rotundamente que la UE no tendría más campos como Moria), miles de personas seguían subsistiendo en tiendas de campaña frente al mar.

Gutiérrez, I. La catástrofe anunciada del incendio de Moria: La bomba de relojería ha explotado (9/9/2020). *Eldiario.es*. Texto recuperado el 12 de mayo de 2022 de [https://www.eldiario.es/desalambre/catastrofe-anunciada-incendio-moria-bomba-relojeria-explotado\\_1\\_6210786.html](https://www.eldiario.es/desalambre/catastrofe-anunciada-incendio-moria-bomba-relojeria-explotado_1_6210786.html).

<sup>241</sup> Discurso de apertura en la sesión plenaria del Parlamento Europeo, Úrsula Von Der Leyen, candidata a la Presidencia de la Comisión Europea. Recuperado el 14 de abril de 2022 de [https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/opening-statement-plenary-session\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/opening-statement-plenary-session_es.pdf).

<sup>242</sup> Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo. Un nuevo comienzo para la migración en Europa. Texto recuperado el 8 de junio de 2022 de [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/promoting-our-european-way-life/new-pact-migration-and-asylum_es).

derechos de las personas que debía ser su principal objetivo, tal y como había prometido la presidenta belga.

Como un análisis exhaustivo del mismo escapa al objeto de esta investigación, señalaremos *grosso modo* algunas de las partes que colisionan abiertamente con las garantías de los derechos humanos, muchas de ellas, puestas de relieve en capítulos anteriores, reafirman la idea de que nuestros dirigentes europeos siguen percibiendo la migración como un problema pasajero, en lugar de un fenómeno presente en la vida de los seres humanos desde la Antigüedad (entre otros, Agrela, 2002):

1. Procedimiento acelerado en frontera (*screening*)<sup>243</sup>: el nuevo Pacto pretende reforzar el control de entrada en las fronteras de la Unión; y aplicar un criterio de nacionalidad para examinar al instante las solicitudes de protección internacional que presenten personas procedentes de países con bajas tasas de reconocimiento. En cualquier caso, no se aplicaría a niños y niñas no acompañadas ni a familias con niños menores de 12 años, y las situaciones de vulnerabilidad se valorarían caso por caso.

Resulta llamativo el hecho de que mientras dure el procedimiento fronterizo de control, se entenderá que los solicitantes no habrán ingresado en territorio europeo, a pesar de haber llegado a sus fronteras. Por lo que se maneja un concepto eufemístico de “pre-entrada” un tanto “engañoso” y “contradictorio” (Amnistía Internacional et al., 2021: p. 16<sup>244</sup>) con respecto a la normativa internacional y la jurisprudencia europea: ya hemos explicado como en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el TEDH sentó doctrina al considerar que “*los Estados que intercepten migrantes que, o bien, intentan penetrar en su territorio o ya han entrado de manera efectiva en él, deben examinar la situación de cada uno de ellos para poder proteger sus derechos esenciales*”. Más tarde, en el asunto *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*, el Tribunal ni siquiera entró a examinar si los demandantes habían llegado o no a Italia cuando fueron expulsados del territorio, pues lo consideró irrelevante a

---

<sup>243</sup> “*Las solicitudes de asilo con escasas probabilidades de ser aceptadas deben examinarse rápidamente sin necesidad de entrar legalmente en el territorio del Estado miembro. Esto sería aplicable a las declaraciones presentadas por solicitantes que induzcan a error a las autoridades, procedentes de países con bajas tasas de reconocimiento que probablemente no necesiten protección o que supongan una amenaza para la seguridad nacional*”, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa al Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, Bruselas, 23.9.2020 COM(2020) 609 final.

<sup>244</sup> “Propuestas de la sociedad civil al nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo”, documento elaborado por las organizaciones CEAR, Amnistía Internacional, Médicos del Mundo, Oxfam Intermón, Red ACOGE, Andalucía ACOGE, Save The Children, Alianza por la Solidaridad, Enteculturas, La Coordinadora de Organizaciones para el Desarrollo y Stop Mare Mortum. Texto recuperado el 8 de junio de 2022 de <https://redacoge.org/wp-content/uploads/2021/10/2021-09-10-Analisis-pacto-europeo-ED.pdf>.

efectos de la aplicabilidad del art. 4 del Protocolo IV CEDH, cuyo cumplimiento (prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros) recordó que poseía alcance extraterritorial.

2. Solidaridad a la carta: el nuevo Pacto facilita a los Estados miembros la posibilidad de elegir entre reubicar a los solicitantes a otros lugares diferentes a los principales países de entrada, patrocinar los retornos a sus países de origen o tránsito a través de apoyo técnico o económico, e incluso colaborar de forma logística mediante la construcción, por ejemplo, de un campo de refugiados<sup>245</sup>. El paquete prevé también que, si no se ha devuelto a un migrante ocho meses después de que se denegase su petición, debe concedérsele asilo en territorio europeo. Aunque para estas gestiones se dispondrá de una nueva figura, la del Coordinador Europeo de Retorno, el Pacto “no deja claro cómo funcionará exactamente esta medida” (Manchón, 2020, p. 10).

Es evidente que el objetivo de este nuevo sistema era lograr que algunos países reticentes a recibir personas se involucrasen en la acogida o gestión de las mismas. Más si cabe tras conocer la STJUE, del 2 de abril de 2020, que dictaminó que todos los Estados miembros de la Unión “*debían contribuir en la atención de los migrantes*”<sup>246</sup>, lo que convertía los compromisos adquiridos en verdaderas obligaciones sancionables en caso de no llevarse a cabo. Y lo cierto es que se podría pensar que las intenciones de la Comisión fueron buenas en este sentido, pero la realidad en el papel

---

<sup>245</sup> El Pacto dispone: “*La Comisión determina lo que deben hacer los demás Estados miembros para ayudar al Estado miembro sometido a presión o en situación de riesgo: aceptar en su propio territorio algunos solicitantes de asilo reubicados desde el Estado miembro en dificultades (el país de destino recibe fondos de la UE), asumir la responsabilidad del retorno a sus países de origen de algunas personas sin derecho a permanecer en la UE o adoptar otras medidas operativas de ayuda*”.

<sup>246</sup> Polonia, Hungría y la República Checa se habían negado a aplicar el mecanismo temporal de reubicación de solicitantes de protección internacional, lo que llevó a la Comisión a interponer un recurso ante el TJUE al objeto de que se declarase que habían incumplido sus obligaciones dimanantes del Derecho de la Unión. El Tribunal otorgó la razón a la institución europea y condenó a los países mencionados por “*no haber comunicado, a intervalos regulares y, como mínimo, cada tres meses, un número adecuado de solicitantes de protección internacional que podían reubicar rápidamente en sus respectivos territorios y, en consecuencia, al no haber ejecutado las obligaciones subsiguientes en materia de reubicación que les incumbían*”. Esto suponía, por un lado, la existencia del incumplimiento, por parte de los tres, de una Decisión que el Consejo había adoptado con el objeto de reubicar, sobre una base obligatoria, a 120.000 solicitantes de protección internacional desde Grecia e Italia en los demás Estados miembros de la Unión. Por otro lado, el Tribunal de Justicia también entendió que Polonia y la República Checa también habían ignorado sus obligaciones dimanantes de una Decisión anterior que el Consejo había adoptado con el objeto de reubicar, sobre una base voluntaria, a 40.000 solicitantes de protección internacional desde Grecia e Italia en los demás Estados miembros de la Unión. Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea. Sentencia en los asuntos acumulados C-715/17 Comisión/Polonia, C-718/17 Comisión/Hungría y C-719/17 Comisión/República Checa.

es que el Pacto acaba permitiendo una solidaridad a la carta sin exigencias y mediante contribuciones libres y flexibles por parte de los Estados miembros<sup>247</sup>.

3. Control de fronteras: la propuesta hace hincapié en incrementar la eficacia de la gestión de fronteras exteriores de la UE mediante el refuerzo de la Agencia Europea de la Guardia de Fronteras y Costas (FRONTEX) con un cuerpo permanente de más de 10.000 efectivos. Dicha agencia fue creada en 2004 para ayudar a los Estados miembros de la UE y a los países asociados al Acuerdo de Schengen a proteger las fronteras exteriores del espacio de libre circulación de la UE.

Sin embargo, las críticas que ha recibido desde que comenzó su funcionamiento han sido considerables: Amnistía Internacional et al., (2021) ha denunciado en numerosas ocasiones que su labor comporta que la gestión migratoria quede en manos de un organismo con una perspectiva “eminente policial que carece de un enfoque en DDHH”, necesario cuando se trata de administrar procesos en los que participan personas en situación de vulnerabilidad<sup>248</sup>.

Además, la escasa transparencia y control que ha mostrado FRONTEX en estos últimos años, tanto desde el punto de vista presupuestario como de actuación sobre el terreno, han llevado al Tribunal de Cuentas europeo a emitir un informe (2021) en el que consideraba que el apoyo de la agencia a la gestión de las fronteras exteriores había sido “*insuficiente*” hasta la fecha; le reprochaba “*la ausencia de informes sobre su eficiencia y los costes*” que genera como entidad. Finalmente, manifestaba abiertamente dudas sobre su “*capacidad*” para ejecutar las nuevas funciones asignadas por el Pacto europeo.

---

<sup>247</sup> La Comisión explica que para lograr “*una solidaridad efectiva*” con las personas que lleguen a las fronteras de la Unión, establecerá un fondo de compromisos de los Estados miembros en función de una proyección anual de las necesidades. Y si estos no son suficientes (déficit de 30 %), la Comisión convocará un Foro de Solidaridad. En caso de que también fracasase, se adoptará un acto jurídico para exigir a los Estados miembros que aporten lugares de reubicación o que tomen otras medidas.

Como comentábamos en páginas anteriores, estas medidas no dejan de ser ‘buenas intenciones’, pero las cuestiones que surgen tras leer tal estrategia son, en primer lugar, ¿cuánto tiempo transcurrirá hasta que se determine que un determinado plan ha fracasado?, y, lo más importante: ¿Qué ocurrirá con las personas que esperan a ser reubicadas, devueltas o acogidas? ¿Dónde permanecerán durante todo ese tiempo? Desde luego, las propuestas no parecen muy realistas en este sentido.

<sup>248</sup> “Propuestas de la sociedad civil al nuevo Pacto Europeo sobre Migración y Asilo”, documento elaborado por las organizaciones CEAR, Amnistía Internacional, Médicos del Mundo, Oxfam Intermón, Red ACOGE, Andalucía ACOGE, Save The Children, Alianza por la Solidaridad, Enteculturas, La Coordinadora de Organizaciones para el Desarrollo y Stop Mare Mortum. Texto recuperado el 8 de junio de 2022 de <https://redacoge.org/wp-content/uploads/2021/10/2021-09-10-Analisis-pacto-europeo-ED.pdf>.

4. Vías legales y seguras condicionadas: la propuesta europea alude al impulso de los programas de reasentamiento de personas refugiadas desde terceros países, pero también señala la posibilidad de promover la captación de talento desde países de origen: *“Crear un ‘banco de talento’ de la UE que ayude a vincular a los trabajadores cualificados que deseen trasladarse a la UE con las necesidades de los empleadores de la UE”*.

Esta medida no parece muy acorde al Objetivo 10.3 en el que la Agenda 2030 exhorta a los países firmantes a *“garantizar la igualdad de oportunidades y reducir la desigualdad de resultados, incluso eliminando las leyes, políticas y prácticas discriminatorias y promoviendo legislaciones, políticas y medidas adecuadas a ese respecto”*.

La igualdad de oportunidades y la desigualdad de resultados se contraponen a la fuga de cerebros de países empobrecidos que podría provocar su puesta en marcha, de tal forma que solo se permite el acceso a la primera al extranjero que interese al país receptor, con la consiguiente concepción utilitarista que ello comporta. Pues se nos presenta a los migrantes como sujetos que vienen simplemente a desempeñar una labor profesional, como “vectores del mercado” o “mercancías comparables a cualquier mercancía objetiva” (Naïr, 2016, p. 151 y ss.) que en función de si resultan “necesarios” para este, se les permitirá la entrada en nuestro territorio.

Es lo que Valero-Matas et al., (2014) denominaba acertadamente como “un ejército de reserva”, al que ya nos hemos referido anteriormente al hablar de personas reclutadas para realizar empleos específicos y en función de los momentos coyunturales del mercado de trabajo. Normalmente son trabajadores “desechables”, de máxima precariedad y en condiciones de absoluta vulnerabilidad. Por ello, Bauman (2008, p. 40) es todavía más incisivo y los califica como la “industria del desecho humano”.

Al concebir a estas personas a partir de su talento, rendimiento y productividad, convertimos una posible situación administrativa con la que han de lidiar los extranjeros en un status humano; arrebatamos a la figura del migrante la categoría humana que le pertenece, y, por ende, su condición como sujetos jurídico-políticos queda degradada -o incluso desaparece en algunos casos-. Con este tipo de actuaciones se les despoja de la titularidad de unos derechos cuyo ejercicio les es inherente como seres humanos que son (De Lucas, 2016).

En sentido contrario, como ejemplo de política acorde al citado Objetivo 10.3 hallaríamos, a nivel nacional, la reforma del Reglamento de Extranjería que modifica el régimen jurídico de menores y extutelados para favorecer su integración en España. A diferencia de la anterior regulación que, como sabemos, abocaba a estos jóvenes a una situación muy precaria al cumplir la mayoría de

edad<sup>249</sup>, el nuevo Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre, promueve una rápida tramitación de sus autorizaciones de residencia y/o trabajo que supondrá su incorporación inmediata a la actividad laboral. En palabras de Pérez Martín (2022): “Si se les da una oportunidad contamos con unos trabajadores que podrán aportar sus mejores valores a nuestra convivencia”.

5. Externalización y retornos: quizá la medida más polémica que incorpora el Pacto es la pretensión de devolver o mantener a los migrantes y solicitantes en terceros países en los que no es posible garantizar su protección: *“Los retornos conforman el núcleo de la relación con terceros países, con un renovado impulso para dar prioridad a los acuerdos de readmisión, con la excepción de la acción humanitaria, y con nuevas posibilidades para que la Comisión identifique cualquier medida como incentivos para obtener la cooperación de terceros países en materia de readmisión y control de fronteras”*<sup>250</sup>. La principal consecuencia de esto es que se podría enmascarar con el reconocimiento de ‘país seguro’ a Estados autocráticos que cometen violaciones sistemáticas de los DDHH.

El artículo 38 de la Directiva 2013/32/UE del PE y del Consejo, de 26 de junio de 2013, establece el concepto de *“tercer país seguro”*<sup>251</sup>. En base a ello, se consideran tales *“aquellos en los que los Estados miembros tengan la certeza de que la persona solicitante de protección internacional recibirá un trato adecuado con el respeto a los DDHH y al principio de no devolución”*.

---

<sup>249</sup> El artículo 35.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, disponía que la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o, en virtud de resolución judicial, por cualquier entidad, se considerará regular. Sin embargo, la falta de documentación de estos menores planteaba numerosas dificultades no solo mientras mantenían esta condición sino, especialmente, en el momento en el que cumplían dieciocho años y accedían a la mayoría de edad. La principal consecuencia era que muchos menores no acompañados se veían abocados a una situación de irregularidad sobrevenida. Coincidimos con Pérez Martín (2022) en que esta situación conducía a España a la omisión de varios de los Objetivos de Desarrollo Sostenible: el 2, salud y bienestar, en especial para los menores; el 8, trabajo decente para todos; el 10, reducción de las desigualdades; o el 16, paz, justicia e instituciones sólidas. Con la nueva regulación, entre otros cambios, se consiente tramitar la autorización de residencia de los menores a los tres meses de su llegada a nuestro país, una previsión que otorgará rapidez en la gestión de las mismas y favorecerá su rápida integración en nuestro país. Además, la autorización a los mayores de 16 años será también de trabajo y se podrá aprovechar, de esta forma, todo su potencial en el mercado laboral.

<sup>250</sup> Comunicación de la Comisión, de 7 de junio de 2016, sobre la creación de un nuevo Marco de Asociación con terceros países en el contexto de la Agenda Europea de Migración (COM(2016)0385).

<sup>251</sup> Directiva 2013/32/UE del PE y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional. Texto recuperado el 10 de junio de 2022 de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2013/9260.pdf>.

Esta referencia alude fundamentalmente a Turquía, que Ferré (2016) la denomina el “verdugo de la Unión Europea”, puesto que la nación encabeza la lista de países con más casos por vulneración de derechos humanos ante el TEDH desde que se constituyera el tribunal en 1959 (3095), seguido de Italia y Rusia<sup>252</sup>.

Por todo ello, otorgarle a un país como Turquía del poder de decidir el futuro de los que tocan a las puertas de Europa no parece ser una solución encaminada a cumplir el ODS 10.7 de la Agenda que, como explicábamos al inicio de este epígrafe, pretende consolidar “*una movilidad ordenada, segura, regular y responsable de las personas*”. Sin olvidar tampoco la ferviente promesa de Von der Leyen de “humanizar” el proceso migratorio en nuestras fronteras; y de todos los firmantes de la Agenda 2030 de “*llegar primero a los más rezagados*”.

## **16. La regulación del fenómeno migratorio: hacia un cambio de paradigma jurídico-social en la concepción de las personas que se desplazan**

Tras este breve análisis en el que, al menos, pretendemos haber expuesto los principales problemas que presenta el Pacto con respecto a la protección de los más vulnerables, creemos que se ha desperdiciado una gran oportunidad para cumplir con los retos que planteaba la Agenda 2030 en este ámbito. No obstante, el Pacto todavía se encuentra en fase de negociación, por lo que pueden darse diversos escenarios antes de su aprobación definitiva. Es posible que las medidas analizadas se recrudezcan ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo con aquellos países de la Unión más reticentes a acoger migrantes (Polonia, Hungría, República Checa y Eslovaquia). Pero también puede ocurrir que se avance hacia el lado opuesto, uno más respetuoso y garantista con los derechos de las personas.

Para ello, estamos convencidos de que no se deben perder de vista ciertas cuestiones que más que definir la estrategia que contiene el Pacto Europeo de Migración y Asilo, caracterizan la forma en la que la Unión Europea lleva afrontando el fenómeno migratorio desde hace décadas.

Las ideas que presentamos a continuación se corresponden con las conclusiones de este capítulo que hemos dedicado al estudio pormenorizado del fenómeno migratorio en Europa y España, así como a la evolución de las categorías específicas en las que pueden hallarse todos los seres humanos en momentos determinados de su vida (migrante -económico-, refugiado, apátrida...), pero que no deberían definir de forma permanente qué son y cómo los percibe la sociedad de acogida.

---

<sup>252</sup> De acuerdo con la autora, tan sólo en el año 2014, Turquía fue condenada en 94 de los 101 casos que se presentaron en su contra en el TEDH, de esas 94 condenas, 45 fueron por violación del derecho a la libertad y seguridad, 31 por derecho a un juicio justo y 24 por derecho a la libertad de expresión.

1. La migración no puede ser concebida como un arma política, propagandística o moneda de cambio: la crisis migratoria originada en Ceuta, en mayo de 2021, y los sucesos acaecidos en la frontera de Polonia y Bielorrusia, a finales de 2021, son ejemplos notorios de que el fenómeno migratorio se utiliza como una carta de negociación política entre los Estados (Garcés Mascareñas, 2021) y, específicamente, como arma de presión masiva contra la Unión Europea<sup>253</sup>. Si, como observamos en el Pacto, la Unión sigue apostando por procesos de externalización y retorno de personas migrantes con terceros países, la migración seguirá siendo “un arma de guerra política” (Garcés Mascareñas, 2021, p. 1), donde los sujetos que participan en el proceso de migrar serán siempre “carne de cañón” para unos Estados a los que les importan bien poco.

2. Los migrantes son, ante todo, seres humanos a los que la situación administrativa que atraviesan en un momento coyuntural de su vida (migrante, asilado, refugiado) es solo una característica más de su bagaje personal-cultural, pero no debería ser la que les defina. Por el contrario, tendríamos que poner el foco en que nos encontramos ante seres humanos que ejercen su derecho a migrar, una facultad reconocida en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH): *“1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”*.

Solo esta afirmación debería bastar para comprender la acción de emigrar, inmigrar -o simplemente migrar- como un auténtico derecho ligado a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad, cuyo ejercicio no habría de necesitar justificación o defensa alguna, simplemente resulta inherente al ser humano dada su condición natural, lo que Ferrajoli (2019, p. 192) entendía como “un derecho auténtico a tener derechos”. Incluso el jurista italiano iba más allá y abogaba por políticas que “tengan el coraje de ver en el pueblo mestizo y oprimido de los migrantes (...) la prefiguración de la humanidad futura como un único pueblo global, inevitablemente mestizo formado por: el encuentro y la ‘contaminación’ de más nacionalidades y de más culturas, sin más diferencias, privilegios o discriminaciones, sin más ciudadanos o extranjeros, ya que todos

---

<sup>253</sup> El diario *ABC* titulaba en un reportaje publicado en diciembre del pasado año: “2021, el año de la inmigración como arma de presión masiva contra la UE”. En la información analizaba cómo los regímenes autoritarios de Bielorrusia, Marruecos o Turquía habían “usado” a los (in)migrantes para chantajear políticamente a Bruselas. La consecuencia directa de esta estrategia, afirmaba el periódico, ha sido “empujar” a países como España y Polonia a practicar “las devoluciones ilegales e incluso a la violencia”. Reportaje recuperado el 8 de junio de 2022 de [https://www.abc.es/internacional/abci-inmigracion-2021-enf-202112192004\\_noticia.html](https://www.abc.es/internacional/abci-inmigracion-2021-enf-202112192004_noticia.html).



comparten un único estatus, el de ser humano, y por el reconocimiento pacífico de la igual dignidad de todas las diferencias”.

3. Nuestros legisladores -nacionales y europeos- no deben olvidar una máxima defendida por buena parte de la doctrina como Cortina (2016) o Solanes Corella (2020) que, en su análisis sobre la polémica STEDH *ND y NT c. España*, concluía afirmando: “El Derecho, en un Estado democrático, es un instrumento para la protección del más débil”. Pues si realmente la Unión propugna entre sus valores capitales la libertad, la igualdad y la solidaridad, el primer paso para hacerlos efectivos y no ilusorios, es proteger al que más lo necesita.

4. La principal herramienta con la que se puede lograr un ejercicio igualitario y efectivo de los derechos es la educación (o la ética democrática que diría Cortina, 2016). Hablar específicamente de educación en derechos humanos es aludir a ese proceso continuo mediante el cual aprendemos a conocer nuestros derechos, a ejercerlos y a defenderlos de forma conjunta en una especie de empoderamiento colectivo. El fin no es otro que la construcción de una convivencia democrática donde la comunicación, la participación y el desarrollo integral del sujeto permitan el pleno desarrollo de cada persona y su compromiso con los demás miembros de la sociedad en la que vive. Cortina (2016, p. 90) apuntaba en este sentido: “Resulta muy difícil mantener el respeto por las personas, defender las bases sociales de la autoestima, sin empoderar moralmente a los ciudadanos para que consideren a sus conciudadanos como personas, como interlocutores válidos, no como seres que sólo merecen por el color de su piel, por su raza, pertenencia étnica, convicción religiosa, situación de discapacidad o de pobreza económica, el odio, el desprecio, el rechazo”.

La lógica para comprender la importancia de esta educación estriba en que nadie puede ejercer y defender sus derechos, así como respetar y defender los derechos de los demás si no los conoce de antemano (Rodino, 2015). En línea con esto, De Lucas (2018) sostenía que esa cultura de los derechos humanos “no consiste solo en el conocimiento de declaraciones, convenios o textos constitucionales sobre derechos humanos”, sino que se trata también de explicar “la lucha por su reconocimiento y garantía (...) comenzando por los derechos de los más vulnerables (...) y de los instrumentos para luchar contra las violaciones más graves de los mismos”.

El mismo autor señalaba, pese a la polémica que envuelve a estas propuestas, la necesidad de introducir una asignatura de ética cívica en las escuelas e institutos como primer paso para acercar los derechos humanos a la población más joven. De hecho, el Gobierno de Pedro Sánchez aprobó en

marzo de 2022 el Real Decreto 217/2022, de 29 de marzo, por el que se establece la ordenación y las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria, donde se hacía referencia a la puesta en marcha de una materia denominada “Educación en Valores Cívicos y Éticos” que debía estudiar el alumnado en algún curso perteneciente a la etapa secundaria.

Uno de los objetivos que se marcaba la asignatura, según la redacción de la propia ley, era “*la comprensión del marco social de convivencia y el compromiso ético con los principios, valores y normas democráticas que lo rigen, así como el logro de una actitud empática y cuidadosa con respecto a los demás*”. Ambos propósitos parecen estar en consonancia con el desarrollo efectivo de la citada educación en derechos. Habrá que esperar al transcurso del tiempo para saber el procedimiento que se sigue para enseñar esta asignatura (que, en ciertos aspectos, puede resultar complicado separar de la ideología), las competencias que se adquieran y la utilidad de la misma para la futura participación cívica del estudiantado.

La educación en derechos no solo debe cultivarse en los centros de enseñanza, sino que igualmente debe impregnar el trabajo diario de nuestros gobernantes en las instituciones públicas. Y otro paso que se podría dar, en este sentido, supondría recuperar el debate en torno al establecimiento de una verdadera Constitución europea, epicentro de la defensa de los derechos y guía para un correcto ejercicio de los ciudadanos.

A decir verdad, autores como Habermas (1989, pp. 264-265) eran proclives incluso del denominado “patriotismo constitucional” entendido como una forma de identidad colectiva nacional donde los ciudadanos, a partir de su pluralidad, se relacionan libres e iguales en el marco de unos derechos humanos reconocidos patrióticamente. En ocasiones se ha intentado aplicar dicha expresión a la Unión Europea (en una especie de patriotismo constitucional europeo), como una forma de superar las identidades nacionales a través de esta identificación cívica democrática (Domingo Oslé, 2009). Sin embargo, hoy en día el logro de un constitucionalismo europeo -o incluso global- parecen más utópicos que nunca.

Sin embargo, estamos convencidos de que, como constitucionalistas, hemos de defender estos presupuestos con fervor porque con ellos puede que no esté asegurada la vida digna a la que todos los seres humanos, sin distinción, tenemos derecho (Bauman, 2016); pero sin duda la búsqueda igualitaria de la misma sí lo estará.

5. No es cuestión baladí pensar que la educación en derechos fomentada desde las escuelas, las universidades, los medios de comunicación y los poderes públicos constituye el medio más efectivo

para proteger los derechos y libertades de las personas vulnerables, como los migrantes. Precisamente, uno de los pilares en los que debe asentarse dicha educación es en la utilización correcta de las palabras que empleamos para referirnos a la población que migra y en la conceptualización que se esconde tras ellas, presentes en las normas, políticas, discursos sociales, etc. Por ello, a lo largo de esta investigación optamos por el uso del término ‘migrante’ con carácter universal y sin perjuicio de que las circunstancias singulares permitan el empleo de otros más específicos como refugiado, apátrida, etc.

Así, esta palabra aludiría a las personas que van a otro país con miras a mejorar sus condiciones sociales y materiales, y sus perspectivas y las de sus familias, es decir, en virtud del derecho a la libertad de movimiento, en base al cual no deberían tener que justificar su efectivo ejercicio. Porque, ¿todo aquel que se desplaza, sea migrante, refugiado, apátrida o necesitado de una protección específica, no busca mejorar sus condiciones de vida? ¿No pretende simplemente ser persona y decidir libremente a donde ir?, ¿por qué, entonces, hemos de preguntarles por qué lo hacen? La pregunta en sí merma su autonomía de la voluntad, y no deja de ser un modo de control preventivo humano.

Como observaremos detenidamente en el siguiente capítulo, el lenguaje en sus distintas manifestaciones (en los discursos o en los textos escritos, a través de preguntas, afirmaciones, negaciones, eufemismos, etc) puede actuar como instrumento discriminatorio de los migrantes, hasta el punto de constituirse, en las sociedades de acogida, una especie de “derecho a la hostilidad” hacia el diferente (Bauman, 2016<sup>254</sup>). Transformarlo en un nuevo “derecho a la hospitalidad” (Bauman, 2016<sup>255</sup>) pasa obligatoriamente por el conocimiento, el acercamiento y el diálogo entre unos y otros, porque indudablemente “quienes han entrado en una conversación auténtica difícilmente tendrán tentaciones de dañarse” (Cortina, 2016, p. 90).

---

<sup>254</sup> *passim*

<sup>255</sup> *passim*



## CAPÍTULO II. LA CONSTRUCCIÓN JURÍDICO-SOCIAL DEL MIGRANTE A TRAVÉS DE LA TÉCNICA NORMATIVA

Una cosa no es justa por el hecho de ser ley,  
debe ser ley porque es justa.

MONTESQUIEU

### 1. Derecho y lenguaje: apuntes iniciales sobre la construcción de realidades sociales

En su conocido ensayo sobre las funciones del Derecho, Ferrari (1987) explicaba que la ciencia jurídica se revela como un medio de acción social cuyos valores fundamentales son su potencialidad libertadora e igualitaria para los seres humanos. A diferencia de las ciencias naturales, que son ciencias más bien descriptivas y explicativas, el Derecho no es un mero reflejo de la realidad que puede ser injusta, sino que también asume el compromiso de su transformación (Bobbio, 2002<sup>256</sup>).

De acuerdo con estas formulaciones, los ordenamientos jurídicos poseen la capacidad de orientar -o desorientar- los comportamientos de la ciudadanía, solucionar sus conflictos o agravarlos; y legitimar o prohibir cualquier forma de poder con argumentos tan válidos como ficticios. Y en buena medida a través del lenguaje<sup>257</sup> que desempeña un papel fundamental en la construcción y metamorfosis de determinados fenómenos, relaciones y culturas<sup>258</sup>. En este sentido, partimos de la idea que defendió Iturralde (1989, p. 24) sobre que el lenguaje jurídico “en relación con el lenguaje común, es un lenguaje especial (...) que adopta particularidades propias que hacen que podamos referirnos a él como un lenguaje tecnificado”. Así, pese a la artificiosidad que lo caracteriza o quizá debido a ella, quienes dictan las normas (los legisladores) y aquellas figuras especialmente autorizadas para interpretarlas (los tribunales) poseen “el poder de imponer el

---

<sup>256</sup> La fecha corresponde al año en el que se difundió la edición consultada, pero la original es de 1958 cuando publicó la primera parte de la obra *Teoría general del Derecho*, que era “Teoría de la norma jurídica”. Más tarde, en 1960 publicó la segunda parte de la obra “Teoría del Ordenamiento Jurídico”.

<sup>257</sup> De hecho, De Miguel Bárcena (2023, p. 22) sostiene que “el derecho es fundamentalmente un lenguaje, un código comunicativo a través del cual el poder público se relaciona con la ciudadanía”.

<sup>258</sup> La Real Academia Española define la palabra ‘lenguaje’ como “la facultad del ser humano de expresarse y comunicarse con los demás a través del sonido articulado o de otros sistemas de signos”. En su acepción número 5, afirma que también se trata de “un conjunto de señales que dan a entender algo”. Precisamente, la interpretación de lo que queremos comunicar (o de lo que creemos escuchar) sea o no de forma consciente resulta fundamental para la construcción de las relaciones con el ‘otro’. Al fin y al cabo, de lo que escribimos o decimos sobre alguien, se deduce mucho más de nosotros que de aquel.

sentido de las palabras o incluso de inventar otras para perpetuar la idea de quiénes somos, en qué consiste la normalidad y cuáles son las conductas desviadas o peligrosas” (De Lucas, 2021, p. 299).

A lo largo de esta investigación, ya hemos insistido en el poder de las palabras para estigmatizar, para infravalorar, para infligir daño, bien menospreciando o vilipendiando a ciertas personas: “Denunciamos que la inmigración irregular se convierte en violencia, inseguridad y delitos” (Jorge Buxadé, Vicepresidente de VOX<sup>259</sup>); o directamente invisibilizándolas para eternizar situaciones de discriminación que se traducen en que aquellos a los que se ignora no interesan -importan- tanto como a los que se nombra sin ambages. El ejemplo más notorio sobre esto es la realidad de las mujeres en nuestra Constitución Española. El texto de 1978 solo menciona explícitamente a las mujeres en dos ocasiones: como "esposas" (artículo 32) y como "madres" (artículo 39), ya que cuando se aprobó la CE a ellas solo se las veía desempeñando un rol de deber, el de ‘cuidadoras’ que incluso se situaba por encima de su estatus de sujetos de derechos.

Algo similar sucede con los migrantes en situación irregular, que al omitirlos a lo largo de las épocas en diversos textos normativos como en la LOEx 8/2000<sup>260</sup>, y eliminarlos de datos oficiales que cifraban la presencia de extranjeros en España (lo que induce a la manipulación política<sup>261</sup>),

---

<sup>259</sup> Declaraciones pronunciadas en un encuentro del partido y recogidas por el medio *Ceuta al día* en “VOX insiste en criminalizar a los migrantes y en señalarles como delincuentes”, 05/11/2022. Recuperado el 27 de marzo de 2023 de <https://www.ceutaldia.com/articulo/politica/vox-insiste-criminalizar-migrantes-senalarles-como-delincuentes/20221105152011253741.html>.

<sup>260</sup> La LOEx 8/2000, de 22 de diciembre, restringió los derechos de reunión, manifestación y asociación a los migrantes en situación de irregularidad mediante un artificio que consistía en permitir su ejercicio únicamente a aquellos que se encontrasen en situación de regularidad. Como se verá más adelante, no se les prohibían directamente estas potestades pero, al ignorarlos en la redacción de los preceptos y al no cumplir el requisito que se exigía para su disfrute, se les negó indirectamente el goce de los mismos.

<sup>261</sup> En junio de 2022 el diputado del Partido Popular, José Antonio Bermúdez de Castro, aseguró que España “era el segundo país de la Unión Europea con mayor inmigración irregular” que no había dejado de crecer desde que el Partido Socialista llegó al Gobierno (min. 0:38 de su segunda intervención en el Congreso, disponible en <https://app.congreso.es/v1/14707933>). Sin embargo, según la agencia estadística europea “Eurostat”, España se situaba en el sexto lugar en este tipo de inmigración en 2021; y es en el número de llegadas irregulares a nuestro país en lo que, según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), España ocupaba ese segundo lugar. Tanto “Eurostat” como la OIM explican que las llegadas no contemplan toda la existencia de inmigración ‘irregular’, que también incluye a quienes entran de manera legal pero permanecen más tiempo de lo que establecen sus permisos de residencia, o aquellos que solo entran en España con la idea de continuar su viaje hacia otros países de Europa. Recuperado el 27 de marzo de 2023 de <https://www.newtral.es/espana-inmigracion-irregular-factcheck/20220701/>.

al final parece que constituyan una categoría adicional a la condición humana o, simplemente, que no existan. Por ello, resulta tan relevante el léxico que empleen los políticos a la hora de hablar de ciertos grupos como mujeres o migrantes. En este último caso, Friederike Ther (2021, p. 208) explica que “cuando los políticos hablan sobre las personas refugiadas y las decisiones que adoptan en relación a ellas, su terminología será utilizada muy probablemente después por los medios de comunicación y así, con ese poderoso eco, se acabará generando en la opinión pública una imagen determinada de ese colectivo”.

A fin de cuentas, las palabras crean realidades y, concretamente, el arsenal del que se nutre el lenguaje jurídico-político permite llevar a cabo, con eficacia, un proceso de estereotipación, de configuración social del otro, “con consecuencias directas en lo que se refiere a su condición de sujeto y al equipaje de derechos que resulta de la atribución de ese estatus preestablecido” (De Lucas, 2021, p. 301).

## **2. Técnica normativa: concepto, evolución y alcance del principio de seguridad jurídica**

Siguiendo a De Miguel Bárcena (2023), el lenguaje jurídico se divide en diversos géneros: el lenguaje normativo, derivado de leyes y disposiciones reglamentarias; el lenguaje judicial, que se expresa mediante sentencias, autos y providencias de jueces y tribunales; el lenguaje de la administración pública, concretado en actos administrativos; el lenguaje de abogados y profesionales del derecho; y, por último, la autonomía privada que impulsa la extensa lógica contractual.

Entre todos estos géneros de producción jurídica, destaca la Constitución, que estructura formal y materialmente cada uno de ellos, pero, sobre todo, nuestra Norma Fundamental se erige como faro que guía la técnica empleada por los legisladores para elaborar el entramado jurídico (lenguaje normativo) que regula, en primera instancia, las vidas de los ciudadanos; y que alimenta los discursos de la clase política y de los medios de comunicación. Por ello, dicho lenguaje normativo merece ser estudiado con detenimiento en las páginas siguientes, pues nos ayudará a entender su influencia en cómo percibimos y nos relacionamos con las personas migrantes.

Nos estamos refiriendo a la técnica normativa (también conocida como *drafting* normativo<sup>262</sup>) que, siguiendo a Navarro Atienza (2015), es una disciplina escasamente abordada en nuestro país. Esta comprende desde el estudio del procedimiento de elaboración y redacción de cualquier texto normativo (no solo leyes, sino también actos, resoluciones o acuerdos), pasando por el análisis de la calidad de los mismos (adecuado uso del lenguaje, claridad, eficacia y coherencia en la expresión de su contenido y vigencia) hasta el estudio de su impacto en la sociedad.

Formalmente, la técnica normativa es un mandato derivado de los principios de unidad, continuidad y seguridad de nuestro Ordenamiento Jurídico, así como de las exigencias de transparencia y cercanía hacia los destinatarios de las normas: los ciudadanos que, en la mayoría de las ocasiones, perciben el lenguaje de las leyes como ininteligible debido a su mala redacción y a la falta de calidad de las mismas (Rodríguez Benot, 2015<sup>263</sup>).

El uso de un lenguaje transparente, sin concesión alguna a la obscuridad o a la confusión, constituye una exigencia vinculada al propio valor de la seguridad jurídica en el Derecho, pero también a la buena praxis política en la actividad parlamentaria (Pérez Luño y Pérez-Luño, 2022). Así, el Tribunal Constitucional manifestó en un principio que “*no es en modo alguno juez de la corrección técnica de las leyes*” (STC 341/1993); y que el control de constitucionalidad “*no es un juicio sobre la cualidad técnica del ordenamiento jurídico ni sobre la oportunidad de las opciones adoptadas por el legislador*” (STC 32/2000<sup>264</sup>). No obstante, terminaría advirtiéndolo sobre la necesidad de cultivar una buena técnica normativa en aras de promover y buscar la certeza respecto a qué es derecho: “*Si las normas se redactan de forma correcta, empleando una terminología adecuada, respetando la terminología empleada en las normas que le preceden e insertándose en el Ordenamiento Jurídico de forma armónica y coherente, contribuyen a la*

---

<sup>262</sup> Aunque algunos autores los utilizan indistintamente, creemos que no se ha de confundir este concepto omnicomprendivo con el de ‘técnica legislativa’ que únicamente hace referencia a la redacción de las leyes (Navarro Atienza, 2015). Tampoco es equivalente el significado de ‘lenguaje legal’ (referido a la terminología de las normas), y ‘lenguaje de los juristas’ (léxico que utilizan los estudiosos del Derecho para hablar sobre el contenido de las normas).

<sup>263</sup> Declaraciones recuperadas el 1 de abril de 2023 de [https://www.diariodesevilla.es/sevilla/leyes-actuales-entienden-juristas-escritas\\_0\\_927807529.html](https://www.diariodesevilla.es/sevilla/leyes-actuales-entienden-juristas-escritas_0_927807529.html).

<sup>264</sup> García-Escudero (2018) explica que, de esta forma, el TC se autolimita para respetar la libertad de configuración del legislador. De hecho, en la STC 225/1998, el Tribunal recuerda que la elección de determinadas cuestiones controvertidas constituyen “*una opción de técnica legislativa que entra de lleno en la libertad de configuración del legislador*”, lo que reafirma su planteamiento de que no es “*juez de la calidad técnica de las leyes*” (STC 150/1998).



*realización del principio de seguridad jurídica. Por el contrario, una defectuosa redacción no hace sino provocar dudas, incertidumbre, posibles interpretaciones divergentes, que comprometen el cumplimiento de dicho principio [...]. Por lo tanto, la seguridad jurídica es suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad (...) de los poderes públicos” (STC 150/1990).*

Esto, como bien apunta García-Escudero (2018, p. 191), revela “lo cercanos que se encuentran a veces los ámbitos de la constitucionalidad y de la calidad de la ley (...), algunos aspectos de técnica legislativa pueden ser relevantes para el juicio de constitucionalidad”.

De acuerdo con la misma autora, la primera sentencia en la que se consideró que una deficiente técnica legislativa vulneraba el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) fue la STC 46/1990, sobre las leyes canarias 14/1987 y 6/1989. Veinte años después aparecería la segunda sentencia (STC 234/2012) en la que el TC estimó que hubo vulneración de dicho principio debido a la indefinición de una ley, dada la abundancia de imprecisiones y la remisión defectuosa a otra norma de ámbito europeo. Por ello, declaró la inconstitucionalidad de la disposición examinada relacionada con la Ley del Suelo de la Región de Murcia.

Aunque la conexión entre la calidad técnica de las leyes y la realización del principio de seguridad jurídica no haya alcanzado “sino incipientemente a la doctrina del Tribunal Constitucional” (García-Escudero, 2018, p. 212), su correlación, más allá del aspecto formal, es absolutamente relevante desde una perspectiva material. Pues una técnica normativa propia de un régimen constitucional es aquella que conforma normas jurídicas cuya obligación de respetar el principio de seguridad jurídica supone, a todas luces, hacer realidad el ideal de libertad en condiciones de igualdad.

El empleo de un lenguaje preciso y riguroso, con conceptos bien acotados y definidos promueven la protección y garantía de los derechos humanos (Corina Yturbe, 2007). Como bien resume De Miguel Bárcena (2023, p. 23): “En una sociedad democrática, el derecho no puede aplicarse mediante un lenguaje misterioso y casi sacralizado”. Las normas tienen que ser suficientemente claras para que sepamos cómo actuar ante ellas, especialmente las que deriven de mandatos constitucionales, que “tienen una dimensión educativa de primer orden, expresando principios y valores que aspiramos a que tengan presencia no solo en el sistema político, sino en la propia sociedad” (De Miguel Bárcena, 2023, p. 22). Pero también porque los destinatarios de tales

normas, que son los ciudadanos, ostentan el derecho subjetivo a entenderlas como presupuesto básico para poder participar en la construcción del espacio público (Montolío y Tascón, 2020).

El Tribunal Constitucional también se ha manifestado en el mismo sentido: *“El legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, provocar juegos y relaciones entre normas, como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvables respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, [da lugar] a la inconstitucionalidad”* (STC 46/1990).

De lo apuntado queda claro que si el lenguaje con el que se elabora el entramado jurídico (especialmente las leyes) es engañoso, puede producir restricciones o vulneraciones de los derechos de las personas. Como señalan Montolío y Tascón (2020), quien comunica de manera oscura lo hace por ignorancia o impericia de sus profesionales, o tal vez para cometer un engaño o un delito aunque este sea comunicativo y simbólico, lo que al final se traduce en un acto de agresión para el receptor. Algo especialmente grave cuando se trata de colectivos vulnerables que parten en desventaja con relación al resto de la sociedad.

Haciendo un repaso histórico breve, debemos comentar que en España se empieza a tomar conciencia de la importancia de redactar los textos jurídicos de forma correcta en los años 80. Los primeros trabajos son obra del Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL<sup>265</sup>) en 1986. Esta fecha coincidió en el tiempo con el inicio del debate en Europa sobre el carácter sexista del lenguaje, a partir de una publicación por parte de la Comisión de Terminología del Consejo de Europa (concretamente del Comité para la igualdad entre mujeres y hombres). En 1990 y bajo el impulso de la Secretaría de Estado de Relaciones con las Cortes, el Consejo de Ministros de España aprueba el "Cuestionario de evaluación que deberá acompañar a los proyectos normativos que se elevan al Consejo de Ministros". Sin duda, el documento estaba inspirado en lo que en el derecho alemán se conoce como *schecklisten* (Viver i Pi-Sunyer, 1996) y

---

<sup>265</sup> Formado por profesores universitarios de Barcelona, en 1980 publican una obra pionera en este ámbito: *La forma de las leyes: 10 estudios de técnica legislativa*. Su objetivo era contribuir a una mejor estructura de las leyes mediante propuestas que dotasen a las disposiciones normativas de uniformidad y precisión en cuanto a su redacción. Acerca de ellos, explica García-Escudero (2018) que cuando la preocupación por una buena técnica legislativa llegó a los organismos oficiales, también será el Grupo GRETEL el que publique un primer Curso de Técnica Legislativa auspiciado por el Centro de Estudios Constitucionales (1989). Este incluía un borrador de directrices sobre la forma y estructura de las leyes. De este movimiento inicial, posteriormente surgirán un gran número de iniciativas como seminarios, jornadas y publicaciones sobre la materia.

que comprendía, tanto el análisis de la calidad técnica de la norma que pretendía aprobarse, como cuestiones relativas a la necesidad del proyecto de ley que se presentaba, a sus repercusiones jurídicas e institucionales; y, sobre todo, a sus efectos sociales y económicos.

Posteriormente, el Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991 aprobó las directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley. Adoptadas mediante Acuerdo y bajo la denominación de “directrices”, estas carecían de eficacia normativa y se convirtieron en simples orientaciones de carácter general<sup>266</sup>. En el preámbulo, el poder legislativo aseguraba que la calidad técnica de las leyes suponía la realización del principio de seguridad jurídica proclamado en la Constitución y redundaba en una protección mayor de los derechos de la ciudadanía: *“Claridad, precisión, rigor, exactitud, coherencia y armonía en las leyes, tanto internamente como en el conjunto del Ordenamiento, no solo redundan en pro de intérpretes y juristas en general, sino, fundamentalmente, en beneficio de los propios destinatarios de las normas, en la medida en que todo incremento en la seguridad jurídica ha de reducir considerablemente la litigiosidad y los conflictos”*<sup>267</sup>.

En los años siguientes, Reinoso Barbero (2014) recuerda acertadamente la importancia que tuvo en esta materia la elaboración en 2002 de “la Carta de Derechos de los Ciudadanos ante la

---

<sup>266</sup> Así lo entendía el Consejo de Estado que en su Dictamen 621/2004, de 20 de mayo, fundamento jurídico III afirmaba: *“La forma de «acuerdo del Consejo de Ministros» resalta el carácter no estrictamente prescriptivo sino orientador de las directrices que se aprueban, en cuanto criterios técnicos que pretenden la homogeneidad en la estructura y formulación de las normas y que resulta de la enunciación misma de algunas de ellas que contienen expresiones como «en la medida de lo posible», es «conveniente que», aunque en otras ocasiones se utilizan expresiones netamente imperativas como las relativas a la denominación de «exposición de motivos”*.

A juicio del Consejo de Estado, resultaba adecuada la aprobación mediante acuerdo porque su conversión a norma *“impediría dotar [a] su aplicación de la flexibilidad que requiere su adaptación al caso concreto y la imposibilidad de formular unas previsiones con rígida intención omnicompreensiva. En el Derecho comparado se observa que las reglas sobre técnica normativa se incluyen en «reglamentos internos» o en «recomendaciones» o «instrucciones», sin que hayan sido incluidas en disposiciones de superior jerarquía dada su función instrumental en la preparación y elaboración de disposiciones jurídicas de muy diverso rango y contenido y dada, también, la complejidad de su naturaleza al abarcar tanto instrucciones de carácter formal y acuñadas por la tradición, como de organización y estructura normativa, gramaticales, ortográficas, etc., en fluida y frecuente revisión”*. Por lo que, a partir de la aprobación de estas directrices, las modificaciones futuras que se llevarán a cabo también revestirán la forma de acuerdo sin carácter normativo. Dictamen 621/2004 del Consejo de Estado. Proyecto de Acuerdo por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2004-621>. [Última fecha de consulta: 28 de marzo de 2023].

<sup>267</sup> Resolución de 15 de noviembre de 1991, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, por el que se aprueban las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley. Texto recuperado el 28 de marzo de 2023 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1991-27744>.

Justicia” (erigida como una de las prioridades del Pacto de Estado para la Reforma de la Justicia) entre los que figuraba el derecho a “una justicia comprensible”. La Carta afirmaba literalmente: *“El ciudadano tiene derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios”*<sup>268</sup>.

Con este objetivo se ordenó la creación de una comisión de modernización del lenguaje jurídico (2003), y años después, a fin de facilitar aquel derecho y dentro del “Plan de Modernización de la Justicia” (2009-2012), se redactó el Informe de la Comisión de Modernización del Lenguaje Jurídico (2011) que partía del reconocimiento de un “derecho a comprender” la justicia para la ciudadanía. Concretamente manifestaba: *“La ciudadanía tiene derecho a comprender, sin la mediación de un traductor, las comunicaciones verbales o escritas de los profesionales del derecho. Un mal uso del lenguaje por parte de estos genera inseguridad jurídica e incide negativamente en la solución de los conflictos sociales”*.

Adicionalmente, en un apartado final se dirigía a los medios de comunicación a los que entendía como “mediadores” entre la labor de la justicia y la sociedad que se informaba sobre ella a través de la prensa: *“Una utilización errónea, oscura o imprecisa del lenguaje jurídico por parte de los profesionales de la comunicación genera en el público ideas equivocadas o, cuando menos, confusas acerca del funcionamiento de uno de los tres poderes del Estado”*. Se les pedía entonces que cultivasen su rol de “traductores” del lenguaje empleado por los operadores jurídicos, y fuesen responsables a la hora de transmitir información acerca de los derechos fundamentales, con especial vigilancia de la presunción de inocencia.

Aunque, sin duda, las Directrices de técnica normativa, aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (que sustituyen a las de 1991), integran el principal texto elaborado sobre la materia. Así se justificaba su aprobación en el preámbulo de dicho Acuerdo: *“El incremento de la producción normativa, la evolución de los estudios científicos sobre la*

---

<sup>268</sup> También resulta relevante que la Carta disponga lo siguiente sobre la notificación de citaciones, emplazamientos etc: *“Estas deben contener términos sencillos y comprensibles, evitándose el uso de elementos intimidatorios innecesarios”*. Se trataba, pues, de acercar el Derecho a sus destinatarios para que estos hiciesen uso de él y del amparo que les podía otorgar en situaciones de indefensión, en lugar de entenderlo como un sistema coercitivo que amedrentaba y alejaba a todo el que no era especialista en su contenido. No obstante, el empleo de un vocabulario accesible que no descuidase el rigor técnico -que caracterizaba el lenguaje del Derecho- constituía un auténtico reto para los operadores jurídicos. Además, se señalaba a los jueces y magistrados que dirigiesen los actos procesales como aquellos que principalmente debían velar por la salvaguarda de este derecho.

*materia y la propia voluntad de mejora de la calidad del producto en todos sus aspectos obligan a ampliar tanto el objeto de las directrices como su ámbito de aplicación”.*

Efectivamente, las nuevas directrices buscaban lograr “*un mayor grado de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica*”, en primer lugar, mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas (se alude explícitamente a “*la utilización de un lenguaje correcto*”). En segundo lugar, a través de la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones. Según el preámbulo, ambos elementos contribuirían a que el entramado jurídico pudiese ser “*mejor comprendido por los ciudadanos*”, lo que, a todas luces, suponía una realización del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), pues lo contrario -la incomprensión de las leyes por parte de la ciudadanía- produciría lo que el precepto justamente prohibía: indefensión<sup>269</sup>.

Estas nuevas directrices tienen un ámbito de aplicación más amplio que las de 1991 que solo se referían a los anteproyectos de ley. Ahora las orientaciones abarcan también las disposiciones de carácter general y los actos administrativos, es decir, toda la actividad de los órganos colegiados del Gobierno<sup>270</sup>. En lo que nos interesa, el Acuerdo de 2005 vuelve a incidir en que el destinatario de las normas jurídicas “*es el ciudadano*”. Por ello, el lenguaje ha de ser accesible, claro, preciso y sencillo (recomendaciones idénticas a las que orientan la labor de los periodistas<sup>271</sup>).

---

<sup>269</sup> Art. 24 CE: “*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*”.

<sup>270</sup> Sobre esto, el Preámbulo aclara: “*En cuanto a su ámbito de aplicación, las Directrices de técnica normativa abarcan toda la actividad de los órganos colegiados del Gobierno: Propuestas de acuerdo, proyectos de real decreto, de real decreto legislativo, de real decreto-ley y anteproyectos de ley, sin merma alguna, obviamente, de las potestades de las Cortes Generales, y, además, en todo lo que sea posible, a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado que se publiquen en el diario oficial del Estado*”.

<sup>271</sup> Véanse, a modo de ejemplo, el Libro de Estilo de *El País* y de *El Mundo* que desde sus primeras ediciones (1996) explicitan que el estilo de los textos periodísticos ha de ser claro, conciso, preciso, fluido y sencillo.

También se debe evitar el uso de extranjerismos, los epítetos, las perífrasis, las oraciones pasivas y la pobreza de las expresiones. Por último, se establece como referencia en cuanto a normas ortográficas y gramaticales, las indicaciones de la Real Academia Española (RAE)<sup>272</sup>.

Aunque las Directrices de 2005 siguen teniendo un valor formal y orientativo, se reitera que la correcta redacción de las normas se encuentra al servicio de la realización del principio de seguridad jurídica. Así lo advertía el Consejo de Estado: *“La plena realización de este principio ha de presidir, pues, toda regla de técnica normativa (...). Mediante la elaboración de estas directrices dirigidas esencialmente a ordenar la composición y redacción de las normas se persiguen la claridad, precisión y comprensibilidad de los preceptos en ellas contenidas y dotar de unidad, sistematicidad y congruencia a los textos normativos resultantes, mejorando al mismo tiempo la cognoscibilidad del Derecho”*<sup>273</sup>.

Como hemos observado, hasta ahora la elaboración de la técnica normativa parte de un enfoque eminentemente formal, donde al legislador le preocupa redactar el entramado jurídico de manera clara y concisa para la realización del principio de seguridad jurídica como sinónimo de certidumbre. Sin embargo, se echa en falta una perspectiva material que justifique que una correcta técnica normativa es, por encima de todo, una exigencia de un Estado social y democrático de Derecho cuyo fin último es servir a los ciudadanos garantizando un ejercicio libre e igualitario de sus derechos. Precisamente, el principio de seguridad jurídica también posee un significado sustantivo que relaciona su cumplimiento con una ausencia de temor y una tranquilidad existencial de los individuos que confían en el Ordenamiento Jurídico para protegerlos. A fin de cuentas, la seguridad personal que satisface este principio actúa como presupuesto básico de libertades y derechos fundamentales y no solo como la consecuencia de estos (Castillo Blanco, 2003).

---

<sup>272</sup> Resulta de interés la mención que realiza el texto sobre el empleo de las siglas a la hora de legislar: *“El uso de las siglas puede justificarse dentro de una disposición, para evitar formulaciones farragosas y repeticiones cansinas, siempre que se explique, cuando aparezcan por primera vez (fuera del título y de la parte expositiva), mediante su inclusión entre paréntesis o entre comas precedida de la expresión «en adelante» y se escriban en mayúsculas sin puntos ni espacios de separación”*.

En este sentido, la utilización de las siglas responde a criterios razonables de economía del lenguaje. Sin embargo, veremos después que en algunas ocasiones su uso adquiere una significación despectiva e incluso deshumanizante; y se convierte entonces en un arma arrojada contra la denominación de determinados colectivos, como los menores extranjeros no acompañados (MENAS).

<sup>273</sup> Dictamen 621/2004, de 20 de mayo, del Consejo de Estado, fundamento jurídico IV. Texto recuperado el 28 de marzo de 2023 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2004-621>.

De tal forma que si se ha de fomentar un buen lenguaje de los derechos, alejado de la confusión y el oscurantismo, es porque este se erige como salvaguardia de la dignidad, la libertad y la igualdad, fundamentos de nuestro orden político y social. Un reconocimiento normativo correcto, claro y conciso supone una defensa previa ante agresiones como la discriminación, la violencia o incluso el odio que pueden sufrirse por el mero hecho de que el lenguaje presente tales deficiencias y lagunas que dejen espacio a la comisión impune de delitos (Montolío y Tascón, 2020).

### **3. El lenguaje de género como cambio de paradigma en la redacción de la técnica normativa**

Un reflejo del enfoque formal que definía el contenido de las directrices de técnica normativa es que estas apostaban, siguiendo la estela de la Constitución, por el uso histórico del masculino para referirse a los destinatarios de ambos sexos (obsérvese como ejemplo significativo la disposición final segunda de las Directrices de 2005 donde se recomienda el empleo del masculino genérico para aludir al cargo de Ministro, no al titular que en ese momento lo ocupa<sup>274</sup>).

Parte de la doctrina entendía (entre otras, María Luisa Balaguer Callejón, 2008; y Rubio Castro y Bodelón González, 2011) que este recurso evidenciaba el dominio simbólico del hombre hacia la mujer a través del lenguaje. En palabras de Balaguer Callejón (2008, p. 81): “Constituía una forma de negación de la mujer como sujeto, en la medida en que se la nombraba indirectamente, por intermediación del género masculino, que también la comprendía a ella”. Y de acuerdo con Rubio Castro y Bodelón González (2011, p. 140): “El uso del masculino genérico implica un trato lingüístico discriminatorio, que no solo es injusto sino también inexacto, porque este no representa adecuadamente el significado con el que tradicionalmente se ha conectado: el que le permite incluir a las mujeres como algo implícito que, por lo tanto, no es directamente visible”.

Este debate sobre designar explícitamente a las mujeres en el lenguaje del Derecho otorgó al estudio de la técnica normativa cierto carácter sustantivo, y se empezó a plantear que nombrar correctamente a las personas no solo era un mandato del principio de seguridad jurídica, sino que redundaba en una protección eficaz de sus derechos como ciudadanas y, por ende, en una mayor participación en el ámbito público (Balaguer Callejón, 2008).

---

<sup>274</sup> Resolución de 28 de julio de 2005, de la Subsecretaría, por la que se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros, de 22 de julio de 2005, por el que se aprueban las Directrices de técnica normativa. Texto recuperado el 28 de marzo de 2023 de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2005-13020>.

Sin embargo, no todos los sectores se han mostrado de acuerdo con el poder del lenguaje como mecanismo de integración y, en particular, con la concepción del masculino genérico. La Real Academia Española consideraba en 2020 que proclamar “el carácter discriminador del masculino genérico es una tesis que carece de fundamento”, y explicaba que este uso “es anterior al masculino específico y su génesis no se halla relacionada con el androcentrismo lingüístico” (p. 50). La institución cultural parte de que el retraso en la aparición de femeninos en las profesiones “deriva de un retraso social en el acceso de la mujer a determinados trabajos, cargos y dignidades. Tan pronto como se incorpora a estos puestos, se modifica el significado del nombre de profesión y evoluciona la palabra para dar cabida al nuevo género” (p. 54).

De la misma opinión es Reinoso Barbero (2014) que sostiene que el uso genérico del masculino “no está determinado únicamente por factores gramaticales, sino también por las condiciones contextuales que favorecen la referencia a la especie humana”; y por ello entiende que “el tratamiento igualitario de ambos sexos rige el uso genérico del masculino, pues no hacerlo implica incluir una diferencia entre ellos”.

Aunque luego ahondaremos en esta corriente de pensamiento expuesta, por el momento basta con decir que para sus partidarios no es el lenguaje el que invisibiliza o daña a ciertos colectivos, sino el uso que se hace del mismo. Una visión que, por un lado, parece considerar el lenguaje como un ente neutro y deshumanizado, y por otro, no tiene en cuenta la interpretación e intencionalidad que hacen del mismo el emisor y el receptor que escogen determinadas palabras (y no otras) para enunciar un mensaje<sup>275</sup>.

De cualquier forma, parece evidente que no nombrar a las mujeres de forma explícita (particularmente en situaciones de responsabilidad o prestigio social) es un signo concluyente de la nula posición de poder que ellas ocupaban en la sociedad y de sus escasas posibilidades de desarrollo intelectual en el ámbito público<sup>276</sup>. Para Rubio Castro y Bodelón González (2011), esta

---

<sup>275</sup> Sobre esto, Sánchez Lobato (2006, p. 38) reflexiona que la idea de que la lengua no es sexista, sino que lo es la sociedad no puede ser defendida, ya que lo lingüístico no existe al margen de cuestiones sociales y políticas, sino que se impregna de ellas y cambia conforme estas lo hacen: “El lenguaje puede ser sexista, como discriminatorio o autoritario” pero en ningún caso es “aséptico”. También puede convertirse en “un importante motor de transformación social, una herramienta para eliminar estereotipos”.

<sup>276</sup> Recuérdese que la Constitución Española solo mencionaba a la mujer como esposa (art. 32) y como madre (art. 39), ni siquiera se refería a ella de forma explícita en el art. 14 donde las incluía en el genérico “*españoles*” para configurar el derecho a la igualdad de todas las personas sin que prevaleciese ningún tipo de discriminación (y a continuación sí matizaba “*por razón de sexo*” para proclamar la igualdad entre hombres y mujeres). En contraposición a esto, a lo largo del texto constitucional se utilizaban hasta un total de 298 neutros universales para dirigirse a ambos sexos.



costumbre -ilustrada en la técnica normativa de la época- provenía del denominado ‘androcentrismo’: una tendencia, extendida a lo largo del tiempo, basada en ver el mundo desde la óptica masculina, por lo que convierte al hombre en el centro de todas las cosas. La visión androcéntrica se manifiesta, de manera especial, en el lenguaje convirtiéndolo en “el instrumento más importante de discriminación de la mujer porque colabora en su exclusión y sumisión (...); tanto en el lenguaje común, como en los lenguajes especializados de determinados ámbitos de la actividad humana, como el ámbito jurídico” (Rubio Castro y Bodelón González, 2011, p. 12).

Por todo ello, fue ganando peso en la doctrina (y en otros muchos sectores) la idea de que una técnica normativa correcta conllevaba, como exigencia clave, la elaboración de un lenguaje de género que mencionase expresamente a las mujeres, en pro de su derecho a ser nombradas como condición indispensable del derecho a una igualdad real (art. 14 CE). La redacción de una técnica normativa en clave de igualdad se asocia con el concepto de ‘lenguaje inclusivo’ que el Parlamento Europeo (2008, p. 1) definió como aquel que pretendía evitar “*opciones léxicas que puedan interpretarse como sesgadas, discriminatorias o degradantes al implicar que uno de los sexos es superior al otro, ya que en la mayoría de los contextos el sexo de las personas es, o debe ser, irrelevante*”<sup>277</sup>.

En el ámbito jurídico, Francisco Balaguer Callejón (2004) apuntaba que uno de los grandes retos que debía afrontar el Derecho era, sin dilación, la reconstrucción del lenguaje jurídico con perspectiva de género con un doble objetivo: por un lado, eliminar términos sexistas arraigados en el lenguaje y, por otro, reformular las normas en sentido igualitario.

A propósito de esto, veamos un ejemplo que señalan acertadamente Rubio Castro y Bodelón González (2011): cuando en textos jurídicos (una sentencia, por ejemplo) se emplean palabras como “Abogado del Estado”, “propietario” o “perito” no se sabe si se está aludiendo a un hombre o a una mujer. Como se nombra en masculino, la presencia simbólica masculina está siempre garantizada, pero la femenina permanece oculta. Y esto es de gran importancia porque la exclusión histórica y real de las mujeres en profesiones cualificadas (como en la abogacía del

---

<sup>277</sup> Informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo. Bruselas: Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad. La ONU (2019) se muestra partidaria de utilizarlo, pues afirma que “dado que el lenguaje es uno de los factores clave que determinan las actitudes culturales y sociales, emplear un lenguaje inclusivo en cuanto al género es una forma sumamente importante de promover la igualdad de género y combatir los prejuicios de género”; y establece una serie de orientaciones para expresarse sin discriminar y perpetuar estereotipos de género. Texto recuperado el 28 de marzo de 2023 de <https://www.un.org/es/gender-inclusive-language/index.shtml>.

Estado o el peritaje) dificulta que en ese genérico se pueda identificar a una mujer, ya que tradicionalmente siempre ha sido un hombre. Si no se utilizan términos más igualitarios como “Abogada del Estado” (en el caso de que se sepa que se trata de una mujer) o “perita” (desdoblamiento aceptado por la RAE<sup>278</sup>), la presencia de las mujeres queda entonces invisibilizada, más si cabe en la actualidad que muchas de ellas desempeñan cargos y profesiones jurídicas.

Pese a lo anterior, como ocurría con las directrices de técnica normativa de 1991 y 2005, no existe cierta obligación jurídica de emplear un lenguaje inclusivo en la redacción de las normas (y, por supuesto, tampoco en las sentencias de los tribunales), y solo hallamos orientaciones que pueden servir de base a tal objetivo, así como ciertas normas que impulsan y promueven la adopción de criterios inclusivos.

Lo que sí es cierto es que dicha tarea (como también sucedía con una redacción inteligible de la técnica normativa) está vinculada a mandatos constitucionales internos: el artículo 9.2 CE en relación con el artículo 14 CE proclama: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”*. Y también europeos, como en el Tratado de Ámsterdam (1997) sobre los objetivos de la Unión que disponía: *“La Comunidad tendrá por misión promover (...) la igualdad entre el hombre y la mujer (art. 2); y en el artículo 3 añadía: Se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad”*.

También en el fallido Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa (2004) que proclamaba que se combatiría *“la exclusión social y la discriminación; y se fomentaría la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”*; y en el Tratado de Lisboa (2007) donde se incidía de nuevo en que, entre los valores en los que se fundamenta la Unión Europea se encuentra *“la no discriminación y la igualdad entre mujeres y hombres”* (art. 1 bis).

Como un análisis exhaustivo de todos los instrumentos jurídicos (nacionales e internacionales) que aluden a la necesidad de elaboración de un lenguaje jurídico inclusivo y respetuoso con los derechos de todas las personas escapa al objeto de esta investigación, nos remitiremos

---

<sup>278</sup> Perito -ta. Puede ser adjetivo (‘experimentado o práctico en una materia’) o sustantivo (‘persona con titulación técnica’). En ambos casos el femenino es perita. Definición recuperada el 28 de marzo de 2023 de <https://www.rae.es/dpd/perita>.

únicamente a los que consideramos más relevantes, porque reafirman la idea de que el lenguaje sirve para ‘construir’ a las personas y puede actuar como mecanismo de integración social: la Recomendación CM/Rec(2019)1 del Comité de Ministros a los Estados miembros para prevenir y combatir el sexismo (concepto complejo al que se ha aludido varias veces en esta investigación<sup>279</sup>) afirma que esta actitud “*se manifiesta en distintos aspectos de la vida cultural, como el lenguaje*” (II. H.); y recuerda a los Estados miembros que resulta conveniente “*elaborar y promover materiales formativos o herramientas sobre lenguaje y comunicación con perspectiva de género*” (II. H. 1.)<sup>280</sup>.

Asimismo, el Parlamento Europeo, al que antes nos referíamos, aprobó un informe sobre el lenguaje no sexista el 13 de febrero de 2008, en el que establecía la necesidad de evitar cualquier tipo de expresión sexista degradante o que evocase que alguno de los sexos sea superior al otro. Esa directriz también se tendría presente en la redacción de todos los documentos parlamentarios, en los debates y en las comunicaciones llevadas a cabo en el seno del Parlamento Europeo<sup>281</sup>.

---

<sup>279</sup> Nos parece interesante la definición de Giberti (2008) que puntualiza que se trata “del conjunto de actitudes y comportamientos que instala la discriminación entre las personas basándose en su sexo. Se organiza en forma de prejuicio y creencia y se pone de manifiesto mediante el lenguaje, símbolos y costumbres históricamente arraigadas”.

Por su parte, La Real Academia Española (2020, p. 32) precisa que se trata de “la discriminación de las personas por razón de sexo”, no obstante, entiende que el aserto de que “el lenguaje es sexista” incurre en la generalización acrítica de las medias verdades, Pese a su extensión, vale la pena transcribir el argumento íntegro: “Aplicada a la lengua misma, es una acusación tan inconsistente como tildar de ponzoñosa a una copa por el hecho de haber sido recipiente de un veneno. Es una evidencia irrefutable que han existido, existen y existirán mensajes sexistas e incluso textos y géneros misóginos. Pero tal sexismo y misoginia no son propiedades de la lengua, sino usos de la misma. No son inherentes al sistema (no son sexismo de lengua), sino valores que adquieren en el uso a causa de la intencionalidad de los emisores o de sus prejuicios ideológicos (sexismo de discurso). No se corrigen mejorando la gramática, sino erradicando prejuicios culturales por medio de la educación”.

<sup>280</sup> La recomendación fue adoptada por el Comité de Ministros el 27 de marzo de 2019, y deriva de la puesta en marcha de otras recomendaciones, como la nº 90 (4) del Consejo de Europa, adoptada por el Consejo de Ministros de 21 de febrero de 1990 para la eliminación del sexismo en el lenguaje; o la Recomendación CM/Rec(2007)17 sobre las normas y los mecanismos de igualdad entre hombres y mujeres, que subraya que “*las acciones de los Estados miembros deben tener como objetivo el fomento de un lenguaje no sexista en todos los sectores, en particular, en el sector público*”. Todas ellas han contribuido a la creación de una normativa en nuestro Ordenamiento Jurídico estatal y autonómico de adecuación a la exigencia europea de elaboración de un lenguaje inclusivo e igualitario. Texto recuperado el 29 de marzo de 2023 de <https://rm.coe.int/def-26-09-19-recomendacion-consejo-de-europa-sexismo/1680981feb>.

<sup>281</sup> Informe sobre el lenguaje no sexista en el Parlamento Europeo, aprobado por la decisión Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad de 13 de febrero de 2008. Texto recuperado el 30 de marzo de 2023 de [https://www.fademur.es/\\_documentos/Informe-Eurocamara-Lenguaje-sexista.pdf](https://www.fademur.es/_documentos/Informe-Eurocamara-Lenguaje-sexista.pdf).

En España, posee singular relevancia en la materia el artículo 14 -de la Ley 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres- que establece en su apartado 11, como criterio general de actuación de los poderes públicos, “*la implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en todas las relaciones sociales, culturales y artísticas*”. Autores como Valpuesta Fernández (2007) o Álvarez Rodríguez (2018) resaltaban la ‘contundencia’ de la ley al señalar al lenguaje como vehículo de cambio social en términos de igualdad; y consideraban la Ley 3/2007 como ‘la ley estrella’, la principal base jurídica para desarrollar la inclusión lingüística en España (Valpuesta Fernández, 2007).

Sin embargo, resulta sorprendente cómo en sus modificaciones posteriores, específicamente en la última de la que se tiene constancia mientras se escriben estas líneas, la Ley Orgánica 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, apenas alude a la observación de una técnica normativa inclusiva. Únicamente menciona la importancia de este tipo de lenguaje solo en el art. 22 cuando el *drafter* legislativo insta a los medios de comunicación a desarrollar “*un lenguaje y mensajes contrarios a la discriminación y a la intolerancia*”.

Sin embargo, que diversos textos jurídicos establezcan directrices sobre el lenguaje a los poderes públicos (y a la sociedad en general) en favor de una igualdad real no implica que sectores privados vinculados con la materia las compartan y asuman como propias. Desde su aparición, el lenguaje inclusivo se ha vinculado en no pocas ocasiones a una imposición forzada de la denominada ‘ideología de género’ por parte de la clase política a la ciudadanía<sup>282</sup>. La Real

---

<sup>282</sup> De acuerdo con el *Glosario para la Igualdad* del Instituto Nacional de las Mujeres de México (Inmujeres), la expresión ‘ideología de género’ se utiliza de manera despectiva para desestimar la diversidad sexual y de género a las que se han ido abriendo las sociedades durante los últimos años. Véase un ejemplo de esta tendencia en este artículo escrito por Esteve (25/07/2018), en el que comenta la posibilidad de reformar la Constitución para adaptarla a un lenguaje más inclusivo: “De salir adelante [la propuesta mencionada] vendría a suponer un asalto de la ideología de género a la RAE y la Constitución”. Artículo recuperado el 28 de marzo de 2023 de <https://www.forumlibertas.com/el-asalto-de-la-ideologia-de-genero-a-la-rae-y-la-constitucion/>.

Según Inmujeres, la denominación de ‘ideología’ la emplean ciertos sectores para acentuar el supuesto carácter dogmático de las ideas de igualdad, empoderamiento y respeto de la vivencia personal de la identidad y la sexualidad. Por lo que su utilización despectiva conlleva un rechazo explícito hacia los movimientos feministas argumentando que estos “van en contra de la naturaleza y de la familia y que operan poniendo en peligro el orden social establecido”. Las autoras también explican que la ideología de género “no existe como categoría dentro de las ciencias sociales”, sino que es “un constructo que busca denostar las reivindicaciones de los derechos de las mujeres y de la diversidad sexual”. *Glosario para la Igualdad* recuperado el 27 de marzo de 2023 de <https://campusgenero.inmujeres.gob.mx/glosario/terminos/ideologia-de-genero>.

Academia Española juzgaba que “los cambios gramaticales o léxicos que han triunfado en la historia de nuestra lengua no han sido dirigidos desde instancias superiores, sino que han surgido espontáneamente entre los hablantes”. También se mostraba tajante al afirmar que una lengua igualitaria “no implica mayor igualdad” y ponía como ejemplo “las diferencias sociales entre hombres y mujeres que son muy numerosas en ciertos territorios de África y Asia, a pesar de que en algunas de las lenguas habladas en ellos se marcan más nítidamente las correspondencias entre género y sexo” (RAE, 2020, p. 54)<sup>283</sup>.

La RAE está convencida de que son los hablantes los auténticos dueños de la lengua y, por lo tanto, no debe atribuirse ese papel a las instituciones: “Debe confiarse en la conciencia lingüística de los hispanohablantes para averiguar si en nuestra lengua son o no inclusivos los sustantivos masculinos de persona que aparecen en expresiones como ‘Ella y yo somos amigos’. Resultaría escasamente democrático sostener que lo desconocen o negarles la capacidad de determinarlo” (p. 29).

Asimismo, Reinoso Barbero (2014) apela a un “uso injustificado” del lenguaje inclusivo, “una exigencia irracional de empleo de los circunloquios, perífrasis y demás figuras de pensamiento que, más que incluir, describen la vaciedad intelectual de esas formas de expresarse”.

El autor no solo se muestra contrario a utilizarlo en el ámbito del Derecho, sino en general a la adaptación del lenguaje jurídico a la ciudadanía, lo que denomina como un proceso de “vulgarización de la lingüística técnica” del que debe eximirse al Derecho porque “está afecto al cumplimiento de unos propósitos de verdadera relevancia social, ubicados en un plano distinto al de otros lenguajes más cercanos como son el político-jurídico y el académico-jurídico”. Y estos objetivos solamente pueden cumplirse mediante una “característica dicción jurídica formada por unos tónicos, un vocabulario y un léxico propio”.

Como hemos observado, no toda la doctrina comparte la idea de que el lenguaje inclusivo deba ser parte del proceso de modernización del lenguaje jurídico, ni tan siquiera la necesidad de renovar dicho lenguaje. Pese a todo lo comentado, coincidimos con Valcárcel y Bernaldo de Quirós (2018) en que los cambios sociales van siempre acompañados de cambios en el lenguaje: “La lengua es compañera de lo que se produce en el tiempo”.

---

<sup>283</sup> Informe sobre lenguaje inclusivo y cuestiones conexas (2020). Recuperado el 27 de marzo de 2023 de [https://www.rae.es/sites/default/files/Informe\\_lenguaje\\_inclusivo.pdf](https://www.rae.es/sites/default/files/Informe_lenguaje_inclusivo.pdf).

La cuestión por determinar es si ese cambio solo pueden producirlo los usos informales del lenguaje que ocasiona la ciudadanía de forma inconsciente, y que “no son producto de una decisión unánime ni democrática ni siquiera racional” (Rubio Castro y Bodelón González, 2011, p. 140), como los insultos o las expresiones malsonantes. Sin embargo, como bien apuntan las autoras, “no solo el lenguaje políticamente incorrecto es la única manifestación de cómo hacen suyas las lenguas quienes las utilizan para comunicarse, porque a través de ellas también se expresan demandas de justicia, se satisfacen o se niegan” (p. 140). Este tipo de lenguaje, más allá de su utilización -o no- ideológica, se erige como ejemplo paradigmático de que cuando la sociedad avanza, lo hace también a través de las palabras. Y que si bien es cierto que este vehículo de comunicación se puede emplear para dañar, discriminar e invisibilizar... también constituye una herramienta eficaz para cambiar realidades o crear nuevas; en definitiva, para decir y designar quién es cada uno.

Las reflexiones sobre el lenguaje de género obligan a pensar en la pertinencia de otros lenguajes, en cómo hablamos sobre colectivos que -como las mujeres- han sido históricamente discriminados: las personas migrantes, refugiadas, apátridas... que, por encima de cualquier distintivo, comparten el rasgo de ser extranjeras o, como decía Bertolt Brecht, “heraldos de malas noticias”<sup>284</sup>.

Si es importante llamar a las mujeres como son, en lugar de incluirlas en palabras que identifican fundamentalmente a los hombres, entonces ¿por qué no utilizar también los términos correctos para referirnos a aquellos que forman parte del fenómeno migratorio? ¿Por qué se confunden y entremezclan continuamente vocablos (inmigrantes, emigrantes, refugiados, apátridas...) que determinan realidades totalmente distintas (asilado o extranjero), ¿acaso la inclusión no significa designar, introducir, empoderar... a todos los que en teoría permanecen ‘fuera’ o aislados de la sociedad?

En base a todo esto, nos interesa ahora averiguar cómo se relacionan entre sí el lenguaje, el Derecho y las personas migrantes. Y para ello partimos de la consideración de que a ellas, el lenguaje no solo las daña o invisibiliza, sino que, sobre todo, las criminaliza y estigmatiza por el hecho de ser extranjeras (Bauman, 2008), con el fin último de expulsarlas para que algún día dejen de existir, tanto sus realidades como el lenguaje que las representa.

---

<sup>284</sup> *passim*.

#### **4. El empleo del lenguaje jurídico para discriminar a las personas migrantes: punto de partida y estrategias discursivas**

Entre las ya esbozadas funciones sociales del Derecho, se encuentra la de otorgar reconocimiento a los estatus que tienen los seres humanos en sociedad, la creación de categorías de igualdad y de diferencia o como apunta De Lucas (2021, p. 300), “de aquello que conocemos como procesos de segmentación social”<sup>285</sup>. En esa tarea de taxonomía y, en particular, en la definición de subcategorías de extranjero a través de las normas jurídicas (completada por la actividad judicial y administrativa), el paso de un Estado social “y comunidad inclusiva” a un Estado excluyente “de justicia criminal” en el siglo XX ha sido crucial (Bauman, 2008, p. 13). De hecho, el mismo autor afirma que hoy en día nos encontramos en una suerte de “Derecho de excepción” basado en un derecho penal de autor que tipifica delitos de los que solo pueden ser autores los migrantes. Todo ello fructifica gracias a un lenguaje jurídico que crea estereotipos y fobotipos<sup>286</sup>; y demuestra, entonces, la capacidad del Derecho para transmitir e imponer (con el refuerzo de la sanción) las relaciones de poder basadas, esencialmente, en el dominio del ‘otro’ (De Lucas, 2021).

A lo largo de esta tesis doctoral, hemos insistido en que la denominación que otorgamos a algunos grupos conlleva, por una parte, el establecimiento de concepciones sociales traducidas en prejuicios. Por otra parte, esto en el ámbito jurídico desemboca en la restricción o vulneración de muchos de sus derechos fundamentales. En palabras de Bauman (2008, p. 40): “El lenguaje normativo en el ámbito de las políticas migratorias es funcional a la “industria del desecho humano” (...), los refugiados son el residuo humano personificado sin ninguna función útil que desempeñar y sin intención ni posibilidad realista de ser asimilados e incorporados al nuevo

---

<sup>285</sup> Es claro que esta interpretación se opone a la dogmática del positivismo formal-legalista que no tiene en cuenta los valores o principios morales.

<sup>286</sup> Vocablo no recogido en el diccionario de la RAE pero que utilizan varios autores (entre otros, Susín Betrán, 2015, De Lucas, 2021) para explicar el estigma que persigue a las personas migrantes -sobre todo las que se encuentran en situación administrativa de irregularidad- que son representadas bajo la idea de encarnación del mal: nos roban, nos quitan el trabajo, violan a las mujeres, obtienen ayudas públicas, etc. Por lo tanto, se crea y perdura en el tiempo el *fobotipo* que asocia al (in)migrante con un delincuente que solo trae desgracias al país de acogida.

elemento social (...). El acto mismo de tirar a alguien a la basura pone fin a las diferencias, las individualidades, las idiosincrasias... asegura la permanencia de su exclusión”<sup>287</sup>.

Se entiende entonces que, a partir de las palabras, el Derecho asienta modelos transformándolos en elementos naturales de la argumentación y justificación de la tarea de regulación de las relaciones sociales, y de transmisión de estándares de comportamiento (De Lucas, 2021). De esto se interpreta que el lenguaje jurídico se erige, entonces, como una pieza clave en el proceso de construcción social del migrante mediante una serie de estrategias discursivas que, de hecho, caracterizan la narrativa contemporánea sobre las políticas migratorias (Ceriani Cernadas, 2016). Tomando como marco de referencia la normativa reguladora de los derechos de las personas migrantes y refugiadas en España (analizada en el primer capítulo), observemos algunos ejemplos con detención:

La Ley 9/1994, de 19 de mayo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificó la Ley 5/1984, de 26 de marzo, que constituyó la primera norma aprobada en España sobre el derecho de asilo. Entró en vigor en una época en la que en Europa se había extendido la idea de que la mayoría de los solicitantes de asilo eran en realidad (in)migrantes que se aprovechaban de los sistemas de protección ofrecidos a los primeros.

En países con una mayor tradición en el ámbito del asilo, como Reino Unido, los discursos políticos y los medios de comunicación centraron parte del debate sobre la inmigración en la práctica abusiva por parte de los solicitantes (Moreno Amador, 2021). Basta citar como muestra al que fuera ministro británico del Interior, David Blunkett, que reflexionó en varias ocasiones sobre el reto que para los países desarrollados planteaban aquellos que “utilizaban el sistema de asilo político como una ruta de entrada en Occidente”<sup>288</sup>.

En España, recordemos esta noticia publicada por el diario *ABC* el 26 de marzo de 1991, cuyo titular rezaba: “Ley de asilo: una puerta abierta a la inmigración ilegal”. El cuerpo de texto se

---

<sup>287</sup> En línea con todo esto, Zizek (2016) señala oportunamente que “incluso si se demostrara que la mayoría de prejuicios arraigados sobre las personas migrantes son ciertos -que son terroristas fundamentalistas ocultos; que violan y roban...- estos darían más información sobre nosotros, los europeos, que sobre ellos, los migrantes”. Por lo tanto, la verdadera pregunta que deberíamos hacernos no sería “¿son los inmigrantes una amenaza real para Europa?”, sino “¿qué nos dice esta obsesión con la amenaza inmigrante sobre la debilidad de Europa?”. Desde este enfoque hemos tratado de elaborar este capítulo: qué dice de los autóctonos las palabras que escogemos -o nos imponen desde arriba- para denominar a los “extraños que vienen llamando a nuestras puertas” (Bauman, 2016).

<sup>288</sup> Declaraciones recuperadas el 28 de marzo de 2023 de <https://www.theguardian.com/politics/2002/sep/18/immigrationpolicy.immigration>.



basaba en intercalar testimonios de especialistas en diversas materias que explicaban que se estaban “colando” en el sistema español miles de ‘emigrantes económicos’ procedentes de países con los que España no tenía “obligaciones” de ningún tipo.

De acuerdo con lo anterior, no debe extrañarnos que en el preámbulo de la nueva LO 9/1994 se señalase al asilo como la principal vía de inmigración irregular: *“El sistema de protección a los refugiados políticos se ve desvirtuado en la práctica por un número creciente de solicitudes, en su mayoría de inmigrantes económicos<sup>289</sup>, lo que dificulta la acogida adecuada y provoca el consiguiente retraso en la resolución de las peticiones, convirtiéndose en la práctica en la principal vía de inmigración irregular hacia nuestro país”*.

Sin duda, nos hallamos ante un buen ejemplo de cómo se utilizó la técnica normativa para poner el foco en un problema que no era tan evidente que existiese; es cierto que entre la aprobación de la primigenia ley y su modificación aumentaron en gran medida las cifras de solicitantes de asilo, pero eso no quería decir que todos se estuviesen aprovechando de esa vía<sup>290</sup>.

De hecho, un año antes de la entrada en vigor de la nueva ley de asilo, España había ratificado el acuerdo Schengen y se había convertido en su puerta de acceso, o más bien, en guardián de este (García Mahamut, 2010; Vallés Ferrero, 2016).

La idea de que el asilo se utilizaba como mecanismo fraudulento para entrar a España sirvió para justificar el endurecimiento de las condiciones de entrada a nuestro país que trajo consigo la aprobación de la nueva ley (Fernández Pérez, 2016). Entre otras medidas que introdujo la norma, destaca la controvertida introducción de un procedimiento acelerado de inadmisión a trámite, tanto para las solicitudes registradas en territorio como en las fronteras que exigía que los

---

<sup>289</sup> Cuando se alude a la categoría de ‘migrante económico’, hemos de recordar que la Organización Internacional para las Migraciones (2019, p.139) la define como “cualquier persona que se desplaza a través de una frontera internacional o dentro de un país, motivada exclusiva o principalmente por la búsqueda de oportunidades económicas”. Sin embargo, desaconseja su uso porque se suele yuxtaponer al término “refugiado” para recalcar que estos sí “tienen derecho a una protección específica en virtud del derecho de los refugiados, mientras que los Estados no tienen obligación alguna respecto de quienes emigran al extranjero en busca de mejores oportunidades económicas” (p.139). Profundizaremos en este concepto más adelante. Texto recuperado el 26 de marzo de 2023 de <https://publications.iom.int/system/files/pdf/iml-34-glossary-es.pdf>.

<sup>290</sup> Vallés Ferrero (2016) explica que entre la entrada en vigor de la ley y la primera reforma que se llevó a cabo de esta (10 años después), las solicitudes de asilo aumentaron en España de 1000 a 12.000, unas cifras nada comparables a las actuales: a finales de 2022, la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) perteneciente al Ministerio del Interior registró 118.842 solicitudes de protección internacional, máximo histórico desde su creación en 1992. Datos recuperados el 25 de marzo de 2023 de <https://www.interior.gob.es/opencms/es/detalle/articulo/La-Oficina-de-Asilo-y-Refugio-registra-118.842-solicitudes-de-proteccion-internacional-en-2022-maximo-historico-desde-su-creacion/>.

solicitantes de protección internacional permaneciesen en ‘dependencias habilitadas’ en los puestos fronterizos españoles hasta que las autoridades decidiesen sobre la admisión de sus solicitudes.

Al final, se trataba de responder a las demandas impuestas a España para implementar políticas más restrictivas en su nuevo papel de “cancerbero de la frontera sur” (Gil-Bazo, 1998).

En este sentido, Bauman (2008, p. 16) entendía que la forma en la que se utiliza el lenguaje jurídico para discriminar a algunas personas se asociaba con la noción de “Neolengua”<sup>291</sup> utilizada por George Orwell en su popular obra *1984*. El autor explica sus connotaciones con un ejemplo muy conveniente sobre la idea preconcebida de que se aprovecha el sistema de asilo como ruta de entrada en Occidente: según esa ‘neolengua’ (artimaña lingüística que en este caso desvirtúa el derecho que ampara -derecho de asilo- y manipula el pensamiento del receptor del mensaje: los solicitantes de asilo no necesitan refugio), “cualquiera podría quejarse sobre el reto que para la población costera suponen los marinos naufragados que emplean el sistema establecido de rescates en alta mar como vía de acceso a tierra firme” (Bauman, 2008, p. 16). Si nos parece tan absurda la hipótesis de los naufragos, ¿por qué no que los solicitantes de asilo utilicen dicho sistema para asentarse en un país determinado?

La supuesta práctica abusiva del sistema de asilo también comportó el inicio de la utilización confrontada de las etiquetas institucionales de solicitante de asilo y ‘migrante económico’ (Ceriani, 2016; Moreno Amador, 2021). La naturalización de este concepto permitía que no se aplicase la protección de la que gozan los refugiados en base a la Convención de 1951, puesto que, en teoría, no la necesitaban porque no cumplían los requisitos debidos.

Pese a su extendido uso, Ceriani Cernadas (2016) recuerda (como ya señaló también la Organización Internacional para las Migraciones) que la categoría de ‘inmigrante económico’ no existe en el derecho internacional. Por lo tanto, no hay definición o base jurídica que la sustente; y pone este ejemplo de lo ilógica que resulta esta categoría: “¿Cómo es posible catalogar el desplazamiento como ‘económico’ por el solo hecho de que la situación de cada persona no se

---

<sup>291</sup> Artificio literario que consistía en una perversión del lenguaje basada en modificar el inglés que se hablaba con anterioridad a la instauración del partido dictatorial (la ‘Viejalengua’) con el fin de eliminar todas las palabras que pudiesen servir a los ciudadanos para pensar de una manera que contraviniese los intereses del pensamiento dominante. Se trataba, pues, de que los hablantes no pensasen en ninguna situación para la que no existiese una palabra en la ‘Neolengua’. Esta manipulación conducía a la completa destrucción de la libertad de pensamiento del individuo.

ajuste al artículo 1 de la Convención de 1951? Pensemos un caso hipotético: una persona migra luego de haber sido privada sistemáticamente de sus derechos básicos (trabajo, salud, vivienda adecuada, educación, etc.) y, en tales circunstancias, de varios derechos civiles y políticos elementales. Todo ello debido a su origen étnico. Sin embargo, su vida o integridad física no están en peligro inminente por persecución estatal o de un tercero. ¿Sería entonces un migrante económico? ¿Podríamos decir que esa persona atraviesa países, desiertos y mares, o sufre vejaciones de diferente naturaleza, solamente para cambiar su televisión, tener un aumento en su salario o algún otro beneficio económico?”.

Es claro lo cuestionable que resulta que la categoría de ‘migrante económico’ se haya creado en base a una única razón de índole económica, ya que la movilidad puede venir motivada por un cúmulo de factores complejos y a menudo superpuestos. Por lo que su empleo “invisibiliza el carácter multidimensional de estos desplazamientos, reduciendo el fenómeno a un solo aspecto para ocultar la intrínseca relación de factores que evidencian la negación del derecho humano al desarrollo a un porcentaje considerable de la población mundial” (Ceriani Cernadas, 2016, p. 103).

Con su empleo y reconocimiento jurídico, se ignora la interdependencia de derechos afectados como causa de la migración, mediante categorías conceptuales que cercenan el lenguaje de los derechos de estas personas, obstaculizan que dichas causas sean abordadas oportuna e integralmente, y legitiman políticas migratorias restrictivas (Ceriani Cernadas, 2016).

Sin duda, la catalogación de ‘migrante económico’ resulta tan inadecuada como el ejemplo que resaltaba Bauman de generalizar que la mayoría de solicitantes de asilo se aprovechan de este mecanismo para asentarse en un país sin que posean realmente el estatus de refugiado.

Otra prueba de cómo la técnica normativa, en ocasiones, sirve para desnaturalizar ciertos derechos y supeditarlos a los contemporáneos discursos de defensa y seguridad (el denominado “Derecho de excepción”, Bauman, 2008, que ahora impera en las sociedades modernas) sería el ya citado acuerdo de la Unión Europea con Turquía (2016). Este permitió que todas las personas que llegaran por vías irregulares a las islas del Egeo, incluidas las solicitantes de asilo, fueran devueltas a Turquía. Con este “mecanismo de deportación disfrazado de devolución a país seguro” (De Lucas, 2021, p. 310), se vació el contenido jurídico del derecho al asilo, tal y como se había definido desde la Declaración de 1948 y la Convención de Ginebra (1951) y el Protocolo

de Nueva York (1967) que establecían que son Estados parte y, por lo tanto, sujetos obligados con respecto a la garantía del asilo, todos los Estados de la Unión Europea.

En línea con esto, también resulta interesante la reflexión que lleva a cabo De Lucas (2021, p. 309) sobre la práctica de la palabra ‘refugiado’ en diferentes ámbitos (no solo en el jurídico-normativo) “cuando la realidad es que no llegan a serlo porque todo nuestro esfuerzo jurídico se centra en tratar de dificultar o impedir que adquieran esa condición normativa”. Por lo que en el mejor de los casos el término más realista sería *asylum seekers* (solicitantes de asilo).

Los datos demuestran esta compleja realidad: la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) denunciaba en 2020 que España solo ofrecía protección a uno de cada 20 solicitantes de asilo (en 2019 se presentaron en España un total de 118.264 solicitudes de asilo; y el permiso por razones humanitarias se concedió a solo 40.000 personas que en su mayoría eran venezolanas). Un año más tarde, nuestro país experimentó una ligera mejoría en cuanto a reconocimiento de protección internacional: en este ejercicio duplicó el porcentaje de resoluciones de asilo favorables en un 10,5% frente al 5% del año anterior (2020)<sup>292</sup>. Sin embargo, no dejan de ser cifras muy bajas que están lejos de significar el acceso de los solicitantes al estatus de refugiado y a todos los derechos que lleva aparejado.

También son varios los autores (Ceriani Cernadas, 2016; De Lucas, 2021) que proponen una modificación de la normativa de 1951 y 1967, especialmente en la concepción de ‘refugiado’, puesto que las dinámicas del desplazamiento de la población en el mundo contemporáneo son profundamente diferentes de las circunstancias en que se adoptó dicho marco de referencia. Esto se hace especialmente visible con respecto a aquellos que se ven forzados a desplazarse a causa de desastres naturales o crisis climáticas, los conocidos como ‘refugiados medioambientales’, ‘ecológicos’ o ‘climáticos’.

Si bien el Pacto Mundial sobre los Refugiados (2018) afirmaba que “*el clima, la degradación ambiental y los desastres naturales interactúan cada vez más con las causas detrás de los desplazamientos de refugiados*”, el derecho internacional todavía no reconoce, específicamente, la categoría de refugiado que huye por cambios climáticos. Pues la Convención de Ginebra de 1951, piedra angular de la protección internacional sobre los refugiados, no incluye el clima como motivo que dé lugar a ostentar la condición de refugiado; y además, alude siempre a

---

<sup>292</sup> Datos recuperados el 28 de marzo de 2023 de <https://www.cear.es/solicitantes-asilo-mas-que-cifras-2019/>.

personas que cruzan fronteras internacionales cuando, según ACNUR (2020<sup>293</sup>), el cambio climático genera, principalmente, desplazamiento interno en los propios países.

Por ello, el organismo recomienda no hacer uso del término, inexistente y abstracto, de ‘refugiado climático’, y propone, por ser más preciso e inclusivo, referirse a “personas desplazadas en contextos de desastres y cambio climático”. Estas se definen como grupos que, por razones imperiosas, debidas a cambios repentinos o progresivos en el medio ambiente que afectan negativamente a sus condiciones de vida, se ven obligadas a abandonar sus hogares, u optan por hacerlo, ya sea de forma temporal o permanente (Ascensión García Ruiz, 2019).

No obstante a todo lo comentado, en 2020 el Comité de Derechos Humanos de la ONU emitió la resolución *Teitiota c. Nueva Zelanda*, de 7 de enero de 2020, donde reconocía el cambio climático como amenaza para el derecho a la vida, lo que abría la puerta, en un futuro, a reconocer jurídicamente como refugiadas a personas que huyen o se desplazan por motivos climáticos.

#### **4.1. El empleo del lenguaje jurídico para discriminar a las personas migrantes: otras estrategias discursivas**

Otra de las estrategias discursivas empleadas en el lenguaje jurídico para llevar a cabo un eficaz proceso de estereotipación de los migrantes (Ceriani Cernadas, 2016) tiene que ver con los eufemismos, que la RAE define como “manifestaciones suaves o decorosas de ideas cuya recta y franca expresión sería dura o malsonante”. El uso de este recurso obedece a cuatro fines lingüísticos: disfrazar lo feo de bonito o neutro, disfrazar lo fácil de complicado, disfrazar la vacuidad de palabrería, y disfrazar lo concreto de vaguedades (Hernando, 1990; Sánchez García, 2010).

Aplicado a nuestro objeto de estudio, Ceriani Cernadas (2016, p. 99) entiende que se trata de “nociones adulteradas que tienen como objetivo la manipulación social”. En el ámbito nacional, hallamos numerosos ejemplos en normas como aquellas que regulan supuestos de privación de libertad de los extranjeros, donde el término ‘internamiento’ se erige como un eufemismo de ‘centro penitenciario’; o ‘retención’ y ‘centro de recepción’ como eufemismos de la palabra que realmente enmascaran: la detención de los extranjeros que teóricamente deben ser expulsados del territorio español en un periodo de tiempo breve. Todo esto se observa en la normativa reguladora

---

<sup>293</sup> Informe sobre cambio climático y desplazamiento por desastres recuperado el 14 de mayo de 2023 de <https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres>.

de los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) que se encuentra en el artículo 60 y siguientes de la LO 2/2009 de reforma de la Ley de Extranjería, en el art. 89 del Código Penal y en el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo.

Como comentábamos en el primer capítulo de esta tesis, el centro de la polémica existente en torno a los CIE desde su aparición en 1985 ha sido precisamente la palabra ‘internamiento’ que no es formalmente una sanción ni, según la LOEx, posee carácter penitenciario. Aún así, retener a personas privándolas de su libertad durante un periodo no superior a 60 días presenta evidentes dudas de constitucionalidad y tensiona los principios de igualdad y dignidad en los que se basa nuestro Estado de Derecho (Martínez Escamilla, 2009). En este sentido, la doctrina siempre se ha planteado si no vulnera también diversos preceptos constitucionales como el art. 17 CE, referido a la libertad deambulatoria (de la que se priva al extranjero según el art. 60 apartado 2 de la LOEx), o el art. 25.3 CE que establece que “*la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*”.

De hecho, aunque la normativa reguladora afirme que los CIE son “*establecimientos públicos de carácter no penitenciario*” (Real Decreto 162/2014) no se pueden obviar las similitudes que se advierten entre estos y los centros penitenciarios. Las más importantes que sintetiza Seixas Vicente (2021) ya han sido expuestas en páginas anteriores aunque a continuación se resumen someramente: la finalidad del ingreso en un centro penitenciario es la reinserción y la reeducación del penado (art. 25.2 CE), mientras que la detención en un CIE únicamente tiene como propósito la custodia de la persona que será expulsada/repatriada. Este hecho permite interpretar un carácter incluso privilegiado de los primeros en contraposición a la dureza existente en los segundos, pues las normas internas de los CIE son muy restrictivas (por ejemplo, la limitación en cuanto a los horarios de visitas o a que se autorice el desplazamiento del interno a un centro fuera de su localidad, lo que reduce al máximo el contacto con su familia).

Además, en un CIE no se ‘garantiza’ (únicamente “*se procurará*” según afirma el art. 7 RD 162/2014) la convivencia de los miembros de una misma familia a la espera de su expulsión o devolución a su país de origen; lo que supone una afectación evidente de la unidad y la intimidad familiar. Sin embargo, en los centros penitenciarios de España sí es asidua la convivencia en módulos familiares durante los tres primeros años de vida del menor si ambos progenitores están cumpliendo condena.

Aunque, sin duda, la diferencia más evidente entre unos centros y otros tiene que ver con el hecho de que en los penitenciarios las labores de custodia y tratamiento de los internos corren a cargo de funcionarios civiles especializados. En cambio, los funcionarios de los CIE pertenecen al Cuerpo Nacional de Policía y no cuentan con una especial formación para atender a las personas sometidas al internamiento (Martínez Escamilla, 2009).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, no sería descabellado afirmar que los centros de internamiento podrían denominarse centros penitenciarios, pero el razonamiento para usar el eufemismo ‘de internamiento’ parece simple: “Si la persona no está privada de libertad -solo permanece interna- ¿por qué entonces deberían aplicarse las normas y principios previstos para tales circunstancias?”. (Ceriani Cernadas, 2016, p. 101). Como vemos, se trata de otro artificio empleado en el lenguaje jurídico para limitar derechos fundamentales de colectivos vulnerables en favor de una supuesta seguridad nacional en la que los extranjeros son auténticas “amenazas” (Bauman, 2016, pp. 14 y ss.).

Otra prueba de la utilización de eufemismos en la técnica jurídica la hallamos en la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana que ampara las denominadas ‘devoluciones en caliente’ de extranjeros en las fronteras de Ceuta y Melilla: “*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*”.

En el párrafo 2º, la ley matiza: “*En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte*”.

Esta regulación resulta contradictoria, pues precisamente la normativa internacional que menciona la ley (sobre todo el principio de *non refoulement*) prohíbe la devolución de personas en un Estado de Derecho, porque al propiciar su retorno expés al país de origen no solo las colocan en una situación de riesgo para su vida o su libertad, sino que vulneran otros derechos fundamentales, como el acceso a un procedimiento legal previo a todo acto administrativo de expulsión.

No parece involuntario el uso del término ‘rechazar’ (“*Podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España*”), en lugar de palabras menos ambiguas y más radicales en este contexto, como ‘expulsar’, ‘devolver’ o ‘retornar’. ‘Rechazar’ disimula el principal objetivo que perseguiría la ley con esta disposición que no es otro que aplicar una medida sancionatoria

(expulsión) a una persona que conllevará una vulneración sus derechos fundamentales básicos. También es sorprendente que cuando el TC, como apuntábamos anteriormente, avaló la legalidad de esta regulación, afirmase que estas expulsiones se podían ejecutar siempre y cuando dicho ‘rechazo’ se llevase a cabo con las garantías que a las personas extranjeras reconocen las normas, acuerdos y tratados internacionales ratificados por España.

Pero, ¿cómo es posible realizar esto si la propia acción de ‘rechazar’ a alguien en la frontera ya vulnera todas las garantías en las que debería fundamentarse dicha expulsión? Al final, nos encontramos con un lenguaje confuso, forzado y torticero del que se sirve quien redacta la norma y los tribunales que la interpretan, en primer lugar, para legitimar una realidad manifiestamente ilegal y, en segundo lugar, para perpetuar la discriminación hacia ciertos colectivos indefensos.

Una variante de los eufemismos es lo que Hernando (1990) denomina como “lenguaje amortiguado” del que hallamos numerosos ejemplos en materia migratoria:

No produce el mismo efecto decir ‘MENAS’ que ‘niños y niñas’ (lo que son los menores extranjeros no acompañados)<sup>294</sup>; o hablar de ‘inseguridad ciudadana’ en lugar de ‘criminalidad’. Hemos de tener presente que la LO 4/2015 regulaba la protección de la ‘seguridad ciudadana’ pero alcanzó repercusión debido a los efectos restrictivos que, paradójicamente, implicaba para la ciudadanía (tipificación de nuevas infracciones, aumento de multas, etc), por lo que el objetivo que perseguía la norma no parecía tanto proteger a sus destinatarios, sino criminalizarlos.

Además, resulta muy relevante que la LO 4/2015 -y no otra que regulase una materia distinta- fuese la norma que otorgase cobertura legal a las ‘devoluciones en caliente’, indicando que esta prescripción se añadiría como disposición adicional décima a la ley actual de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero).

---

<sup>294</sup> Pese a que este peyorativo término apareció en un Convenio de colaboración firmado en 2009 entre el Ministerio de Trabajo y la Comunidad de Navarra, no ha sido la técnica normativa la que lo ha distorsionado hasta convertirlo en una variante de delincuente, sino ciertos discursos políticos y mediáticos que se abordarán en los epígrafes correspondientes, lo que evidencia la intrínseca relación entre el lenguaje y el discurso, específicamente cómo el lenguaje jurídico nutre los discursos políticos y mediáticos.

Con respecto a la utilización del término ‘MENAS’, el técnico legislativo consciente de la carga negativa que ha adquirido el vocablo, ha optado en normas de reciente aprobación -como el Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000- por evitar las siglas ‘MENAS’ y hacer uso de la expresión íntegra: *menores extranjeros no acompañados* o simplemente *menores extranjeros* o *menores* (como se observa en la exposición de motivos). Aún así, si algunos sectores logran extender el empleo de ‘MENAS’ ya no resultará tan indudable que, como niños que son, se deba velar por su protección y desarrollo como declara, entre la normativa de referencia, la Convención de los Derechos del Niño (1990). Al final nos topamos con otro artificio que coarta derechos y disuade cierto tipo de inmigración.



No parece fruto de la casualidad aprovechar una ley que alegaba la necesidad de proteger el orden social para legalizar la expulsión de (in)migrantes en frontera. Esta práctica contribuía de forma eficaz a alimentar el fobotipo inmigrante-delincuente en la ciudadanía española, como ya hizo en su momento la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, cuyo título ya invitaba al lector a relacionar los tres términos enunciados (Solanes Corella, 2010). Así, en su preámbulo, el legislador afirmaba que “*la experiencia acumulada frente a un fenómeno [el migratorio] cada vez más importante exige abordar reformas desde diversas perspectivas*”; y señalaba “*la respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos*” como la primera de las medidas a llevar a cabo. Esto se traducirá en la sustitución de una pena impuesta por la comisión de un delito por la expulsión del infractor extranjero<sup>295</sup>.

La conexión entre la seguridad ciudadana y la regulación de factores relacionados con los extranjeros también sirve como elemento disuasorio de la inmigración que no considera útil el Estado (De Lucas, 2021), una estrategia que se construye en reacción a quienes son vistos como una “amenaza”, posibles “invasores” (Agrela, 2002, p. 103). Esto supone un ‘umbral de tolerancia’ acerca de “a cuántos podemos acoger porque aquí no cabemos todos”. El resultado es una construcción estigmatizada de qué (in)migrantes aceptamos que vivan con nosotros (Agrela, 2002).

La LOEx 8/2000 (de modificación de la LO 4/2000) también fomentó el binomio inmigrante-delincuente durante su vigencia (Agrela, 2002; Solanes Corella, 2010; Fernández Pérez, 2016). Como se apuntó anteriormente, la reforma liderada por el Partido Popular supuso un marcado retroceso en la protección de los derechos de los (in)migrantes que se encontraban en situación irregular. En este sentido, su exposición de motivos contenía un cambio sustancial en la percepción del fenómeno migratorio en España: “*La reforma de la Ley Orgánica 4/2000 [...] regula la inmigración desde la consideración de esta como un hecho estructural que ha convertido a España en un país de destino de los flujos migratorios y, por su situación, también*

---

<sup>295</sup> Como ya se detalló en el primer capítulo de esta tesis, la ley establecía que aquellos que no sean residentes legales en España y cometan un delito castigado con pena de prisión inferior a seis años, “*la regla general será la sustitución de la pena por la expulsión*”. Si la pena de prisión es igual o superior a seis años, “*una vez que cumpla en España las tres cuartas partes de la condena o alcance el tercer grado de tratamiento penitenciario, se acordará, también como regla general, la expulsión*”.

*en un punto de tránsito hacia otros Estados, cuyos controles fronterizos en las rutas desde el nuestro han sido eliminados o reducidos sustancialmente”.*

Por ello, un mayor control fronterizo exigía, según la nueva norma, un endurecimiento del marco sancionador, que fue una de las novedades más criticadas por la doctrina de la época (Solanes Corella, 2010). Además, otra forma de control sobre los migrantes en situación de irregularidad fue negarles el ejercicio de determinados derechos fundamentales, como el de reunión y manifestación, asociación, sindicación, huelga y también la educación no obligatoria. Lo sorprendente en este caso es que la limitación no se llevó a cabo negando propiamente la titularidad de tales derechos, sino mediante un artificio que proclamaba su reconocimiento exclusivamente a los extranjeros que se encontrasen en situación legal. Véase como ejemplo lo que dictaba la ley sobre las libertades de reunión y manifestación (art. 7): *“Los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.*

A diferencia de los casos anteriores en los que tratábamos de demostrar cómo las palabras se alteran y deforman en beneficio del que redacta las leyes, aquí se echa mano de una especie de omisión, una ‘neolengua’ que diría Bauman (2008), para restringir derechos: parece que si el técnico legislativo no nombra a los (in)migrantes en situación irregular, si los ignora a propósito... estos desaparecerán (Fernández Pérez, 2016). De la expresión *“Podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia”*, se sobreentiende que aquellos que no dispongan de tal permiso no podrán ejercerlos, pero ni tan siquiera se prevén excepciones que podrían modificar el acceso a tales derechos al darse ciertas circunstancias.

Dicho esto, no parece descabellado pensar que si el poder legislativo omitía a ciertos colectivos, estos podían eliminarse de la percepción social dominante. Los autóctonos, ante la ausencia de términos despectivos empleados en legislaturas anteriores para designarlos (‘irregulares’ o ‘ilegales’), ya no detectan un lenguaje que los represente y terminan por creer que no existen.

Por su parte, los migrantes en situación de irregularidad se sentirían marginados de una sociedad en la que seguirán subsistiendo, pero tras la pérdida de sus derechos políticos básicos, lo harán en un escalón inferior al resto de ciudadanos.

Por otro lado, también percibimos ejemplos de eufemismos o lenguaje amortiguado completamente opuestos a lo analizado hasta ahora. En un estudio realizado por Sánchez García (2010), el autor descubría que en el debate sobre el estado de la Nación del año 2007, el Gobierno liderado por el Partido Socialista se refería a la migración con expresiones como “normalización

de los inmigrantes”, o “fenómeno de la inmigración”, en contraposición a los clásicos “papeles para todos”, “regularización masiva” o “avalancha de inmigrantes” que solían conformar el marco conceptual del Partido Popular (Sánchez García, 2010).

Lo cierto es que llama la atención el poder que poseen nuestros líderes políticos para abordar de una forma u otra un tema tan trascendental para el Estado como es la migración. En función de las palabras que escogen en sus discursos y en la redacción de las normas, la inmigración es un problema como planteaba la Ley de asilo de 9/1994 y la LOEx 8/2000; o una actividad consustancial al ser humano, como se desprendía de la efímera LOEx 4/2000.

Esta estrategia es lo que se ha denominado como “política de la posverdad” (Roberts, 2010) o “emotivización de la política” (Sartori, 2012), en la que los dirigentes distorsionan deliberadamente la realidad primando las emociones y creencias frente a los hechos objetivos, como resumía acertadamente Seijas Villadangos (2021, p. 456): “Se trata del desplazamiento de la razón constitucional, por la emoción política o psicológica, que tan bien cultivará el populismo”. Entonces, este modo de hacer política se basa en que aquello que se dice, mantiene y reafirma puede ser absolutamente mentira, sin que eso tenga la menor relevancia. La negación absoluta de los hechos, de los datos y de la evidencia, sin la menor precaución ni decencia, pasa a formar parte de los discursos políticos cotidianos (Gallego-Díaz, 2016).

Como ejemplos paradigmáticos, destacan los casos de Donald Trump o de Nigel Farage y Boris Johnson en la campaña del Brexit. El fin que se persigue no es otro que modelar la opinión pública e influir en sus actitudes sociales según su conveniencia. En este sentido, González-Castro (2023) también señala como ejemplo actual al partido VOX cuya estrategia de comunicación se basa en generar miedo entre sus votantes, especialmente hacia las personas migrantes<sup>296</sup> que, como ya hemos observado en esta investigación, muchas veces son presentadas como criminales al asociarlas con los principales problemas que padece el país: falta de trabajo, delincuencia, deterioro de la calidad de vida, pérdida de la identidad cultural, etc. La cuestión más preocupante es que tras todo esto, se encuentran las personas que son parte del fenómeno migratorio y que sufren los vaivenes fruto de ese modo deshonesto de hacer política, y de los

---

<sup>296</sup> Mudde (2016, p. 25), en plena crisis de refugiados sirios, ya explicaba que la vinculación entre el miedo y la inmigración era una de las estrategias comunicativas más utilizadas por los partidos de extrema derecha como VOX: “La amenaza del terrorismo y la ansiedad por una ola masiva de inmigrantes del mundo musulmán, junto con la creencia generalizada de que la UE dificulta en lugar de ayudar cuando se trata de tales problemas, han creado una tormenta perfecta mejorando especialmente la posición de los populistas de derecha en muchos países”.

cambios normativos producidos retorciendo el lenguaje en beneficio de determinados intereses políticos.

Por último, nos referiremos a otra estrategia discursiva de la que también hace uso la técnica normativa y que se corresponde con los ‘disfemismos’: “nombrar una realidad con una expresión peyorativa o con intención de rebajarla de categoría, en oposición a eufemismo” (RAE). A lo largo del tiempo y en cualquier ámbito encontramos múltiples ejemplos de estos conceptos ‘sesgados’ (ilegales<sup>297</sup>, irregulares, avalancha, invasión, alud...). Todos ellos tienen como objetivo proyectar una sensación de emergencia que justifique medidas de restricción: téngase presente la ley de asilo que justificaba la dureza del procedimiento de concesión del asilo en base a que se había utilizado como vía de entrada para la inmigración ‘irregular’; o la dicotomía creada entre los conceptos de ‘migrante’ y ‘refugiado’ donde adquiere especial relevancia la acepción de ‘migrante económico’ que desarrollábamos antes. Sobre esto, Ticktin (2015) alude a que la diferenciación no responde a una cuestión legal sino moral para delimitar quiénes son merecedores de protección (a veces los refugiados y dependiendo de dónde provengan) respecto a quiénes no lo son (los inmigrantes porque no se encuentran en una situación de peligro inminente). A los primeros se les concibe como personas “necesitadas de salvación” (inocentes), mientras que los migrantes -sobre todo los ‘económicos’- son percibidos como “embusteros” que intentan aprovecharse de los servicios públicos y otros beneficios del estado de bienestar europeo (culpables).

No obstante, en las últimas modificaciones nacionales en materia de extranjería se advierte un avance en cuanto a la no utilización de disfemismos y el empleo de una terminología más neutra y respetuosa con las personas migrantes: por citar dos ejemplos recientes (estudiados en el primer capítulo de esta investigación), en el Real Decreto-ley 13/2020, de 7 de abril, por el que se

---

<sup>297</sup> Ceriani Cernadas (2016) agrega una nota muy interesante sobre este término al profundizar hasta qué punto ha calado en la concepción social de la ciudadanía: normalmente no es necesario explicar a qué alude el término ‘ilegal’ presentado como sustantivo (y no como adjetivo) en un titular de prensa. Al leer esta clase de noticias, los lectores no las asocian a condenados por un crimen grave, sino a una persona que se desplazó de su país en condiciones precarias, en busca de condiciones dignas de vida y que está en una situación irregular de índole administrativa. Sobre la utilización mediático-social de la palabra ‘ilegales’, De Lucas (2021, p. 305) reflexiona que al emplearla se envía un mensaje de estigmatización/criminalización sobre quienes han cometido una irregularidad administrativa. Y también un mensaje dirigido hacia la población autóctona, los buenos ciudadanos europeos, para hacerles ver que “esos inmigrantes son sujetos de sospecha, criminales en el sentido técnico-jurídico”. En suma, personas a las que hay que apartar del espacio público.

adoptan determinadas medidas urgentes en materia de empleo agrario, el *drafter* legislativo optaba por el uso del término *migrantes* o *trabajadores migrantes* (en ningún caso inmigrantes) para dirigirse a los destinatarios del RD. Precisamente, en esta época se aprecia un cambio significativo en el léxico normativo sobre estos sujetos con respecto a leyes pasadas. En las anteriores no aparecía la palabra neutra ‘migrante’; y se hablaba en general de ‘inmigrantes’ (véase la LOEx 2/2009, de 11 de diciembre, donde encontramos dicho término hasta un total de 18 veces).

Asimismo, en el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, se observan hasta en tres ocasiones las expresiones *personas migrantes* o solamente *migrantes*, en lugar de ‘extranjeros legales’ o ‘extranjeros en términos no legales’ a los que hacía referencia la LOex 7/1985, de 1 de julio.

Este ‘nuevo’ lenguaje normativo se complementa con los discursos institucionales sobre el tema, como el pronunciado por el presidente Pedro Sánchez en mayo de 2022 en referencia a la llegada de varias personas procedentes de Marruecos a la ciudad española de Ceuta<sup>298</sup>. El líder del Ejecutivo utilizó en reiteradas ocasiones la palabra “migrante” (no inmigrante); pero luego prometió devolver a “aquellos que hubiesen entrado de forma irregular en España”, incluso se mostró firme al insistir en que eran “irregulares” y debían ser devueltos inmediatamente a su país de origen.

Resulta contradictorio emplear la palabra “migrante” (neutral, objetiva... que no pone el foco en la perspectiva del país de acogida, sino que engloba tanto a inmigrantes como a emigrantes); y después afirmar sin titubeos que hay personas que son irregulares cuando nadie puede serlo, pues dicha irregularidad solo puede responder a una situación administrativa de estancia no autorizada. Interpretamos de esta declaración institucional que algunos inmigrantes son tratados de forma inclusiva y respetuosa, de ahí el término ‘migrante’ para designarlos. Y otros -los que eligen cauces ilegales para llegar a España, normalmente porque son pobres y no tienen más opciones- son vistos como mercancías que se pueden devolver si no sirven o simplemente no las queremos (Bauman, 2016; Naïr, 2016).

---

<sup>298</sup> Declaración institucional del presidente del Gobierno ante la llegada de migrantes irregulares a Ceuta el 18 de mayo de 2022. Texto recuperado el 28 de marzo de 2023 de [https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2021/180521-sanchez\\_ceuta.aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Paginas/2021/180521-sanchez_ceuta.aspx).

En cualquier caso, los disfemismos demuestran que el lenguaje es parte deliberada e integral del establecimiento de las políticas migratorias (Doherty, 2015)<sup>299</sup>. Así, estas construcciones retóricas facultan a los diferentes Estados a adoptar marcos legales cada vez más represivos hacia los de ‘fuera’. En palabras de Doherty (2015, p. 80): “Las construcciones retóricas han permitido a los sucesivos gobiernos promulgar regímenes cada vez más punitivos contra las llegadas de barcos con refugiados (...). El lenguaje es un elemento clave de la persecución y del refuerzo de la política migratoria. En un nivel fundamental, el lenguaje es la política”.

### **5. El lenguaje de los derechos humanos como antídoto para curar ‘el miedo a los bárbaros’**

Una de las preguntas que nos planteábamos antes de abordar la influencia de la técnica normativa en la construcción jurídico-social del migrante era si el lenguaje tenía la capacidad de transformar a la sociedad o, más bien, este era transformado por los cambios sociales. Ahora creemos que suceden ambas cosas: el lenguaje no es impermeable o permanente, permuta y, sobre todo, avanza si la sociedad también lo hace.

En tal sentido, el Derecho constituye el “metrónomo que marca el ritmo de la vida social” (De Lucas, 2021, p. 302), y sin duda, una de sus piezas más importantes es el lenguaje que emplea para regular los aspectos de la convivencia ciudadana. Con las palabras que escoja puede actuar, mediante ‘neolenguas’, eufemismos y disfemismos, como constructor y difusor de estereotipos hacia algunos colectivos; como perpetuador de un miedo a “los extraños que llaman a nuestras

---

<sup>299</sup> En su estudio *Call me illegal. The semantic struggle over seeking asylum in Australia*, el autor se dio cuenta de que la política del gobierno australiano fusionó el discurso institucional sobre el asilo con un lenguaje de guerra, mediante narrativas que asociaban a los solicitantes con la ilegalidad, transmitiendo la idea de que las personas que llegaban por barco “se estaban saltando una cola de refugiados que merecían más el acceso a este derecho que ellos”; y realizando una vinculación continua con el terrorismo y la amenaza que suponían para la seguridad nacional y cohesión social de Australia. El objetivo de este lenguaje bélico que nutría los discursos políticos era, según Doherty (2015, p. 43), cambiar la comprensión pública sobre el asilo y las personas a las que se les concedía.

puertas” (Bauman, 2016), a los que consideramos “bárbaros” (Todorov, 2008)<sup>300</sup> que, a fin de cuentas, actúan como nuestro chivo expiatorio preferido<sup>301</sup>.

Este contexto, al que se suma el auge de la polarización en la sociedad<sup>302</sup>, resulta idóneo para la aparición y permanencia de los populismos, entendidos como movimientos políticos marcados por el antielitismo, el antipluralismo y una apelación moralmente acentuada para conocer o personificar los intereses del pueblo verdadero (Müller, 2016). Precisamente, este fenómeno se nutre de un enemigo común que afianza el poder de lo “anti”, puesto que necesita un objetivo contra el que pronunciarse para dotarse de cohesión y poder. La lucha contra el enemigo permite identificar, retroalimentar y captar más adeptos para la causa de estos movimientos (Seijas Villadangos, 2021). En muchas ocasiones el antagonismo se encarna en la figura del migrante al que presentan como “una amenaza para el bienestar y la idiosincrasia social, cultural e incluso étnica del país” (Kaya, 2017, p. 59). Además, como explica la misma autora (y hemos destacado

---

<sup>300</sup> El autor entiende que “el miedo a los bárbaros” (*passim*) ha calado profundamente entre los autóctonos y se hace visible en un discurso que se retroalimenta sobre que suponen una amenaza para la preservación de nuestros principios y valores como sociedad. Esta situación se ha convertido en un peligro interno para las democracias actuales, mucho mayor que el de los propios bárbaros que nos amenazan, si es que alguna vez ellos fueron un peligro real.

<sup>301</sup> Zizek (2016) considera que una mirada sospechosa siempre encuentra lo que está buscando: “La ‘prueba’ está en todas partes, incluso si pronto se demuestra que la mitad es falsa”. Por ejemplo, Bauman (2008) explica que pese a la creencia generalizada de que los (in)migrantes son delincuentes, estos tienen más posibilidades de ser víctimas de delitos que de perpetrarlos. Para superar estos prejuicios infundados, más que educar, Zizek (2016) propone un cambio en nuestro estilo de vida, que él entiende como nuestra segunda naturaleza, puesto que lo que hacemos diariamente y cómo lo hacemos, dice quiénes somos. Ello nos permitirá reconocer en cómo vivimos que somos parecidos a los que creemos extraños. Merece la pena destacar las palabras con las que se expresa el autor: “El reconocimiento de que todos somos, cada uno a su manera, locos extraños, proporciona la única esperanza para una coexistencia tolerable de diferentes formas de vida”. Del inglés original: ‘The point is thus not to recognise ourselves in strangers, but to recognise a stranger in ourselves – therein resides the innermost dimension of European modernity. The recognition that we are all, each in our own way, weird lunatics, provides the only hope for a tolerable co-existence of different ways of life’. Traducción propia.

<sup>302</sup> Seijas Villadangos (2021, p. 455) explica que la polarización se basa en una “fragmentación y radicalización del espacio público” que dificulta, cuando no impide, la realización de “la función constitucional de ordenación global de la sociedad y la articulación de los espacios necesarios para el consenso”. Esto da lugar a la gestación veloz de movimientos populistas o pseudo-populistas. Luis Miller, científico titular del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y vicedirector del Instituto de Políticas y Bienes Públicos, afirmaba en un informe de 2020 que la polarización ideológica, afectiva e identitaria no dejaba de aumentar en nuestro país. De esta forma, los partidos políticos españoles se encontraban cada vez más lejos en su posición ideológica; y los sentimientos de los votantes de un partido hacia el resto estaban entre los más negativos del mundo. También destacaba la polarización social respecto a cuestiones identitarias (como territoriales). El autor entendía que poner el foco en las políticas públicas concretas podía contribuir a rebajar la tensión social y mejorar el debate político. Informe consultado el 28 de marzo de 2023 en <https://dobetter.esade.edu/es/polarizacion-espana>.

en páginas anteriores), los líderes populistas tienden a culpar a los extranjeros, o al enfoque flexible que se aplica a la inmigración, de algunos de los problemas más graves de la sociedad - desempleo, violencia, inseguridad o el tráfico de drogas y de seres humanos-. Esto contribuye a que los populismos se arroguen la capacidad de controlar el sistema político del país a costa de deslegitimar al resto de fuerzas políticas y a las instituciones estatales e internacionales a las que consideran una amenaza para su propia soberanía.

En este escenario, el cometido del Derecho, y especialmente del Derecho constitucional, es contrarrestar los populismos anticipándose a los efectos y las estrategias que estos desarrollan, desde la reivindicación de su función esencial: la garantía del funcionamiento y control de las instituciones; y de los derechos y libertades de los ciudadanos cuyo reconocimiento universal se contrapone al pernicioso efecto que produce la polarización (Seijas Villadangos, 2021).

Es aquí donde desempeña un papel crucial el empleo de un lenguaje jurídico que se valga de una descripción y conceptualización honesta, realista e integral de fenómenos permanentes como las migraciones, y que actúe como herramienta que identifique respuestas oportunas, eficaces y que estén fundamentadas en la garantía y respeto irrestricto de los derechos humanos (Ceriani Cernadas, 2016). Como reflexiona Moreu Carbonell (2020) sobre la importancia del lenguaje jurídico: “La llave para cambiar la realidad puede consistir simplemente en cambiar las palabras”. Parafraseando a Francisco Balaguer Callejón (2004, p. 319), si la irrupción de la mujer en el ámbito público exigía que el lenguaje nombrase de forma adecuada los contenidos adecuados a la norma y se correspondiese con los significados que designa, un lenguaje de los derechos humanos que denomine correctamente a todas las personas que los ejercen, debe ser un elemento más del *drafting* normativo, una exigencia del proceso de creación de las normas jurídicas.

Pero, sobre todo, dicho lenguaje, que después nutrirá los discursos jurídico-políticos, ha de partir del respeto a la dignidad e igualdad. Así lo manifestaban hace siglos clásicos como Catón y Quintiliano que proclamaban *Vir bonus dicendi peritus* (Un buen orador tiene que comenzar por ser una persona honesta). Un principio que también hará suyo Cicerón, uno de los mayores referentes en el arte de hablar y escribir en los ámbitos judicial y político: “Un buen discurso no puede construirse al margen de lo que es honesto y la elocuencia hará siempre vencer lo que es justo” (Cicerón, 2002).



Para lograr todo esto, el primer paso es tomar conciencia de la necesidad de un lenguaje de los derechos humanos y de la importancia que tienen las palabras, para después desafiar el lenguaje y los discursos “reactivos” (Zapata-Barrero, 2007, p. 319). En ellos, el trinomio inmigrantes-ciudadanos-instituciones públicas se interpreta como un conflicto donde la población ciudadana tiene siempre prioridad frente a la no ciudadana (los civilizados frente a los bárbaros).

Los discursos “reactivos” se deben sustituir por aquellos denominados como “pro-activos”, en los que el supuesto conflicto (la coexistencia que no tiene por qué serlo) se oriente como un reto que experimentar desde una dinámica de interacción en la que nos impliquemos todos. De hecho, compartimos con Susín Betrán (2015) el pensamiento de que la gestión del tratamiento de la inmigración marca la calidad democrática de nuestra sociedad.

Por último, Moreu Carbonell (2020) propone una serie de premisas que ha de cumplir un lenguaje de los derechos efectivo y garantista:

a) Ha de ser sencillo, claro, preciso y sin ambigüedades. En este sentido, la claridad presenta dos vertientes: la semántica (adecuado uso del lenguaje ordinario) y la normativa (clara expresión de su condición de norma, su contenido y vigencia), sin que esto signifique que la claridad sea enemiga del rigor. Sin duda, este principio entronca con el derecho de los ciudadanos a comprender los textos que determinan o condicionan sus vidas, como presupuesto y consecuencia del ejercicio de varios derechos fundamentales entre los que destaca la tutela judicial efectiva (art. 24 CE).

b) El lenguaje tiene que ser accesible, es decir, adaptado a todo tipo de personas, lo que supone que el legislador tenga en cuenta la multiculturalidad que caracteriza a la sociedad a la que se dirige. La redacción de las disposiciones ha de favorecer el tránsito a una comunidad intercultural, donde el acceso a la igualdad de oportunidades está más garantizado.

c) El lenguaje jurídico debe ser neutral, inclusivo y no discriminatorio. El principio constitucional de igualdad se extiende así a la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho y el lenguaje jurídico, puesto que el enfoque léxico y semántico permite entender cómo se exteriorizan los conceptos jurídicos a través del lenguaje, su significado y evolución. Como bien resume Moreu Carbonell (2023): “No estamos ante simples logomaquias, que una palabra esté o no en los textos jurídicos tiene vital importancia porque el Derecho tiene esa dimensión demiúrgica, no es neutro, sino un arma de poder que moldea la realidad de manera sutil y orienta las conductas de los ciudadanos”.

En definitiva, la utilización de un lenguaje claro, accesible y neutral (no discriminatorio) se erige como exigencia ineludible de nuestro Estado social y democrático de Derecho (Moreu Carbonell, 2023), puesto que fortalece la confianza en las instituciones que regulan y guían la vida de los individuos, fomenta la coexistencia pacífica y la tolerancia entre ellos; y, sobre todo, garantiza la libertad en igualdad para todas las personas.



## **CAPÍTULO III. LA INCIDENCIA DE LA INTERPRETACIÓN JURÍDICO-PERIODÍSTICA EN LA PERCEPCIÓN SOCIAL DE LOS MIGRANTES**

No son los hechos los que conmueven a los hombres,  
sino las palabras sobre esos hechos.

EPICTETO

### **1. Los métodos de interpretación jurídica en la configuración del estatus del migrante en sociedad**

#### **1.1. Punto de partida: los métodos clásicos de interpretación jurídica**

Una vez que las normas han sido aprobadas y han entrado en vigor, es momento de interpretarlas para aplicarlas adecuadamente, especialmente en aquellos casos en que los términos que emplea quien las redacta no son claros y precisos, sino ambiguos y confusos. El Derecho cuenta con unos métodos de interpretación para encontrar sentido al entramado normativo, determinar su contenido y establecer su alcance efectivo, al igual que la comunicación mediática parte de una serie de teorías que explican cómo los medios de comunicación descifran el Derecho y transmiten su información relevante a la audiencia.

Ambos procesos de interpretación son significativos para nuestra investigación, porque pueden influir en las percepciones que acaba desarrollando la sociedad sobre los temas que tratan, como el fenómeno migratorio. Teniendo en cuenta la interdisciplinariedad que rige este trabajo, en primer lugar aludiremos a la interpretación jurídica y, más tarde, a la interpretación periodística a través de las teorías de la comunicación más destacadas. De esta forma, esperamos conocer el funcionamiento de dichos procedimientos y cómo contribuyen a la construcción jurídico-social de las personas migrantes.

Ciertamente, el campo de la interpretación jurídica es amplio y complejo, profundizar en él escapa al propósito de esta tesis doctoral. Por ello, en las siguientes páginas solo se hará una

aproximación limitada a los elementos fundamentales que puedan servirnos para nuestro objeto de estudio<sup>303</sup>.

Siguiendo a Frosini (1995, p. 22), interpretar consiste en transformar los signos lingüísticos de un texto jurídico en otro conjunto de signos expresados a través del lenguaje. De tal forma que “lo escrito en la norma solo cobra vida cuando alguien lo lee”. Así, la labor de interpretación jurídica abarcaría tres tareas distintas: una actividad mediadora entre la norma y sus destinatarios, un acto de conocimiento sobre el mandato contenido en la misma; y un acción de creatividad que se lleva a cabo en el momento de reproducción de la norma interpretada o cuando se ha de formular una regla de aplicación (Balaguer Callejón, 2022).

Las pautas relativas a la interpretación de las normas se recogen en la mayoría de los códigos civiles<sup>304</sup>, en el caso español aparecen reflejadas en el art. 3.1 CC que dispone: “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”.

De este precepto derivan los tradicionales métodos de interpretación que, en general, permiten conectar la actividad práctica de los tribunales con el sentido original de la ley o la voluntad que perseguía el técnico legislativo que la redactó. De hecho, la principal utilidad de estos métodos es la de contribuir a una motivación y argumentación jurídica más sólida que sustente cualquier decisión judicial o posición dogmática con respecto al sentido de la norma (Atienza, 2009).

De todos los que se discuten, únicamente nos centraremos en los cuatro que en su día formuló Friedrich von Savigny (1968) y que actualmente admite la mayoría de la doctrina (Häberle, 2000). Estos son: el método de interpretación gramatical (que tiene en cuenta el tenor literal del texto), de interpretación histórica (que analiza el contexto histórico en el que se aprobó la norma); el método sistemático (que estudia la posición de la norma en el ordenamiento jurídico en la que se inserta), y el método teleológico (que aborda su sentido y fin).

---

<sup>303</sup> Para ahondar en el estudio de la interpretación jurídica (especialmente en la del ámbito constitucional) se recomiendan las obras de Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, puesto que el autor constituye un auténtico referente en la materia. Y también la actual obra de Balaguer Callejón, M. L. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

<sup>304</sup> No obstante, toda teoría sobre la interpretación debe ser necesariamente una teoría constitucional de la interpretación, ya que nuestra Constitución es una norma sobre normas. En base a esto, todas las leyes que deriven de ella han de sujetarse a la norma constitucional, tanto las del Código Civil como las de otros preceptos legales que afecten a esta materia (Balaguer Callejón, 2022). En la interpretación puramente constitucional se ahondará en páginas siguientes.

Sobre el canon que rige los métodos de interpretación, Häberle (2000, p. 386) explica que se trata de “un armazón flexible de argumentación que puede ser descrito como una estructura de principios y raramente como un sistema de reglas”. De hecho, en 1979 Kelsen (p. 180) defendió en su teoría de la interpretación jurídica que “ninguno de los métodos podía pretender preferencia a menos que el propio derecho prescriba uno u otro”. Basándose en esta tesis, el mismo autor sostenía críticamente que no era posible identificar un único significado verdadero de las normas jurídicas<sup>305</sup>.

A continuación ahondaremos en cada uno de ellos acompañando la explicación con un ejemplo práctico relacionado con el objeto de esta tesis: un precepto de una norma que regula un aspecto relevante en materia migratoria; y que ha dado lugar a controvertidas interpretaciones por parte de los operadores jurídicos (especialmente del TEDH). Se trata de la disposición final primera de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, que ampara las denominadas ‘devoluciones en caliente’ de extranjeros en las fronteras de Ceuta y Melilla<sup>306</sup>. Además, haremos referencia al empleo de cada postulado por parte de nuestro Tribunal Constitucional, pues como máximo garante de los derechos y libertades que recoge la CE, su proceso de interpretación redonda en una protección mayor o menor de las personas.

---

<sup>305</sup> Núñez Vaquero (2011, p. 175) explica que la tesis sobre la existencia de un único significado de las normas es calificada por Kelsen como una mera ficción, porque todos los argumentos aducidos en favor de una interpretación tienen idéntico valor para el autor. Según Kelsen, esta ficción genera algunos beneficios políticos: crea la ilusión de certeza del derecho y logra que la parte que ha visto rechazada su pretensión en un proceso se resigne más fácilmente. Sin embargo, nada justifica esta ficción en la interpretación científica del derecho. Es más, mostrar los diferentes significados sobre un enunciado normativo presenta, al menos, dos beneficios: a) muestra que el derecho es adaptable a los cambios de circunstancias, b) señala al legislador los posibles significados atribuibles a los enunciados normativos que redacta, lo que puede inducirle a mejorar su técnica legislativa.

<sup>306</sup> “*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. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte*”.

a) En primer lugar hallamos el método gramatical o exegético, en virtud del cual, en la interpretación de los textos legales se da prioridad al significado literal<sup>307</sup> de los mismos. Con la ayuda de las reglas gramaticales y del uso del lenguaje, se atribuye un significado a los términos empleados en la redacción por el *drafter* legislativo. Sin duda, uno de los problemas que se derivan de esta interpretación es la existencia de los conceptos jurídicos indeterminados (Balaguer Callejón, 2022); y otro tiene que ver con la posibilidad de otorgar a una expresión jurídica un sentido literal individual u otro según el contexto en el que aparezca la norma (Moreu Carbonell, 2020).

Entre varias interpretaciones posibles según el sentido textual, Anchondo Paredes (2012) explica que adquiere preferencia aquella que posibilita la percepción objetiva con otra disposición, con tal de que pueda admitirse una concordancia objetiva entre ambos preceptos.

El ejemplo propuesto sobre el “*rechazo*” de extranjeros en frontera plantea problemas con respecto a esta interpretación, pues atendiendo a la literalidad del artículo, se entiende que los migrantes podrán ser expulsados cuando traten de entrar en territorio español de forma “*irregular*”.

Sin embargo, en el apartado segundo de la disposición se matiza la devolución remitiendo a la normativa internacional (véase el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la Carta de Derechos Fundamentales de la UE) que prohíbe las expulsiones colectivas de extranjeros y establece, entre otras protecciones, la tramitación de un procedimiento administrativo individual con posibilidad de recurso en caso de que la decisión sea la expulsión.

Según este tenor literal, se incluye una garantía genérica de que el “*rechazo en frontera*” habrá de respetar la normativa citada, pero dicha afirmación “no deja claro qué acciones concretas son las que van a garantizar la protección a los derechos humanos en el marco de esas expulsiones (Soler García, 2018, p. 112). Además, hasta ahora no contamos con un desarrollo reglamentario de la

---

<sup>307</sup> No parece existir unanimidad en la doctrina jurídica a la hora de entender el significado de ‘interpretación literal’. Gimeno Presa (2003, pp. 139 y ss.) considera que esta puede referirse a) al sentido de las expresiones lingüísticas al margen de su contexto (verbal, cultural y/o situacional); b) al significado conforme al uso ordinario de las palabras; c) al significado *prima facie* claro y unívoco, o sea, obvio, de sentido común; d) al significado identificado mediante un argumento *a contrario*; e) a los significados atribuibles a una disposición en base a los usos lingüísticos consolidados por los juristas, a la sintaxis, al contexto, al contexto cultural y al contexto situacional.

Se recuerda al lector que el ‘argumento a contrario’ forma parte de la interpretación literal y se basa en la presunción de que, si el legislador ha regulado expresamente una hipótesis, entonces esa regulación se refiere únicamente a ella. De esta forma, se rechaza su aplicación a cualquier caso distinto al expresamente contemplado por quienes redactaron la norma (Anchondo Paredes, 2012).

disposición. Entonces, ¿cómo han de interpretar los tribunales este precepto? ¿Están permitidas - o no- las ‘devoluciones en caliente’ tal y como las regula el técnico legislativo español?

Como hemos observado, la interpretación literal en este caso es confusa. Anchondo Paredes (2012) entiende que en situaciones que pueda haber multiplicidad de significados (como la que nos ocupa), la interpretación literal puede presentar como variantes la ‘interpretación restrictiva’ que constriñe el alcance normativo de una disposición para aplicarla a casos específicos<sup>308</sup>. Y, por otro lado, se encuentra la ‘interpretación extensiva’ que amplía el significado de un texto para aplicarlo a situaciones que no se encuentran comprendidas claramente en los términos literales de la norma.

En tal sentido, la interpretación restrictiva se erige como más acertada en este supuesto, ya que una extensiva podría suponer una amplia vulneración de los derechos de los afectados por esta norma.

En el caso *N.D. y N.T. contra España*, de 13 de febrero de 2020<sup>309</sup>, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo que interpretar si la disposición final primera se ajustaba a la protección sobre derechos humanos recogida en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). El Alto Tribunal estimó que fueron legales las ‘devoluciones en caliente’ de dos ciudadanos que trataron de entrar en territorio español saltando la valla que separa Marruecos de la ciudad española de Melilla. *Grosso modo* (puesto que ya se profundizó en esta sentencia en el primer capítulo), los magistrados consideraron que la normativa internacional a la que se hacía referencia en el segundo párrafo de la disposición, no se había vulnerado porque entendían que estas personas “*eligieron voluntariamente cruzar la frontera de forma ilegal, cuando podrían haber utilizado una vía regular*”.

El TEDH aplicó la denominada ‘doctrina de la propia conducta’, en la que examinó si el comportamiento de los demandantes era “merecedor” de la protección otorgada por el CEDH (Carrera, 2020); y concluyó de forma negativa al entender que ellos mismos se pusieron “*en peligro*” al escoger una vía “*ilegal y poco segura*” como es atravesar el vallado de la frontera.

---

<sup>308</sup> El autor afirma que este tipo de interpretación literal puede entenderse en varios sentidos: a) la interpretación que trata de respetar la voluntad del legislador y su texto de la manera más fiel posible; b) la que acota el significado de los términos del texto legal a su menor ámbito material de validez posible; y c) la reducción de la letra de la ley a su significado más seguro y aceptado por todos o por muchos, por igual, en el ámbito de los especialistas del Derecho.

<sup>309</sup> Esta sentencia se analizó en profundidad en las páginas 81-92 de esta tesis doctoral.



Por todo ello, no parece que el Tribunal esté llevando a cabo una interpretación literal del art. 4 del Protocolo nº 4 CEDH (*“Prohibición de expulsiones colectivas de extranjeros”*), ya que afirma que *“la propia conducta del solicitante es un factor relevante”* para apreciar dicha vulneración, pese a que la redacción del art. 4 del Protocolo no menciona nada al respecto. De hecho, la argumentación de los magistrados se centra más bien en el contexto del caso (la forma de entrada de *ND.* y *N.T.* en España, su comportamiento, los canales habilitados para solicitar asilo que no siguieron...).

De cualquier modo, como recuerda Champeil-Desplats (2020, p. 126), el método literal no consiste en buscar un único y verdadero significado del enunciado de la norma, sino en determinar varios compatibles (*“un marco de posibles significados”*). Siempre que se respeten las reglas gramaticales, lógicas y sintácticas, se permite cierta *“imaginación”* a los intérpretes especialistas en la materia.

En este sentido, parte de la doctrina (Moreu Carbonell, 2020, entre otros), entiende que los casos sencillos sí pueden resolverse con un argumento literal, mientras que los que son más difíciles de enjuiciar necesitan otras opciones interpretativas<sup>310</sup>. Nuestro Tribunal Constitucional ha afirmado en alguna ocasión (STC 72/1984) que el recurso a otros métodos que no fueran este, solo debería llevarse a cabo cuando el literal no bastase para despejar la ambigüedad. No obstante, Álvarez Conde y Tur Ausina (2021, p. 117) recuerdan que, en general, el TC *“ha huido del literalismo, habiéndose apoyado en él en contadísimos casos”*<sup>311</sup>, un reflejo de la constatación que hacía Klatt (2017) sobre que la interpretación literal del derecho ha sufrido un menosprecio histórico dada la vaguedad e imprecisiones propias del lenguaje jurídico. Por su parte, Díaz Revorio (2016) sostiene que la ambigüedad presente en la redacción de la Constitución ha convertido a este criterio en un método *“insuficiente”* que solo en contados casos puede resultar decisivo.

---

<sup>310</sup> La autora, que ha analizado las relaciones existentes entre la lingüística y el derecho, explica que así como los lingüistas distinguen entre significante (enunciado o expresión lingüística) y significado (proposición) de un texto, en la dogmática jurídica se parte también de una distinción entre la expresión o enunciado de la norma y su significado, donde el significante posee un valor sugestivo que condiciona la recepción de un concepto en la ciudadanía. Cuanto más rígidas sean las nociones (por ejemplo, inmigrante) sobre realidades inestables y cambiantes (flujos mixtos de migrantes, refugiados, apátridas) se producirá un desfase mayor entre los significantes y los significados del lenguaje jurídico (entre la expresión que designa algo, y lo propiamente designado). Todo ello, más allá de generar una percepción sesgada sobre ciertos sujetos (extranjeros), puede redundar en una protección inadecuada de sus derechos fundamentales.

<sup>311</sup> Obsérvense, a modo de ejemplo, las SSTC 21/1981, 6/1982 y 36/1982.

Otro de los inconvenientes que presenta el literalismo es que su uso reiterado puede dar lugar a un “excesivo formalismo jurídico” que se erige como un auténtico freno para alcanzar la justicia (Moreu Carbonell, 2020).

b) En segundo lugar, destacamos el método histórico que obliga a rememorar la época en la que se redactó una norma para determinar su significado (antecedentes o motivos que propiciaron la puesta en marcha de una determinada ley, esto es, la voluntad del *drafter* legislativo para redactarla). En suma, este método se encarga de explicar una determinada regulación jurídica en base a su origen y al modo en que fue desarrollándose a través del tiempo.

Según Anchondo Paredes (2012), esta interpretación histórica admite las variantes de ‘estática’ o ‘dinámica’. La estática se refiere a la forma tradicional de entender una institución o figura jurídica. Aunque el legislador elabore nuevas normas, su intención es no apartarse del espíritu<sup>312</sup> que tradicionalmente ha informado la naturaleza de la institución jurídica que actualmente ha regulado. Ante la duda sobre el significado de un enunciado, el juez justifica su decisión argumentando que esa es la forma en que se ha entendido dicha regulación hasta ahora.

Sin embargo, la dinámica consiste en tomar la historia de las instituciones jurídicas “como una tendencia hacia el futuro” (Anchondo Paredes, 2012, p. 46), y con carácter progresista. Es decir, como un proceso de cambio continuo, en evolución, o como un proceso irregular, con rupturas y alteraciones en las circunstancias que impiden entender las reglas actuales con los criterios proporcionados por regulaciones ya derogadas.

Este postulado se corresponde, en gran medida, con la interpretación llevada a cabo en el caso *N.D. y N.T. contra España*. Huelga recordar que el fallo constituyó la primera vez en la historia del TEDH que este condicionó la protección de extranjeros frente a una expulsión a la forma de entrada en el territorio de un Estado de la UE. De acuerdo con Sosa Navarro (2020), nunca antes se había planteado la posibilidad de que una entrada no autorizada pudiera eximir de la obligación de respetar la prohibición de expulsión colectiva, recogida en el art. 4 del Protocolo 4º CEDH.

---

<sup>312</sup> De acuerdo con la definición recogida en el Diccionario panhispánico del español jurídico (RAE), cuando se habla del concepto indeterminado de ‘espíritu de la ley’ nos referimos al criterio interpretativo de las normas jurídicas que atiende principalmente a la intención del legislador o finalidad que inspiró su adopción. Sobre esto, Cabanellas (1989, p. 472) afirmaba que “la interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición”.

Asimismo, encontramos cierto paralelismo entre el conocimiento del contexto histórico en el que se aprueban las normas que propugna este método, y la conciencia de los magistrados del TEDH en cuanto a que reconocen en su decisión la “*presión migratoria*” que sufre España como frontera de la Unión Europea. En esta percepción se apoyará también el Tribunal Constitucional en sentencias posteriores, e incluso declarará que sí existe una relación entre la seguridad y la migración que justifica legislar en esta línea (STC 172/2020, de 19 de noviembre de 2020).

Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha utilizado el método de interpretación histórico en varias ocasiones, con la intención de indagar en la voluntad del constituyente. Recuérdese la STC 110/1984 en la que había que interpretar la extensión de la prohibición de injerencias sobre el derecho a la intimidad (art. 18 CE). Los magistrados afirmaron que esta potestad debía entenderse conforme al art. 17.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, antecedente histórico que especificaba que “*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida*”.

Por tanto, mientras que dichas injerencias no fueran consideradas de tal forma (por ejemplo, la inspección fiscal objeto de enjuiciamiento en la sentencia<sup>313</sup>), se permitía cierta vulneración de la intimidad de los ciudadanos. No obstante a todo lo comentado, Díaz Revorio (2016) asegura que la importancia del método histórico es relativa, y que su utilización normalmente ha de entenderse como un argumento de apoyo a otros criterios de interpretación.

c) De hecho, íntimamente relacionado con el criterio histórico, hallamos como tercer método de interpretación el sistemático. Este consiste en interpretar la norma de acuerdo con el contenido general del ordenamiento jurídico al que pertenece, dotándolo de unidad y coherencia. Aquí partimos de la premisa de que una disposición no es un mandato aislado, sino que responde a un sistema jurídico-normativo orientado hacia un fin determinado.

Así, el sentido de un enunciado normativo muchas veces se ve completado con otros pertenecientes al mismo ordenamiento. En caso de duda, “el intérprete debe atribuir a una norma, un sentido congruente con las prescripciones que establecen otras normas del sistema” (Anchondo Paredes, 2012, p. 42). Por lo tanto, corresponde a los tribunales establecer el

---

<sup>313</sup> El TC sostuvo que para el efectivo cumplimiento del art. 31.1 CE (que proclama el deber de todos a contribuir al sostenimiento de los gastos públicos) era necesaria la inspección fiscal. Esta actuación, a través de la investigación de documentos o antecedentes relativos a los movimientos de las cuentas bancarias, podía interferir en aspectos concretos del derecho a la intimidad de los contribuyentes. Sin embargo, en ningún caso dicha injerencia podría calificarse de ‘arbitraria’ o ‘ilegal’.

vínculo sistemático que existe entre la norma a la que atribuye significado y las del sistema que la rodean.

Siguiendo con el ejemplo propuesto sobre las ‘devoluciones en caliente’, efectivamente el TEDH en su interpretación tiene en cuenta la normativa internacional relacionada (art. 4 del Protocolo IV y art. 13 CEDH sobre acceso a un recurso efectivo). De hecho, en su argumentación alude indirectamente al empleo del método sistemático que exige tomar como referencia todo el derecho aplicable a la materia migratoria que están examinando: *“el Convenio debe ser leído en su conjunto e interpretado de forma que se promueva la coherencia interna y la armonía entre sus diversas disposiciones [...], debe asimismo tener en cuenta las normas y principios pertinentes de derecho internacional aplicables en las relaciones entre las Partes Contratantes”*.

No obstante, a pesar de que el caso sucede en territorio español, el TEDH no analiza ni alude a la normativa nacional. En su decisión no menciona que el precepto que regula las expulsiones inmediatas de extranjeros se inserta en una Ley de seguridad ciudadana cuyo objetivo, según declaraba el preámbulo de dicha LO 4/2015, era *“asegurar un ámbito de convivencia en el que sea posible el ejercicio de los derechos y libertades, mediante la eliminación de la violencia y la remoción de los obstáculos que se opongan a la plenitud de aquellos”*. De lo reproducido, resulta inevitable interpretar que el técnico legislativo parecía señalar a los (in)migrantes más vulnerables (los que entraban por vías irregulares) como obstáculo al establecimiento de ese buen clima social.

De cualquier forma, el método de interpretación sistemático ha sido utilizado por el Tribunal Constitucional en multitud de ocasiones (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2021), pues, en un principio, posibilitó la adaptación de la legislación preconstitucional; y más adelante sirvió para delimitar el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Su aplicación igualmente ha resultado clave para ampliar derechos y libertades de los ciudadanos, como se puede observar en la STC 79/1991 en la que el Tribunal otorgó amparo a una ciudadana por vulneración de su derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada en su afiliación a la Seguridad Social (art. 14 CE). Para ello, declaró que el art. 3.1 a) del Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico no podía interpretarse aisladamente y en su mera literalidad, soslayando lo establecido en aquel momento en el art. 7.2 de la Ley General de la Seguridad Social: *“Por el contrario, el respeto al sistema de fuentes y a los principios que rigen las relaciones entre la ley y el*

*reglamento obligan a interpretar el precepto reglamentario a la luz de lo dispuesto en el precepto legal, sin que sea admisible una interpretación y aplicación del primero que violente y contraríe lo establecido en el último [...]. Por lo que la propia unidad del ordenamiento jurídico no permite que una norma niegue radical e incondicionadamente la condición de trabajador asalariado que otras normas posteriores de igual o superior rango reconocen, sin permitir siquiera demostrar que se reúne dicha condición”.*

Obsérvese, también, por su relación con el fenómeno migratorio, la STC 17/2013, de 31 de enero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento Vasco con respecto a diversos preceptos de la antigua LOEx 14/2003, de 20 de noviembre. En ella, el Tribunal emplea el método sistemático para reconocer derechos que, en tanto que son inherentes a la dignidad humana, corresponden a extranjeros y nacionales en condiciones de plena igualdad: *“Una interpretación sistemática del repetido precepto constitucional [art. 13 CE] impide sostener que los extranjeros gozarán en España sólo de los derechos y libertades que establezcan los tratados y el legislador, dejando en manos de éste la potestad de decidir qué derechos del título I les pueden corresponder y cuáles no, pues ha de tenerse también presente la conexión del derecho fundamental afectado con la garantía de la dignidad humana”.*

d) Por otra parte, cabe destacar el método teleológico que otorga relevancia a las finalidades que persigue la aprobación de una norma. Para aplicarlo, el intérprete debe indagar en el ‘espíritu’ de la ley para tratar de descifrar con qué propósito se incorporó a nuestro Ordenamiento Jurídico. Anchondo Paredes (2012, p. 49) aclara que los fines que el legislador intenta alcanzar son por regla general ‘objetivos’ perceptibles, determinados y vinculados a una realidad conocida, y no a intereses subjetivos de ciertos grupos. El mismo autor propone como ejemplos de estos propósitos que pretenden alcanzar las normas, I) el aseguramiento de la paz y la justa solución de los litigios; II) la protección de los bienes jurídicos y un procedimiento judicial justo; III) la solución de una problemática de carácter general surgida; y IV) el mejoramiento de ciertas condiciones de interés colectivo.

Desde luego, la disposición final primera de la LO 4/2015 viene justificada por el poder legislativo como una necesidad para preservar el orden social y la seguridad nacional. El razonamiento sería el siguiente: la llegada de personas por vías contempladas como irregulares supone una ‘amenaza’ para nuestro sistema, por lo tanto, si disuadimos este tipo de inmigración

mediante una norma (rechazo en frontera de todo aquel que no cruce por un paso habilitado) habremos solucionado el problema (fin teleológico).

Tanto el TEDH, en el caso *N.D. y N.T. c. España*<sup>314</sup>, como el Tribunal Constitucional en su STC 72/2020, de 19 de noviembre, en la que se pronunció sobre el mismo asunto, parecen interpretar el supuesto de forma similar. Reproducimos un fragmento literal de la argumentación del TC sobre la disposición mencionada: *“La regulación de un régimen especial en los perímetros fronterizos de Ceuta y Melilla por la presión migratoria (...), no se puede calificar de totalmente extraña a la seguridad ciudadana, integrante de la más amplia materia de la seguridad pública; sin que se pretenda, en ningún caso, asociar necesariamente el fenómeno de la inmigración de personas extranjeras con un incremento de la inseguridad ciudadana”*.

Aunque el Tribunal también afirma que es contrario a establecer y perpetuar la vinculación (in)migrante-delincuencia, reconoce, desde lo que sería una perspectiva teleológica, que se introducen especificidades sobre los dos regímenes fronterizos en una ley de seguridad ciudadana porque ambos conceptos están relacionados y persiguen idéntico objetivo: remover los obstáculos para lograr el *“mantenimiento de la tranquilidad de los ciudadanos”* (LO 4/2015).

En suma, el método teleológico ha sido ampliamente utilizado por nuestro Tribunal Constitucional a lo largo del tiempo. En su STC 75/1984, los magistrados ya explicitaron que *“la interpretación puramente teleológica que [...] hace este Tribunal estriba, en efecto, en la necesidad de preservar el carácter subsidiario de la jurisdicción constitucional de amparo”*. Dicha mención a “la preservación” entronca con la posición que defiende parte de la doctrina de que este postulado es el único que permite desentrañar el auténtico sentido de los preceptos legales, pues tras su aplicación subyace la idea de que *“la acción humana está guiada por valores a alcanzar o por principios a observar”* (Neil MacCormick, 2011, p. 77). Esto significa que la interpretación teleológica nos muestra cómo todas las disposiciones -guiadas por la CE como Norma Suprema- propugnan y siguen (en teoría) una serie de valores que constituyen las

---

<sup>314</sup> El TEDH alude a una sentencia anterior del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (de 7 de junio de 2016, Affum,C-47/15) para subrayar que el sentido interpretativo del art. 2.2 a) de la Directiva 2008/115 (de retorno de los nacionales de terceros países en situación de irregularidad) tiene como finalidad *“permitir a los Estados miembros continuar aplicando en sus fronteras exteriores procedimientos de retorno de Derecho interno simplificados, sin tener que completar todas las fases procedimentales establecidas en la antedicha Directiva y poder así expulsar con mayor rapidez a los nacionales de terceros países interceptados cuando cruzaban tales fronteras”*.

directrices y propósitos que guían la labor de la administración, la justicia y, en general, de una sociedad democrática (Torres del Moral, 2005).

Estos cuatro métodos de interpretación que hemos examinado son, a fin de cuentas, “formas de entender y vivir el derecho” (Alonso García, 1984, p. 82), pues los proporciona la cultura jurídica de la sociedad donde se aplica el ordenamiento. Dados los cánones de amplitud y flexibilidad que rigen su aplicación, así como la sinergia que puede llevar a cabo el intérprete que los emplea, todo intento de petrificar o agotar dichos postulados “parece estar llamado al fracaso” (Alonso García, 1984, p. 82).

Con el objetivo de ir más allá de esa aplicación formal y restrictiva de los métodos de interpretación de Savigny, Häberle (2000) formuló un quinto postulado basado en la interpretación constitucional comparada, en el plano jurídico europeo, para identificar un Derecho constitucional común. El autor partía de que llevar a cabo una comparación multinivel “puede aclararnos por qué textos con el mismo tenor literal, en el curso del tiempo o desde el principio, están abiertos y necesitados de una interpretación diferente”. De hecho, concretaba su utilidad en relación a la comprensión y protección de los derechos fundamentales: “El principio de igualdad, por ejemplo, en la cultura jurídica de Suiza, produce resultados distintos que en Alemania (...). El pensamiento científico-cultural puede así, en la comparación jurídica (constitucional) justificar y esclarecer las diferencias, o conducir a afinidades. Al mismo tiempo, las Constituciones concretas (por ejemplo, España, Suiza, Austria o Alemania) se revelan como variaciones culturalmente condicionadas al tipo fundamental del Estado constitucional democrático” (p. 388).

La comparación del Derecho constitucional de los Estados también implica conocer e interpretar otros sistemas jurídicos para conocer mejor el propio, porque tal y como formulaba Goethe y precisamente traía a colación Häberle (2000): “Quien no conoce ningún idioma extranjero no conoce el suyo propio”.

Lo cierto es que existen pocos casos en los que el Tribunal Constitucional proceda a la comparación entre regulaciones constitucionales europeas (De Vergottini, 2010), aunque Tenorio (2016) matiza que el derecho comparado muchas veces se emplea sin citarse en las sentencias. Al respecto, cabe mencionar la STC 12/2008, de 29 de enero<sup>315</sup> como “un hito en el análisis de la

---

<sup>315</sup> La sentencia resolvió una cuestión de inconstitucionalidad y un recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el art. 44 bis de la LO 5/1985, del régimen electoral general (LOREG), introducido por la disposición adicional segunda de la LO 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

evolución de la consideración del derecho comparado por parte del TC” (Tenorio, 2016, p. 294), pues en ella el Tribunal dejó bien claro que *“el único canon de sus resoluciones es la Constitución española”*.

Pese a esto, el método comparado posee una importancia absoluta (Antonio Cervati, 2006), pues no prima la construcción de un único sistema cerrado de conceptos jurídicos que busque establecer un núcleo esencial de valores absolutamente intangibles, sino que el postulado de Häberle busca la comparación y el análisis histórico de los diversos valores constitucionales. De esta forma, se pretende alcanzar una conciencia de ‘esencialidad’ para constituir un estudio no dogmático del Derecho constitucional, cuyo centro es la defensa del ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todos los seres humanos sin distinción.

Y es que no debe olvidarse que la Constitución no opera solamente como orden jurídico para juristas que estos interpretan según sus reglas; sino que posee una eficacia esencial como guía para la ciudadanía. El texto constitucional es, según Häberle (2002, p. 194), “expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas”.

Esta evocación sobre una función humanista de la Constitución nos obliga a abordar, en el epígrafe siguiente, todo lo relativo a la hermenéutica constitucional como método propio de interpretación.

## **1.2. La hermenéutica constitucional como método específico de interpretación jurídica**

La Constitución Española, debido a su condición de Norma Suprema y a su función delimitadora del sistema de fuentes del Derecho, presenta una serie de especialidades que la diferencian de cualquier otro texto jurídico: contiene preceptos heterogéneos, abiertos y abstractos (algunos ambiguos) que, a su vez, constituyen la expresión de decisiones políticas fundamentales adoptadas por el poder constituyente<sup>316</sup>. Además, destaca su carácter axiológico (Díaz Revorio, 2016) ya que comprende valores y principios generales -libertad, igualdad, justicia, dignidad, Estado social y democrático de derecho-.

Estos tres elementos condicionan la interpretación de la CE que es concebida como una concreción que presupone la comprensión del contenido de la norma a precisar (Hesse, 1983).

---

<sup>316</sup> Álvarez Conde y Tur Ausina (2021, p. 119) explican que la interpretación constitucional está más unida a los problemas políticos que las demás interpretaciones jurídicas, dada la carga ética y política que conlleva la Constitución: “Esta politicidad de la interpretación constitucional se debe a la imposibilidad de juridificar totalmente la política (...) lo que supone que el Derecho es el resultante de la relación de fuerzas políticas en juego”.



Este proceder supone una auténtica creación de un sistema de normas subconstitucionales que aclaran el sentido de la norma primaria (Alonso García, 1984). Sin embargo, la elección de esas normas por parte del intérprete<sup>317</sup> debe garantizar la realización del principio de seguridad jurídica, pues “la certeza de la Constitución debe dar certeza a todo el Ordenamiento” (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2021, p. 120), así como respeto al pluralismo, ya que no es posible reducir a una sola interpretación las diferentes posibilidades que presenta el texto constitucional.

Cabe aclarar que la interpretación constitucional es parte de la interpretación jurídica (Díaz Revorio, 2016), pero no puede reducirse a los clásicos métodos de la hermenéutica, puesto que su finalidad es distinta (Hesse, 1983). El fin de esta específica interpretación es encontrar “el sentido constitucionalmente correcto, a través de un procedimiento racional y controlable” (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2021, p. 120). Sin olvidar que la naturaleza del texto constitucional es distinta a la de las normas legales ordinarias (basta recordar las tres especialidades que mencionábamos antes), los mismos autores hablan de “escasa o nula utilidad” (p. 117), de los métodos de interpretación del Código Civil en el ámbito constitucional, mientras que Díaz Revorio (2016) entiende que son insuficientes y deben ser completados con criterios propios.

Partiendo de todas estas particularidades, existen una serie de principios inherentes a la interpretación constitucional, que en su día formuló Hesse (1976), y que abordamos a continuación:

a) El principio de unidad de la CE: se basa en “el intento de interpretación armónica de todos los preceptos de la Constitución” (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2021, p. 121). Dicha unidad remite,

---

<sup>317</sup> Cualquier sujeto, público o privado, puede interpretar la Constitución, incluida la misma ciudadanía. Pero, siguiendo a Díaz Revorio (2016), se entiende que el legislador es el intérprete primario y cotidiano de la CE, porque la Norma Fundamental contiene los límites que debe respetar la actuación legislativa, los principios que ha de acoger, así como ciertos mandatos concretos dirigidos al legislador. Por otro lado, el Tribunal Constitucional es el intérprete supremo del texto constitucional (posee el derecho a la ‘última palabra’), lo que implica que su interpretación se impone a la realizada por los demás operadores, siempre y cuando su labor produzca seguridad jurídica, tanto a los poderes públicos como a los ciudadanos. En palabras del propio TC en su STC 31/2010: “*En virtud de la posición específica que el Tribunal ha de adoptar como supremo intérprete de la Constitución [...], a este respecto se recuerda que la Constitución es un marco amplio que ha de permitir diversos desarrollos legislativos, por lo que el Tribunal debe observar la contención necesaria para que sus criterios prospectivos ofrezcan seguridad a los operadores jurídicos sin constreñir indebidamente esas legítimas opciones. Consecuentemente, sus criterios doctrinales no podrían cerrar pro futuro ni agotar definitivamente la determinación de todos los sentidos e interpretaciones que pueden darse a las normas constitucionales, pues esto sería tanto como petrificar sus disposiciones e invalidar su función de marco normativo fundamental*”.

a su vez, a la necesidad de coherencia y ausencia de contradicciones entre las distintas partes que integran el texto constitucional (Pérez Luño, 1984).

Este principio recuerda al clásico método sistemático que buscaba la interpretación de la norma a la luz de todo el Ordenamiento Jurídico y que, igualmente, posee una gran importancia en el ámbito constitucional. De hecho, el TC ha afirmado reiteradamente que debe realizarse una interpretación sistemática de la Constitución, ya que la misma "*es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido en función del conjunto*" (SSTC 101/1983, de 18 de noviembre, 67/1984, de 7 de junio). De ahí que se destaque reiteradamente la relación entre el argumento sistemático y el principio de unidad de la Constitución (Díaz Revorio, 2016).

El mismo Tribunal ha subrayado también la necesidad de interpretar el Ordenamiento de conformidad con la Constitución. Por ejemplo, en la STC 151/2021, de 13 de septiembre, donde examinaba una posible vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de un extranjero<sup>318</sup>, afirmó que cuando fuese posible se debía realizar "*una interpretación siempre en concordancia con los preceptos constitucionales*". Y tras aplicar una interpretación sistemática, terminó fallando que los tribunales habían llevado a cabo "*una interpretación de la norma que no respeta el canon constitucional de motivación del derecho a la tutela judicial efectiva*". Por lo que otorgó el amparo solicitado al recurrente extranjero.

Por otro lado, no son pocas las ocasiones en las que el TC ha combinado la utilización del método sistemático con el teleológico, examinado anteriormente. Por ejemplo, en la STC 90/1985, de 22 de julio, interpretó la prerrogativa de la inmunidad parlamentaria a través de un enfoque unitario, sistemático y finalista. Sobre la interpretación constitucional teleológica, Torres del Moral (2005, p. 27) recuerda que los derechos y libertades es una de las áreas constitucionales en las que esta tiene mayor aplicación, pues "*si la libertad es un valor superior del Ordenamiento, toda interpretación que la favorezca sin distorsionar el contenido del precepto, sino ponderando la proporción entre medios y fines, se instala en la misma perspectiva axiológica, finalista, de la Constitución y del resto del Ordenamiento*". En línea con esto, cabe recordar el asunto *D.H. y otros c. República Checa* (2007), en el que el TEDH interpretó teleológicamente el art. 14

---

<sup>318</sup> El objeto de enjuiciamiento aludía a sendas resoluciones judiciales que no ponderaron adecuadamente las circunstancias personales y familiares del recurrente, y ratificaron una orden de expulsión del territorio nacional.

CEDH<sup>319</sup> que prohíbe discriminaciones por razón de raza, nacionalidad, origen, etc (así como el artículo 2 del Protocolo nº 1 sobre el derecho a la educación). El fallo estimó que se había producido una vulneración del derecho a la educación de un grupo de niños gitanos en la República Checa, ya que les habían trasladado a escuelas para niños con discapacidad mental, cuyo programa era de un nivel más bajo que el de las escuelas ordinarias, y en donde estaban aislados de la población mayoritaria. Esta práctica había supuesto una discriminación indirecta hacia esa minoría étnica que constató el TEDH y por la que condenó a las autoridades checas.

b) El principio de concordancia práctica: vinculado con el citado principio de unidad, este postulado parte de la proporcionalidad o ponderación para poder coordinar los bienes constitucionalmente protegidos, de tal forma que en caso de conflicto entre ellos, la solución se halle conservando cada uno su entidad. Partiendo de una especie de equilibrio moderado, Häberle (2000) explica que cuando se produzca una colisión, por ejemplo, entre derechos fundamentales y relaciones de sujeción especial<sup>320</sup>, la Constitución debe, marcando los límites a ambos, establecer una realización optimizada de los valores y principios constitucionales en juego.

c) El principio de corrección funcional: en virtud del cual el intérprete ha de mantenerse dentro del ámbito de sus competencias, lo que entronca con el principio de ‘deferencia hacia el legislador’ (STC 31/2010) que proclama que no se puede alterar radicalmente el contenido normativo, pues esta función únicamente corresponde al que legisla: *“Pero en el desarrollo de su función de intérprete supremo o último de la Constitución el Tribunal Constitucional no puede suplantarse al legislador e incluir en el Ordenamiento jurídico preceptos o desarrollos normativos que, en rigor, no responden a la interpretación de los textos legales, sino a la introducción en ellos de contenidos ajenos que los rectifican o alteran”* (STC 31/2010). Este principio supone también el respeto al pluralismo político como valor superior de nuestro Ordenamiento Jurídico.

---

<sup>319</sup> Este dispone: *“El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”*.

<sup>320</sup> El diccionario panhispánico del español jurídico (RAE) define las relaciones de sujeción especial como una categoría de creación doctrinal y jurisprudencial que se aplica cuando existe una vinculación especialmente intensa entre la Administración y el ciudadano, ya sea porque este se integra en la estructura de la organización administrativa como personal al servicio de la Administración, o por cualquier otra circunstancia (internos en establecimientos penitenciarios u hospitales, estudiantes, concesionarios de servicios públicos, etc). En estos casos, se justifica una modulación o flexibilización de determinados principios rectores de la potestad administrativa sancionadora, sin que pueda implicar nunca la eliminación de los derechos fundamentales.

d) El principio de eficacia integradora: relacionado con el principio de unidad y el clásico método sistemático, este criterio se basa en otorgar preferencia en la solución de problemas a las opciones que preserven la unidad del Ordenamiento.

e) El principio de efectividad: este postulado tiende a encauzar la actividad del intérprete hacia las opciones de interpretación que “optimicen y maximicen la eficacia de las normas constitucionales sin distorsionar su contenido” (Pérez Luño, 1984, p. 124). Siguiendo al mismo autor, este principio -como sucedía con la interpretación teleológica- posee una incidencia especial para la interpretación de los derechos fundamentales a través del principio *in dubio pro libertate*, que promulga la máxima expansión del sistema de libertades constitucionales. Como ejemplo práctico, Torres del Moral (2005, p. 38) señala la interpretación extensiva y teleológica que, a lo largo del tiempo, el Tribunal Constitucional ha hecho del art. 23.2 CE (que reconoce a los ciudadanos el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, a las funciones y cargos públicos). En diversas sentencias (SSTC 24/1990, 7/1992, 30/1993, entre otras), el TC construye un ‘macroderecho’<sup>321</sup>, como exigencia de una idónea, pluralista y democrática representación política.

Una vez expuestos los principios que han de regir la actividad de interpretación de la CE, conviene aludir a los métodos de interpretación constitucional. Siguiendo a Pérez Luño (1984), diferenciamos entre I) el método formalista, referido a los criterios tradicionales de interpretación jurídica que estudiamos con anterioridad (gramatical, histórico, sistemático y teleológico). Como máximo representante de estas tesis se erigía Ernst Forsthoff (1973), para quien la interpretación constitucional debía valerse de los postulados formales, ya que el objeto de la hermenéutica lo constituían normas jurídico-positivas que conformaban la Constitución. Desde luego, esta teoría es difícil de mantener por aquellos que “reconocen el carácter peculiar [del texto constitucional] por la influencia que sobre ella ejercen factores políticos y valores éticos” (Pérez Luño, 1984, p. 115), es decir, quienes observaban una dimensión material de la Norma Suprema. Esta otra parte de la doctrina propugnaba, entonces, II) una interpretación material de la Constitución, donde el

---

<sup>321</sup> Siguiendo a Torres del Moral (2005, p.37), esta potestad incluye todas estas manifestaciones: a) el derecho del representante a que le sean admitidas las iniciativas (preguntas, interpelaciones y mociones) y las enmiendas que presente, siempre de conformidad con el Reglamento de la Cámara o Corporación. b) El derecho a que las comisiones que se creen en los Ayuntamientos y Diputaciones Provinciales sean respetuosas con la proporcionalidad de escaños existente entre los grupos políticos, y a formar parte, como mínimo, de una de ellas. c) El derecho a participar como elector de y elegible a los cargos parlamentarios. d) El derecho a que se convoque el pleno del Ayuntamiento a fin de que se pueda votar una moción de censura o para cualquier otra función propia del mismo, salvo que no haya asuntos que tratar.

concepto ‘material’ puede entenderse a partir de tres sentidos diferentes: acepción sociológica (cuya pretensión es describir el funcionamiento real de las instituciones constitucionales); acepción política (alude a la reconstrucción de decisiones políticas fundamentales que actúan como base de una determinada comunidad); acepción axiológica (propugna el máximo desarrollo de los valores básicos aceptados mayoritariamente por una colectividad y que fundamentan la CE). Las tres permiten vincular la Constitución con la idea humanista de “sistema de valores” (Pérez Luño, 1984, p. 117).

Por otro lado, hallamos III) la teoría sistemática que alude al método tradicional en virtud del cual las normas y, en este caso, los preceptos constitucionales deben ser interpretados conforme al conjunto de la Constitución. Como ocurría en los criterios de interpretación jurídica, en la hermenéutica constitucional el método sistemático también se erige como uno de los postulados prioritarios (Pérez Luño, 1984).

Por último, estrechamente vinculada con la idea de la Constitución material, se encuentra la IV) interpretación evolutiva que se preocupa “por el modo de entender o aplicar el contenido de la norma constitucional” (Pérez Luño, 1984, p. 118), es decir, la Norma Fundamental que el intérprete debe aplicar es una especie de Constitución “viviente construida, en cada momento, en base al texto normativo integrado por sus contextos sociales” (Pérez Luño, 1984, p. 119).

A este respecto, aunque el Código Civil español se refiere en su artículo 3.1 a “*la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas*”, en la interpretación constitucional esta expresión posee mayor trascendencia. Y ello porque la Constitución ha de tener una especial pretensión de estabilidad, aspiraciones que a su vez le permiten perdurar en el tiempo y cumplir con las pretensiones de generaciones futuras. Siguiendo a Díaz Revorio (2016), esta permanencia no sería posible si la interpretación de la CE no se realizase tomando en cuenta la realidad social a la que ha de aplicarse. Por ello, adquiere especial interés una interpretación evolutiva del texto normativo supremo “que lo vaya adecuando a las cambiantes circunstancias sociales, políticas, económicas, sin llegar a tergiversar o ignorar el significado literal de sus preceptos” (Díaz Revorio, 2016).

En esta teoría evolutiva también se observa un claro enfoque finalista que recuerda al clásico postulado teleológico, puesto que la Constitución viviente a interpretar no solo refleja la realidad existente, sino que contiene las metas sociopolíticas a alcanzar. Entonces, nuestra CE no actuaría

como meta de llegada (Constitución-balance), sino como un verdadero punto de partida (Constitución-programa) (Pérez Luño, 1984, p. 121).

Lo cierto es que, de todos los métodos examinados, las interpretaciones teleológica y evolutiva son las que más concuerdan con la promulgación de un lenguaje de los derechos humanos. Pues ambas llevan a cabo un proceso de interpretación constitucional garantista, que presta atención al proceso de cambio continuo inherente a las sociedades, pero guiándose por una serie de valores y principios donde destaca la defensa de la libertad en igualdad para todos.

No obstante, los métodos de interpretación jurídica (particularmente las técnicas constitucionales) no pueden concebirse como compartimentos estancos, sino que es preciso conjugarlos en la debida proporción que requiera cada supuesto. Justamente, Picado Vargas (2014, p. 145) señala las ventajas del empleo de “un criterio científico tridimensional unitario de interpretación”, tras el surgimiento de los Derechos Humanos de Tercera Generación y la nueva realidad mundial caracterizada por la globalización: su aplicación ajusta el texto constitucional a los cambios que ocurren en la sociedad (lo que entronca con la ya mencionada idea de “Constitución viviente”); favorece la concretización de los valores constitucionales al caso concreto (lo que también logra definir el contenido esencial de los derechos fundamentales y sienta las bases para establecer o revisar los criterios de proporcionalidad y razonabilidad que determinan las limitaciones impuestas a esas potestades); facilita la interpretación creativa del juez respetando el límite que el texto establece pero redimensionando el contenido material de la norma cuando sea necesario.

Además, debido al empleo del criterio evolutivo, otra de las ventajas a destacar de la utilización de un criterio tridimensional es que permite la concretización de nuevos valores humanistas que surgen con el avance de la sociedad y los actuales retos sociales que se plantean (desde luego, la inteligencia artificial se erige como uno de los más preocupantes y apasionantes<sup>322</sup>).

En definitiva, Picado Vargas (2014) señala que la Constitución ha de ser un instrumento de reivindicación del ser humano, sin que prevalezca ningún tipo de discriminación. Por su parte, el jurista constitucional del siglo XXI debe tomar conciencia de su papel como intérprete y constructor del nuevo Derecho de la Constitución que exige el Humanismo, doctrina que sitúa a las personas y su digno desarrollo en el centro de todas las cosas.

---

<sup>322</sup> El tema escapa al objeto de esta tesis doctoral, pero si se desea profundizar en él se recomienda la obra de Presno Linera, M. A. (2022). *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*. Madrid: Marcial Pons.

### **1.3. La interpretación constitucional como garantía efectiva de los derechos fundamentales**

Tan importante resulta que el legislador redacte las normas de acuerdo al respeto y la garantía de los derechos, como que estas se interpreten conforme a los mismos criterios, independientemente del método que se escoja para ello. En esta última tarea, tal y como hemos observado, los tribunales desempeñan un papel crucial, pues se erigen como los máximos intérpretes del entramado jurídico que regula las vidas de los ciudadanos.

En el marco de la interpretación jurídica, el específico conocimiento y aplicación de la hermenéutica constitucional nos conducen a la defensa de un Derecho constitucional “beligerante” (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2021, p. 121), dada su condición de derecho de Igualdad y de Libertad. Esto también conecta con la existencia de una democracia militante, entendida como el derecho de la Constitución a defenderse a sí misma (conteniendo cláusulas que impidan su reforma) de aquellos que intenten atacarla utilizando, precisamente, los resortes que les facilita la propia democracia (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2021). Sin embargo, este tipo de democracia exige la adhesión positiva de la ciudadanía a los postulados constitucionales, lo que, a juicio de Cortina (2016), excede de las funciones del Derecho. Además, la intocabilidad de la Norma Fundamental vulnera la libertad del pueblo a “revisar, reformar y cambiar su Constitución” (Thomas Jefferson, 1776<sup>323</sup>), pues la historia constitucional se construye en cada instante, a través de “un ejercicio sereno de debate sobre el proceso de manutención de la propia libertad” (Ortega Giménez y Tur Ausina, 2023, p. 143).

La interpretación constitucional parece concordar más con la idea de democracia fuerte (Barber, 2004) que concibe a la sociedad como un espacio donde las personas que en él conviven se comprometen, voluntariamente, en el desarrollo libre e igualitario de sus miembros; y no lo hacen porque se vean obligados o en pro de un interés egoísta, sino porque es una manera más de sentirse auténticos ciudadanos (Peña Cascales, 2011).

A fin de cuentas, estamos hablando de una suerte de ideología basada en la salvaguarda de principios, valores y derechos; en la evocación de la Constitución, parafraseando a Häberle, como fundamento de las esperanzas de una comunidad donde todos tengan cabida, participación e importancia. Entonces, interpretar que los derechos fundamentales corresponden a cada persona - sin distinción- es un paso efectivo hacia la consecución de una sociedad modelo.

---

<sup>323</sup> Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776).

## 2. La migración bajo el prisma de las teorías de la comunicación y los efectos de la audiencia

Ahí radica el verdadero poder de los medios masivos:  
son capaces de redefinir la normalidad.

MICHAEL MEDVED

### 2.1. Primeras investigaciones mediáticas sobre la influencia de los mensajes en la audiencia: contenido y efectos de ‘la teoría de la bala’

En el proceso de construcción jurídico-social de las personas migrantes, adquiere gran importancia la forma en la que los medios de comunicación interpretan y transmiten a la audiencia toda información referida a este colectivo. Ya en 1964, Marshall McLuhan acuñó la expresión “El medio es el mensaje”<sup>324</sup>. Sin embargo, los medios (y ahora también las redes sociales) han evolucionado hasta tal punto que el influjo que ejercen en los ciudadanos, -ya sea por su supuesta labor de vigilancia del poder institucional o por su relevancia en la configuración de la opinión pública-, los ha convertido *de facto* en auténticos creadores de la realidad social.

Por ello, una aproximación al ámbito científico de la teoría de la comunicación mediática nos puede ayudar a entender cómo se relacionan los medios con la audiencia, así como la influencia que ejercen el uno sobre el otro en sus comportamientos y toma de decisiones. Específicamente, interesa analizar en las siguientes páginas la representación del fenómeno migratorio en los medios a partir de las principales teorías mediáticas existentes; deteniéndonos en aquellas que entendemos relevantes para nuestro objeto de estudio. Tanto aquellas que parten del poder que poseen los profesionales de la información en los espectadores como las que se centran en examinar los efectos y consecuencias que produce la audiencia en los propios medios.

Ciertamente, estudiar esta interrelación no supone una tarea fácil. Las primeras investigaciones mediáticas se remontan a principios del siglo XX, donde cobra una importancia significativa ‘la teoría de la bala’ o ‘teoría de la aguja hipodérmica’<sup>325</sup> (Katz y Lazarsfeld acuñarían dicha denominación décadas más tarde de su aparición, en 1955) que afirmaba que cualquier mensaje correctamente transmitido por los medios poseía un efecto persuasivo inmediato en los receptores, lo que podía producir cambios en sus actitudes y conductas (Freidenberg, 2004). De acuerdo con

---

<sup>324</sup> *passim*.

<sup>325</sup> La denominación hacía referencia tanto a una aguja hipodérmica como a una bala debido al efecto eficaz que posee un mensaje mostrado a un determinado grupo.



este modelo, las masas y/o los receptores estarían indefensos ante el poder del medio y el mensaje (Yael Santana, 2019), lo que nos recuerda al efecto persuasivo que hoy poseen las redes sociales que actúan como activadores/detonantes emocionales en sus usuarios (Fogg, 2009<sup>326</sup>).

A pesar de las numerosas críticas que recibió en su momento ‘la teoría de la bala’ (Álvarez Gálvez, 2017, recuerda que no existen evidencias empíricas lo suficientemente fundadas como para atribuirle al modelo hipodérmico un carácter científico actual), una de las muestras más evidentes de su aplicación práctica se observa, precisamente, en el ámbito de la migración. Autores como Van Dijk (2011) siempre han sostenido que si los discursos difundidos por los medios son negativos, también los modelos mentales de la ciudadanía lo serán. Y cuando la gente acumula modelos racistas, estos pueden rápidamente generalizarse a actitudes e ideologías racistas del grupo dominante hacia el extranjero.

A modo de ejemplo, López Ortega (2022) explica que los años de mayor porcentaje de población inmigrante en España (una media de 11% entre 2010 y 2014) coincidieron, sorprendentemente, con una percepción menor de la inmigración como problema principal (un 2% o incluso menos) para la población autóctona. Sin embargo, a partir de 2017 (cuando decreció el porcentaje de población inmigrante) aumentó exponencialmente (de un 3% a un 15%) el porcentaje de personas que consideraba la inmigración como problema apremiante<sup>327</sup>. Fue en esta época cuando el partido de extrema derecha VOX comenzó a tener una mayor presencia mediática en España<sup>328</sup>; sus reiteradas opiniones sobre el fenómeno migratorio lograron colocar el asunto como un tópico significativo en la agenda política española. Ellos mismos lo reconocieron en el programa electoral que presentaron para las elecciones generales de 2016, donde afirmaban sin ambages que "en nuestro país hay

---

<sup>326</sup> En base a una serie de algoritmos, estas plataformas muestran determinada información con el objetivo de influir en el comportamiento de los internautas y lograr que adquieran productos, sigan a una determinada página o persona o, lo que resulta más relevante, cambien de opinión sobre un tema de interés (Esquivel Gámez et al., 2021).

<sup>327</sup> La autora establece la comparación a partir de los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística (INE) y el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS). Ambos se pueden consultar en el siguiente gráfico recuperado el 10 de abril de 2023 de <https://agendapublica.elpais.com/noticia/18223/vox-inmigracion-crear-problema-no-existe>.

<sup>328</sup> En 2018, la BBC se hacía eco de un partido político que propugnaba como principal objetivo “hacer España grande otra vez”. Cuando a su líder, Santiago Abascal, le preguntaron el motivo de su repentina popularidad en su país, respondió que ellos estaban "en sintonía con lo que piensan millones de españoles". Hedgecoe, G. (02/11/2018), “Vox, el partido político que quiere ‘hacer España grande otra vez’”. Texto recuperado 10 de abril de 2023 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-46063487>.

factores que hacen de la inmigración uno de los problemas más importantes para España, sin que los poderes públicos hayan querido que los ciudadanos tomen conciencia de ello”<sup>329</sup>.

En todo este proceso, los medios de comunicación desempeñaron un rol fundamental en la difusión del ideario chovinista de VOX. Estrada Villaseñor (2019) señala que la mayoría de noticias migratorias se basan en la reproducción de los discursos lanzados desde las élites de poder -en este caso los partidos políticos-, muchas veces en estrecha sintonía ideológica con quienes emiten el mensaje. Basta observar el siguiente titular publicado por el diario *ABC*: “Abascal arremete contra la inmigración ilegal: «Hay que exigir su deportación inmediata si es necesario»” (16/12/2020<sup>330</sup>).

El texto que lo acompaña se basa única y exclusivamente en la opinión, con todo lujo de detalles, del líder político sobre la inmigración: “Debemos impedir el paso de un solo inmigrante ilegal más”; o “El presidente de VOX ha felicitado y agradecido a los Gobiernos de Hungría y Polonia por «hacer frente a la dictadura ‘progre’ y al rodillo de Bruselas»”.

Sin duda, destacar en portada expresiones literales y reproducir sin contrastar determinados argumentos podrían servir de altavoz a la propagación de mensajes de índole racista. Estos calan en la sociedad con el efecto de una bala o de una aguja hipodérmica; y terminan promoviendo comportamientos de exclusión y rechazo hacia el que se señala como diferente a la idea de nación étnica, cultural y religiosamente homogénea que partidos políticos como VOX defienden en estos tiempos de “efervescencia política identitaria” (López Ortega, 2022).

Lo cierto es que la literalidad de los términos y la omisión de datos e información objetiva que contrarreste o amplíe dichos juicios de valor nos sitúan ante una práctica prohibida por el Código Europeo de Deontología del Periodismo (1993), en el que se recuerda que en situaciones que puedan servir de “caldo de cultivo” o en las que se siembre “la semilla” para el florecimiento de cualquier forma de odio, rechazo u hostilidad hacia un colectivo vulnerable como es el migrante, los periodistas “han de contextualizar y desafiar dicho discurso”<sup>331</sup>. Esto se ha de tener en cuenta, especialmente, a la hora de redactar los titulares de las noticias, pues “la inmensa mayoría de los

---

<sup>329</sup> Programa electoral de VOX de junio de 2016. Texto recuperado el 10 de abril de 2023 de <https://docplayer.es/37390783-Hacer-espana-grande-otra-vez.html>.

<sup>330</sup> Texto recuperado el 10 de abril de 2023 de [https://www.abc.es/espana/abci-abascal-aprovecha-debate-europa-para-arremeter-contra-inmigracion-ilegal-202012161127\\_noticia.html](https://www.abc.es/espana/abci-abascal-aprovecha-debate-europa-para-arremeter-contra-inmigracion-ilegal-202012161127_noticia.html).

<sup>331</sup> Documento recuperado el 10 de abril de 2023 de <http://148.202.167.116:8080/xmlui/handle/123456789/1727?show=full>.

lectores son en realidad lectores de titulares” (Zorrilla Barroso, 1996, p. 8). Dado que no disponemos de tiempo ni de interés por leer con detenimiento el volumen diario de informaciones que publica un medio, lo habitual consiste en detenernos en aquellas noticias que nos atañen y del resto quedarnos únicamente con lo que dicen los titulares.

Estos textos autónomos sirven para identificar el relato informativo, sintetizar el enfoque de la noticia y llamar la atención del lector. De hecho, su poder de atracción y seducción para influir de forma inmediata en la percepción y conducta de la sociedad es tal que Zorrilla Barroso (1996, p. 9) defiende que los titulares tienen incluso “un lenguaje propio”<sup>332</sup> que los periodistas deben cuidar porque de su redacción “dependerá una mayor o menor ganancia de lectores”. Aierbe (2002) apunta que todo esto es particularmente válido en las noticias sobre inmigración, en las que “el recuerdo no irá más allá del contenido de los titulares”.

Por ello, consideramos que el periodista debe huir del denominado *clickbait*<sup>333</sup> y apostar por enfoques que no recojan únicamente la opinión de una de las partes implicadas en la noticia sin ofrecer ningún argumento que la contrarreste. Una redacción de los titulares precisa y respetuosa con los derechos de todas las personas es el primer paso para construir un periodismo que no “dé más poder a quienes ya lo tienen y oprimen”. Y, por el contrario, se convierta -en aras de su labor de servicio público- en “un espacio para promover la inclusión y el conocimiento diverso” (International Women’s Media Foundation, 2021<sup>334</sup>).

Estas premisas también se echan en falta en el uso indiscriminado del acrónimo “MENAS” para hablar de los menores extranjeros no acompañados. El término, al que se ha aludido en epígrafes anteriores, apareció por primera vez en un Convenio de colaboración firmado en 2009 entre el Ministerio de Trabajo y la Comunidad Foral de Navarra para desarrollar actuaciones de acogida e

---

<sup>332</sup> Sostiene el autor que los titulares presentan unos rasgos lingüísticos específicos, entre los que destacan el empleo del estilo nominal e impersonal, la preferencia por los verbos en tiempo presente, la abundancia de nombres propios gramaticales y artículos definidos o la utilización de varias clases de elipsis para economizar palabras. (Zorrilla Barroso, 1996, p. 9).

<sup>333</sup> Una técnica de redacción que consiste en crear encabezados y descripciones sensacionalistas a primera vista. El fin es incitar a los visitantes a dar clic en dicho enlace para que abran un contenido que en la mayoría de ocasiones dista mucho del titular que lo ha antecedido.

<sup>334</sup> Guía elaborada por la International Women’s Media Foundation sobre enfoques periodísticos, recuperada el 10 de abril de 2023 de <https://www.iwmf.org/wp-content/uploads/2021/04/PMI-Guia-01-Enfoques-Periodisticos.pdf>.

integración de personas migrantes. Una de las partidas presupuestarias de dicha resolución disponía específicamente: “950002 92300 2279 231702 Actuaciones Programa MENAS”<sup>335</sup>.

A partir de ahí, se ha extendido su empleo entre los partidos de extrema derecha. Sobradamente conocido fue el caso de VOX que, en plena campaña para las elecciones de la Comunidad de Madrid (mayo de 2021), colgó un cartel en la estación de metro de la Puerta del Sol que rezaba: “Un MENA cuesta 4700 euros al mes, tu abuela 426 euros de pensión”. La vinculación que suelen hacer estos partidos entre los menores migrantes y la inseguridad y delincuencia en las calles, así como la culpabilización de que las pensiones a los mayores no sean más altas o de las cifras de desempleo en nuestro país, dotan a la expresión de un carácter peyorativo (Villarroya Soler, 2019<sup>336</sup>), “deshumanizante” y “cosificador” (Maldita Migración, 2021<sup>337</sup>) que refuerza la idea de que el lenguaje se puede utilizar para privilegiar, o para denigrar a algunos como ocurre en este caso.

Los medios de comunicación han incorporado la expresión a su vocabulario habitual, basta citar como ejemplo este titular publicado por el diario *El Mundo*: “La Policía Municipal desmanteló este pasado lunes una guarida de ex menas en Madrid” (04/01/2023). Aunque tras las críticas recibidas por ciertos sectores que censuraban la terminología empleada por el medio (“guarida”, “ex menas”), se vieron obligados a modificarlo por el siguiente: “La Policía Municipal desmantela un escondite en el que antiguos menores tutelados guardaban móviles y bolsos robados”<sup>338</sup>. Un uso del vocablo que concuerda con la sospecha construida y extendida de que los menores extranjeros son, por regla general, “defraudadores de la ley” (Manzanos, 2010).

Siguiendo ‘la teoría de la bala’, la repetición de este término y su asociación -directa o indirecta- con elementos como la criminalidad o la violencia social no solo influyen en la percepción que puedan desarrollar los ciudadanos sobre este colectivo, sino que determinarán su forma de relacionarse con él. Si en los discursos políticos e informativos el término “MENAS” se sustituyese por otras expresiones más neutras como ‘menores no acompañados’ o simplemente ‘niños y

---

<sup>335</sup> Texto recuperado el 8 de abril de 2023 de [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-16285](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-16285).

<sup>336</sup> Declaraciones recuperadas el 20 de abril de 2023 de [https://verne.elpais.com/verne/2019/11/12/articulo/1573549678\\_900503.html](https://verne.elpais.com/verne/2019/11/12/articulo/1573549678_900503.html).

<sup>337</sup> Reportaje “¿Tenemos que dejar de llamar 'MENA' a los niños y adolescentes extranjeros que llegan solos a España?” realizado por Maldita Migración (21/04/2021). Texto recuperado de <https://maldita.es/migracion/20210421/tenemos-que-dejar-de-llamar-mena-a-los-ninos-y-adolescentes-extranjeros-que-llegan-solos-a-espana/>.

<sup>338</sup> Texto recuperado el 22 de abril de 2023 de <https://www.elmundo.es/madrid/2023/01/04/63b4b422e4d4d806048b4586.html>.

niñas' (lo que son al fin y al cabo), su imagen social sería más positiva. Pues destacando que son niños, quedaría más claro que a la vulnerabilidad propia de su edad se suma el hecho de que “son extranjeros y están solos” (Save The Children, 2019<sup>339</sup>), factores que el acrónimo pretende invisibilizar y que los acercan a una peligrosa quiebra de sus derechos fundamentales.

## **2.2. La conformación de la opinión pública mediante el uso de la ‘estereotipia’ en los medios**

El estigma social que conlleva la palabra “MENAS” entronca a la perfección con el concepto de ‘estereotipo’ que desarrolló Lippmann a partir de su gran obra *Public Opinion* (1922). El autor sostuvo que la labor de la prensa en la transmisión de la información se basaba en reducir la realidad a estereotipos, entendidos estos como mecanismos mentales que generan imágenes de los seres humanos, de los demás, de sus necesidades y propósitos. Dichas referencias se convertían entonces en herramientas que facilitaban una comprensión rápida y simple de nuestro entorno<sup>340</sup>.

Sin embargo, no se trataba de un entorno real, sino de un “pseudo entorno” creado a partir de una representación sesgada e incompleta del mundo por parte de los medios de comunicación (Lippmann, 2003, p. 33). Un buen ejemplo referido de nuevo a menores extranjeros, lo hallamos en este titular del medio *Voz Pópuli*: “El 'calvario' de los vecinos de la Casa de Campo por un albergue de menas: robos, agresiones y asaltos” (23/12/2022). La noticia informa -sin aportar muchos datos y valiéndose de dos testimonios- de que “los vecinos de la Casa de Campo denuncian que viven una situación constante de inseguridad y miedo por los hechos delictivos de los ‘menas’ que viven en un albergue de la zona”<sup>341</sup>. Otra vez nos encontramos ante una correlación entre menores extranjeros, delincuencia y terror, un trinomio que parece caracterizar la mayoría de discursos del debate público sobre este colectivo (Amnistía Internacional, 2021<sup>342</sup>).

---

<sup>339</sup> Informe recuperado el 3 de abril de 2023 de <https://www.savethechildren.es/actualidad/menas-es-un-estigma-son-ninos-y-ninas-solos>.

<sup>340</sup> Parafraseando al propio Lippmann (2003), el estereotipo no solo ahorra tiempo en una vida ajetreada y defiende nuestra posición dentro de la sociedad (porque facilita una imagen ordenada en la que cada elemento ocupa su lugar en la realidad), sino que tiende a resguardarnos de los desconcertantes efectos de querer ver el mundo estable y en su totalidad.

<sup>341</sup> Noticia recuperada el 8 de abril de 2023 de <https://www.vozpopuli.com/espana/madrid/vecinos-casa-campo-albergue-menas-robos-agresiones-asaltos.html>.

<sup>342</sup> Documento consultado el 7 de abril de 2023 en <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/blog/historia/articulo/menas-desmontando-bulos/>.

Centrándonos precisamente en los medios, Lippmann (2003, p. 41 y ss.) afirmaba que estos actuaban como “meras correas de transmisión entre las élites dominantes y la opinión pública”. De hecho, lejos de percibirlos como un “cuarto poder”, el periodista estadounidense opinaba que ya en esa época se había creado una especie de relación perversa entre el periodismo y los gobiernos. Según esta visión, para acceder a la información los medios necesitaban mantener buenas relaciones con las autoridades. Y estas, a su vez, utilizaban a los medios para promover ciertas interpretaciones de la realidad, es decir, los citados ‘estereotipos’ que una vez proyectados sobre la ciudadanía se convertían en la realidad misma.

En base a todo esto, resulta lógico que Lippmann entendiese a los espectadores como seres pasivos, incapaces de aproximarse a una realidad lejana y compleja; y absolutamente manipulables ante los medios. A estos últimos, el dominio del estereotipo les permitía ejercer tal control sobre la opinión que en lugar de pública, llegó a denominarse despectivamente ‘opinión publicada’ en referencia al pensamiento social dominante gestado y difundido de forma continua por los medios<sup>343</sup>.

Como ocurría también con ‘la teoría de la bala’, una de las consecuencias más graves de la estereotipia en los medios es que esta fomenta la discriminación hacia algunos colectivos como los migrantes, de tal forma que de tanto repetir algunas de sus características (generalmente negativas), la población acaba desarrollando comportamientos hostiles hacia ellos, lo que enlaza a la perfección con la noción de ‘fobotipo’ (Susín Betrán, 2015, De Lucas, 2021) abordada en epígrafes anteriores. En 1999, Vázquez Aguado (p. 56) identificó cuatro grandes estereotipos hacia las personas migrantes en los medios: que son muchos, que es difícil que se integren, que inciden en el incremento de la delincuencia y que favorecen el desempleo de los autóctonos.

Los siguientes titulares que destaca el autor son muy pertinentes: En *El País* del 8 de agosto de 1995 se puede leer: “Efervescencia en el Estrecho. Aumentan los magrebíes que llegan a España de manera ilegal y en seis meses han sido detenidos 431”. Y en *El Mundo*, veinte días después, se observa: “Nueva avalancha de inmigrantes ilegales en el sur de España”.

Por su parte, en la edición del 23 de agosto de *Diario 16* de Andalucía se advierte: “El número de inmigrantes ilegales detenidos en la provincia de Cádiz se ha multiplicado por cinco en lo que va del presente año”. En todos ellos se cumplen los estereotipos citados sobre el volumen de personas

---

<sup>343</sup> Pedro Martínez (2021) explica que fue el expresidente del Gobierno de España, Felipe González, quien popularizó la diferenciación entre opinión pública y publicada, para distinguir entre los que en aquel momento criticaban más duramente la actuación de su Gobierno, “opinión publicada”, y lo que, según su punto de vista, pensaba la mayoría de los ciudadanos, “opinión pública”.

que llegan a nuestro país mediante términos como “efervescencia” o “avalancha”; así como la asociación que establecen entre este colectivo y la delincuencia.

25 años más tarde, dichos estereotipos siguen presentes en muchos medios, por citar algunos ejemplos: “Unos 200 menores que llegaron en la avalancha siguen en Ceuta un año después” (*El Independiente*, 16/05/2022)<sup>344</sup>; “Violento asalto en Melilla: ‘Venían con piedras, palos, barras de acero y hasta una radial’” (*La Razón*, 25/06/2022)<sup>345</sup>; “Los ‘menas’ protagonizan nuevos disturbios en Navarra y atacan con piedras a la Policía Foral”<sup>346</sup> (*Navarra.com*, 15/12/2022); y “Violencia en Año Nuevo genera debate sobre integración de inmigrantes en Alemania”<sup>347</sup> (*DW*, 07/01/2023).

El uso de los términos “avalancha” o “asalto” ponen el foco en una violencia que parece intrínseca a los migrantes (como si la trajeran de sus países de origen) y que hace pensar (como interrelaciona *DW* en su titular) en importantes dificultades de integración en el lugar de acogida, pues el primer contacto que tendrá parte de la población nacional con ellos es una noticia que destaca en su titular que vienen cargados con “piedras, palos y hasta barras de acero” (*La Razón*).

Estos ejemplos nos aproximan al concepto de “inmigracionalismo” que enlaza el sensacionalismo presente en las noticias sobre inmigración con la manipulación informativa tendente a producir miedo, odio o confusión hacia las personas migrantes (Red Acoge, 2019<sup>348</sup>). El “inmigracionalismo” es, a fin de cuentas, una variante del populismo a cuyos efectos perniciosos en la sociedad aludíamos en el segundo capítulo dedicado a la técnica normativa.

Otro de los clásicos clichés sobre migración tiene que ver con la idea de que el establecimiento de gran cantidad de extranjeros ataca la identidad nacional, entendida esta como el sentimiento de

---

<sup>344</sup> Noticia recuperada el 12 de abril de 2023 de <https://www.elindependiente.com/espana/2022/05/16/unos-200-menores-que-llegaron-en-la-avalancha-siguen-en-ceuta-un-ano-despues/>.

<sup>345</sup> Noticia recuperada el 22 de abril de 2023 de <https://www.larazon.es/espana/20220625/aux5zhq3zjcfxgzj46lqiibdhi.html>.

<sup>346</sup> Noticia recuperada el 08 de abril de 2023 de <https://navarra.elespanol.com/articulo/sucesos/menas-protagonizan-nuevos-disturbios-navarra-atacan-piedras-policia-foral/20221215150550450714.html>.

<sup>347</sup> Noticia recuperada el 10 de abril de 2023 de <https://www.dw.com/es/violencia-en-a%C3%B1o-nuevo-genera-debate-sobre-integraci%C3%B3n-de-inmigrantes-en-alemania/a-64312662>.

<sup>348</sup> Manual contra el Inmigracionalismo, elaborado por la organización Red Acoge, recuperado el 13 de mayo de 2023 de [https://redacoge.org/wp-content/uploads/2020/11/Manual\\_Inmigracionalismo\\_2019\\_v1.pdf](https://redacoge.org/wp-content/uploads/2020/11/Manual_Inmigracionalismo_2019_v1.pdf).

pertenencia a un país con unas características histórico-culturales determinadas<sup>349</sup>. Observemos esta pregunta que se lanza en la cadena de radio COPE para iniciar una tertulia vespertina: “¿Necesita España 255.000 migrantes al año para compensar el envejecimiento de la población?” (20/05/2021). Los medios plantean muy a menudo esta cuestión desde una perspectiva utilitaria (como si ciertas personas -los migrantes- fueran objetos que pudiésemos utilizar para lograr un fin, como sería aumentar la población en España) y partiendo de la mencionada diferenciación entre “nosotros” (autóctonos) y “ellos” (extraños que llaman a nuestras puertas, como diría Bauman, 2016). Todo ello se aprecia a la perfección en esta otra noticia de la misma emisora cuyo titular reza: “¿Será el colectivo migrante el chaleco salvavidas para revertir los bajos datos de natalidad en España?”, y amplía la información afirmando que “pese a que algunas corrientes de pensamiento opinan que el mercado laboral se nutriría de este colectivo, expertos consideran que no será el chaleco salvavidas” (21/10/2022)<sup>350</sup>.

Es decir, estamos dispuestos a que nuestra identidad ‘se mezcle’ con otras siempre y cuando nos podamos ‘nutrir’ (como informa el subtítular) de ella obteniendo un beneficio. La realidad, como bien comentan Sedikides y Brewer (2001) es que las identidades individuales y colectivas evolucionan por la interacción entre los seres humanos y sus culturas. Esto no debería suponer una amenaza para las sociedades que acogen, sino una sana dinámica inevitable de la vida. El cambio y la evolución son dos características inherentes a la realidad misma, por lo que en general la interacción cultural y personal “no erosiona, sino que enriquece a todo aquel que decide formar parte de este proceso” (García Magariño, 2019).

Pero este cambio en la percepción social de la inmigración precisa que los ciudadanos no sean considerados (y tratados) como espectadores pasivos moldeables (Lippman, 1922) a merced de los

---

<sup>349</sup> Pocas veces se aborda la identidad nacional desde la compleja perspectiva del que viene de fuera: el migrante que, aunque no conoce todos los códigos de adecuación a la sociedad de acogida, tiene necesidad de integrarse pero también quiere ser reconocido en lo que es, es decir, en "su" cultura -su propia manera de haber integrado las diferentes culturas y subculturas que en él convergen-, desconocida a menudo por los autóctonos con los que ahora convive. Es por esto que pone en marcha un constante esfuerzo de reconocimiento, al mismo tiempo que desarrolla estrategias de adaptación a la nueva cultura en la que vive. Por lo que, al final, se encuentra negociando y construyendo constantemente su propia identidad.

Artículo extraído del dossier pedagógico “Vivre ensemble autrement” perteneciente a la campaña de Educación para el Desarrollo ‘Annoncer la Colour’, iniciativa de la Secretaría de Estado para la Cooperación al Desarrollo de Bélgica. Texto recuperado el 20 de marzo de 2023 de <https://www.fuhem.es/ecosocial/dossier-intercultural/contenido/9%20EL%20CONCEPTO%20DE%20IDENTIDAD.pdf>.

<sup>350</sup> Noticia recuperada el 10 de abril de 2023 de [https://www.cope.es/religion/hoy-en-dia/iglesia-espanola/noticias/sera-colectivo-migrante-chaleco-salvavidas-para-revertir-los-bajos-datos-natalidad-espana-20221021\\_2353972](https://www.cope.es/religion/hoy-en-dia/iglesia-espanola/noticias/sera-colectivo-migrante-chaleco-salvavidas-para-revertir-los-bajos-datos-natalidad-espana-20221021_2353972).



intereses de las élites de poder. No será hasta los años 50 cuando se deje de juzgar a los individuos como elementos aislados en masa, expuestos a los efectos de los mensajes de los medios sin ninguna posibilidad de reacción o crítica.

### **2.3. La influencia del público en los medios de comunicación: concepto y efectos de ‘la teoría de los dos pasos’**

En contraposición a ‘la teoría de la bala’ y a la ‘estereotipia’ de Lippmann, comienza a adquirir relevancia ‘la teoría de la disonancia cognitiva’ (Festinger, 1957), que no solo rechaza la vulnerabilidad de la audiencia, sino que sostiene que los espectadores evitan informaciones opuestas a su ideología y a su predisposición a opinar sobre un tema determinado.

En relación con esto, ‘el modelo de los efectos limitados’ (Lazarsfeld, Berelson y Gaudet, 1944) entendía que los medios de comunicación más que generar nuevas opiniones y actitudes, lo que hacían era reforzar las que ya poseían los individuos. Estos últimos poseen entonces un comportamiento propio frente a los mensajes mediáticos, determinado por una estructura social preexistente, así como por un entorno socio-cultural específico. Ambos elementos modulaban la acción y el grado de los efectos que las noticias de los medios podían generar sobre los ciudadanos (Álvarez Gálvez, 2017).

En el contexto planteado, Lazarsfeld, Berelson y Gaudet (1944) destacan la importancia de las influencias personales sobre los efectos de la comunicación de masas. En su obra *The People's choice* descubrieron que algunas personas presentaban cierta preferencia por el intercambio informal de ideas con sus semejantes, en lugar del uso directo y solitario de los medios de comunicación (sin duda, una acertada predicción de la expansión e importancia que tendrían más adelante las redes sociales entre la ciudadanía<sup>351</sup>).

El hallazgo de Lazarsfeld, Berelson y Gaudet se tradujo en que personalidades relevantes de ámbitos como la comunicación, la religión o el Derecho tenían mayor exposición, interés y comprensión de los mensajes que difundían los medios, por lo que se transformaron en los denominados “líderes de opinión”. El concepto alude a aquellos que, cumpliendo funciones de

---

<sup>351</sup> Según un informe elaborado en 2023 por “Una Vida Online” (a partir de datos proporcionados por We are Social, GlobalWebIndex y El Statista, entre otras), España cuenta actualmente con 40,7 millones de usuarios en redes sociales, lo que supone un 85,6% de la población. A nivel global, se contabilizan más de 4.760 millones de usuarios, esto es un 59,4% de la población mundial. Informe recuperado el 10 de abril de 2023 de <https://unavidaonline.com/estadisticas-redes-sociales/#:~:text=Una%20Vida%20Online-,Mundo,Internet%20en%20todo%20el%20mundo>.

transmisión de información y comunicación, se convierten en una especie de ‘influenciadores’ de los que les escuchan. Se trata de personajes carismáticos y reconocidos que actúan como representantes de grupos. Para poder ser considerado como una voz de prestigio, el líder de opinión ha de comunicar eficazmente sus ideas, con una retórica directa y no demasiado formal, potenciando las ideas más fuertes e intentando crear continuamente vínculos de identificación con el oyente (González Domínguez, 2017).

Katz y Lazarsfeld (1970) detallaron cómo operaban estos ‘influenciadores’ a través de ‘la teoría de los dos pasos’: en una primera fase, los medios lanzaban un mensaje que recibía un tipo de persona en concreto: el denominado líder de opinión (que podía ser un comunicador reconocido, un líder social o religioso e incluso un jurista especializado en la materia). Esta figura filtraba, analizaba e interpretaba esa información para después, en ese segundo “paso”, transmitirla a los demás mediante un estilo característico.

En el ámbito de los medios, afirma Álvarez Gálvez (2017) que el grado de influencia de estos depende, en parte, de la opinión de los periodistas o presentadores en los que se confía o una persona se siente más afin (Álvarez Gálvez, 2017). Veamos un ejemplo específico: Carlos Herrera es uno de los grandes referentes en el ámbito de la comunicación. El locutor de radio dirige y presenta uno de los programas más seguidos por los españoles: “Herrera en COPE” que, según los datos del Estudio General de Medios (EGM) de finales de 2022, congrega a más de dos millones de oyentes cada día. De hecho, Capilla (2015, pp. 31-38) va más allá del concepto de líder y afirma que comunicadores como él son incluso creadores de opinión pública: “La repolitización de la sociedad española desde el inicio de la crisis de 2008 abonó el escenario mediático para que una serie de periodistas marquen profundamente el debate público (...), de esta forma Carlos Herrera ha ocupado completamente el hueco que dejó Federico Jiménez Losantos entre los oyentes conservadores”.

El locutor se ha manifestado en numerosas ocasiones en contra de la inmigración ‘ilegal’ (término que él mismo emplea) en España, como sucedió a raíz de la llegada a España de 630 migrantes y refugiados a bordo del barco humanitario ‘Aquarius’ en 2018.

En una investigación anterior (Niñoles Galvañ y Ortega Giménez, 2020) analizamos cómo en los editoriales que compartió el presentador en aquella época había una fuerte presencia de lenguaje excluyente hacia la población extranjera. Valiéndose, entre otras fórmulas, del uso abusivo de datos sin contrastación estadística y las simplificaciones excesivas, Herrera señaló el ya manido “efecto llamada” que podía ocasionar la acogida del barco humanitario; y a colación de esto, no dudó en

pronunciar lo siguiente: “Cuánta más gente, cuánta más gente se acoja y, además, utilizando y apelando a argumentos humanitarios, más gente se va a echar al mar. ¿Para qué? Para que las ONG las recojan” (COPE, 12/06/18).

En sus editoriales también detectamos numerosas expresiones deshumanizantes que se basaban en el uso de términos despersonalizados o directamente cifras para dirigirse a la población inmigrante: “Ahora ha pasado poco tiempo, es el mismo barco, el mismo tipo de gente” (COPE, 14/08/18); “Los dos mil y pico que han entrado en lo que va de año se van a convertir en muchos más porque, tal y como amenaza Marruecos, hay allí no sé cuántos esperando” (COPE, 15/06/18); o “Ninguno de los 630 va a ser devuelto. Como seguramente de los mil y pico que han llegado a Andalucía” (COPE, 18/06/18).

Siguiendo a Velasco (2008), estos giros retóricos no solo señalan, exagerándolos, el gran número de migrantes que llegan, sino que promueven la idea de hostilidad natural o cultural de los autóctonos hacia los extranjeros (la ya comentada contraposición “nosotros-ellos” de Van Dijk, 2011); y lo nociva que resulta la influencia de estos últimos en las sociedades occidentales.

Sin embargo, en un sentido radicalmente opuesto se situaban los editoriales de Pepa Bueno, su homóloga en la Cadena SER (máxima competidora de la COPE, en particular en la franja horaria de la mañana que conducían respectivamente los dos presentadores). En ellos se apelaba a la dignidad y a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos para mostrarse a favor de la decisión del Gobierno de acoger al ‘Aquarius’ (Niñoles Galvañ y Ortega Giménez, 2020). La periodista resultaba crítica tanto con la normativa europea sobre inmigración como con los que promueven el miedo al extranjero: “Aquí estamos, sin una política europea que pueda llamarse tal y ante la evidencia reiterada de que el efecto llamada no está aquí, sino allí, en África u Oriente Próximo donde la guerra y el hambre seguirán empujando a miles de personas a huir” (SER, 12/06/18).

También fue relevante el empeño de la presentadora en poner el foco en la utilización de un lenguaje inclusivo e igualitario para referirse a la población migrante. Encontramos un ejemplo muy esclarecedor: “Si sumamos todas las personas que han entrado este año a nuestro país de esta forma son 9 mil. Para hacernos una idea, en el estadio de Rusia donde jugó la selección española caben 48 mil personas. Y si miramos a Europa, la llegada de refugiados e inmigrantes ha caído en el último año un 70%. Ni son avalanchas, ni es una invasión” (SER, 18/06/18).

En resumidas cuentas, a diferencia de Carlos Herrera, el lenguaje utilizado por Pepa Bueno ayudaba a entender el fenómeno migratorio no como una amenaza para los gobiernos occidentales, sino como un hecho que contribuye al desarrollo de las sociedades: los migrantes desempeñan un papel crucial en el crecimiento económico, participan en la creación y dispersión del conocimiento, y sobre todo, ayudan a construir países más diversos y plurales.

Teniendo en cuenta estos ejemplos y en base a ‘la teoría de los dos pasos’, se responsabilizaría a los comunicadores líderes de opinión (y no tanto a los medios) de la conformación de la opinión pública sobre temas controvertidos como la inmigración. A aquellos que han de informar o manifestarse sobre el fenómeno ante millones de espectadores se les debe exigir especialización (evitando técnicas que induzcan al engaño o presenten la información sesgada) y educación en derechos humanos. De lo contrario, contribuyen a difundir un discurso que “envenena y siembra la cizaña de tal manera que determinados colectivos -los migrantes o refugiados- pueden resultar privados de un estatus normal e igualitario de ciudadano que disfrute de todos sus derechos fundamentales (...), hasta que se les excluya de la ‘primera clase’ de la ciudadanía y se les relegue a una cierta inferioridad” (Landa Gorostiza, 2018, p. 225).

#### **2.4. El ‘modelo de las 5W’ y ‘la teoría de los efectos nulos’: definición y contraste**

En todas las teorías mencionadas hasta ahora se alude al intento de persuasión por parte de los medios (o de ciertas personalidades); y a cómo sus mensajes difundidos influyen en los comportamientos de la ciudadanía con el objetivo de instaurar una visión dominante sobre asuntos relevantes. Sin embargo, no fue hasta la aparición del ‘modelo de las 5W’ cuando Smith, Lasswell y Casey (1946<sup>352</sup>) profundizaron en el concepto de la persuasión mediática y lo definieron como la capacidad que albergaba una determinada información para convencer a la audiencia.

Este modelo teórico estaría formado por las siguientes variables, que se erigen como las cinco preguntas obligatorias que ha de responder cualquier tipo de información transmitida por los medios: ¿Quién dice Qué, a Quién, a través de Qué canal y con Qué efectos?<sup>353</sup>. Ello implicaba siempre la existencia de un emisor (persuasor) y un receptor (persuadido) por un determinado mensaje que es emitido a través de un canal y que, en última instancia, produce unos efectos (generalmente sobre el sujeto persuadido).

---

<sup>352</sup> Aunque dicho modelo adquirió verdadera popularidad en 1948, cuando Lasswell publicó su artículo “Estructura y Función de la Comunicación de Masas” donde explicaba detalladamente el ‘modelo de las 5 W’.

<sup>353</sup> En inglés original: *Who says What, to Whom, through Which channel with What effect?*

De acuerdo con esto, tal y como explica Álvarez Gálvez (2017), la acción de la comunicación persuasiva buscaba generar nuevas opiniones y actitudes en los individuos, reforzarlas o debilitarlas; o incluso producir desplazamientos sobre estas: por ejemplo, transformar una actitud positiva de los autóctonos hacia los migrantes en una negativa.

En este sentido, se han de destacar los sucesos acaecidos en el municipio almeriense de “El Ejido” en el año 2000: una mujer de 26 años murió apuñalada a manos de un migrante de origen magrebí que intentaba robarle, todo ello unos días después de que dos agricultores falleciesen a manos de otro migrante palestino. La conmoción que provocaron estos sucesos se tradujo rápidamente en lo que fue denominado por los medios de comunicación como “la caza del moro”: vecinos almerienses de El Ejido salieron a las calles de la ciudad “armados con cadenas, palos y hierros” (*ABC*, 08/02/2000) para obligar a la población marroquí a marcharse de allí<sup>354</sup>.

Estos episodios fueron auspiciados en gran medida por la clase política, y los medios de comunicación locales que solían presentar la convivencia entre españoles y marroquíes como “un problema” para la identidad nacional y para el desarrollo de la economía del municipio (Castaño Madroñal, 2000; Río Ruiz, 2002). Cuando estalló el conflicto tras los asesinatos, los medios locales se posicionaron en contra de los nacionales que informaban sobre la violencia que se originó en El Ejido. No solo la negaron, sino que les acusaron de desinformar intencionalmente a la

---

<sup>354</sup> Los medios de comunicación nacionales narraron los hechos sin ocultar ningún detalle (prueba de ello es esta extensa crónica publicada por Constenla, T. (07/02/2000), en el diario *El País* bajo el título de ‘Vecinos de El Ejido armados con barras de hierro atacan a los inmigrantes y destrozan sus locales’. Texto recuperado el 2 de abril de 2023 de [https://elpais.com/diario/2000/02/07/espana/949878022\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2000/02/07/espana/949878022_850215.html)).

Por su parte, Simón (2020) simplifica acertadamente en qué consistieron las acciones de los vecinos de El Ejido: durante varios días, armados con barras de hierro y bates de béisbol, incendiaron carnicerías Halal, locutorios, una mezquita, viviendas y chabolas de los trabajadores migrantes de los invernaderos de El Ejido. Además, organizaron patrullas para lesionar, insultar y amedrentar a sus vecinos marroquíes, también marcaron con pintadas racistas las calles, incendiaron coches para cortar el tráfico e impedir así que pudieran acudir agentes de la policía y periodistas que trataban de informar de lo que se conoció como un evidente caso de una “razia”, entendida esta como una incursión en territorio enemigo para saquear o destruir sus recursos y menguar el ánimo de la población correspondiente.

ciudadanía<sup>355</sup>. Pero lo cierto es que los sucesos fueron considerados como “el primer brote xenófobo en España” (Simón, 2020) y “uno de los brotes de violencia racista más importantes de las últimas décadas en la Europa Occidental” (*ABC*, 22/03/2010).

De acuerdo con Simón (2020), para la transmisión del virus del odio o la hostilidad hacia un colectivo determinado no hay detonante más persuasivo que mensajes sencillos que responden a las citadas 5 W de forma clara y concisa: el emisor (la élite de poder representada en este caso por los medios) se dirige a un receptor específico (los autóctonos de la zona) para difundir un mensaje sin ambages (los migrantes son un problema porque vienen a violar a las mujeres y a robarnos el trabajo) mediante un canal accesible para todos. Basta recordar el hecho de que varios empresarios locales tenían reservados espacios de opinión en medios locales donde se ya habían manifestado en contra de la frustrada reforma de la Ley de Extranjería que permitiría votar a los migrantes en las elecciones municipales, (Río Ruiz, 2002); y con el efecto evidente de crear un clima de intimidación o amenaza hacia la población extranjera en el enclave andaluz<sup>356</sup>.

En las antípodas del paradigma de Lasswell se encontraría ‘la teoría de los efectos nulos’ que propuso Kappler (1960). Según este modelo, los medios de comunicación de masas no ejercían ningún tipo de efecto notable sobre las actitudes de la población receptora que se veía más bien condicionada por otros factores sociales y psicológicos. Lo cierto es que resulta muy significativa una de las conclusiones a las que llegó el autor con respecto a los asuntos que resultan esenciales para los individuos, es decir, aquellas que suponen “una fuerte implicación del yo y que se ejemplifican perfectamente en las raciales y religiosas” (Roda, 2001, p. 95). El mismo autor resume

---

<sup>355</sup> Obsérvese este fragmento extraído del espacio de opinión “Las calles de Babilonia” (Canal 33/ informativo nocturno del 8 de febrero) y que destaca Río Ruiz (2002) en su investigación:

[Otra cosa que no querría que se me quede en el tintero. Lo que no podemos y no queremos tolerar es las palabras de la presentadora de Tele 5, Doña Ángeles Barceló. Mire usted señora Barceló en Almería, en El Ejido, no ha habido nadie, absolutamente nadie que haya venido con una furgoneta cargada de armas, que se haya paseado por Las Norias con la furgoneta cargada de armas, que haya tomado parte en las manifestaciones con la furgoneta cargada de armas. Eso no es cierto: esa es otra de las mentiras que las personas que han venido de fuera se han dedicado lanzar durante estos días, como si se tratara de barro sucio, contra los habitantes de El Ejido y contra la provincia de Almería. No ha habido armas, ha habido algún palo, sí señor, yo los he visto. No le llame usted armas a dos personas que estaban en el tejado con dos fusiles de esos de feria, que ni tomaban parte de la manifestación, ni se estaban interesando por la manifestación. Lo que ocurre es que el helicóptero de ustedes captó que había varias personas más en ese tejado, pero repito que ni formaban parte de la manifestación, ni se estaban metiendo con nadie”].

<sup>356</sup> Veinte años después, las condiciones de integración y convivencia entre la población española y marroquí en El Ejido no parecen haber mejorado. En las elecciones municipales de 2019, el partido de extrema derecha VOX se convirtió en uno de los más votados por los almerienses.

que, “al ser centrales en la definición de la identidad, presentan una resistencia especialmente fuerte a los intentos de persuasión” de agentes externos como serían los medios de comunicación.

Esto vendría a significar que si un individuo es racista (Cortina -2017- explica que, biológicamente, nuestro cerebro lo es; y nuestra principal tarea es educarlo en igualdad en dignidad y derechos de todos los seres humanos<sup>357</sup>), no se verá influenciado por aquellos medios que presenten el fenómeno migratorio de forma positiva. Por ejemplo, con noticias y datos que expliquen los beneficios que supone la llegada de extranjeros para la economía nacional o el enriquecimiento personal y social que conlleva vivir en un entorno intercultural. Tampoco si se viese expuesto a medios más proclives a la antiinmigración, aunque en este último caso parece obvio que vería reforzados o quizá consolidados sus pensamientos.

## **2.5. Utilidad y satisfacción de los mensajes mediáticos en la audiencia: ‘la teoría de los usos y gratificaciones’**

Paralelamente a la aparición de las teorías analizadas que aún hoy nos sirven para explicar el efecto y las consecuencias que las informaciones mediáticas producen en la población, Álvarez Gálvez (2017) explica que surgieron otros modelos que en lugar de poner el énfasis en cómo los medios influían en las personas, se centraban en el uso que ellas hacían de los medios.

En este contexto emergería ‘la teoría de los usos y gratificaciones’ que buscaba responder al interrogante de cuáles eran los motivos que llevaban al público (independientemente de su ideología) a consumir determinados productos audiovisuales. Katz, Blumler y Gurevitch (1974) entendieron que los ciudadanos tenían un rol activo en la selección de aquellos medios que podían satisfacer sus distintas carencias, es decir, no importaba cuán poderoso fuese un medio, puesto que

---

<sup>357</sup> La autora comparte pensamientos como el de Eagleman (2013), que afirma que el racismo y la xenofobia son elementos consustanciales al ser humano, los impulsos más bajos de nuestra naturaleza. Los dos autores parten de que es lógico que prefiramos a los que tienen el mismo aspecto o hablan como nosotros. Eagleman (2013, p. 224) considera que “aunque sea algo despreciable, es corriente sentir aversión por los foráneos”, porque “el trato con lo familiar aporta seguridad biológica y lo extraño produce inseguridad e incomodidad” (Cortina, 2017, p. 73). Sin embargo, que exista dicha predisposición a ser hostil o rechazar lo diferente, no implica estar determinado a actuar en ese sentido, “porque el cerebro también está dotado de una enorme plasticidad que nos permite modularlo y en él convergen otras tendencias que podemos reforzar para reducir e incluso eliminar esas fobias”, (Cortina, 2017, p. 74). La más importante en este caso sería precisamente la tendencia a cuidar de otros.

si no satisfacía las necesidades de un usuario, no tendría impacto en él<sup>358</sup>. De este modo, la información se comprendía como una necesidad personal que precisaba de satisfacción<sup>359</sup>. Así, Katz, Gurevitch y Haas (1973) establecieron cinco clases de necesidades que los medios eran capaces de cubrir:

- 1) Necesidades cognoscitivas: relacionadas con el refuerzo de información, conocimiento y comprensión.
- 2) Necesidades afectivas: relacionadas con el refuerzo de experiencias emocionales y de placer.
- 3) Necesidades integradoras a nivel de la personalidad: relacionadas con el refuerzo de confianza, credibilidad y estabilidad individual.
- 4) Necesidades integradoras a nivel social: relacionadas con el refuerzo de contacto con la familia, amistades y el mundo.
- 5) Necesidades de evasión: relacionadas con el deseo de diversión y relajación de tensiones.

La satisfacción de necesidades afectivas de la población podría explicar el triunfo del Brexit en Reino Unido. La directora del Observatorio de la Migración de la Universidad de Oxford, Madeleine Sumption, declaraba en una entrevista que el Brexit tuvo éxito porque “la inmigración se

---

<sup>358</sup> A partir de los estudios de Lundberg y Hulten (1968), Edith Sánchez (2022) sintetiza a la perfección las principales características de este modelo:

- Las audiencias son activas, no pasivas. Responden de manera diferenciada a lo que les ofrecen los medios de comunicación.
- Cada miembro de la audiencia decide la pertinencia del medio. Cada “receptor” decide si el medio le ofrece los usos y las gratificaciones que particularmente requiere.
- Los medios compiten. La única fuente de satisfacción de necesidades no son los medios, ni un medio en particular. Por lo tanto, se compite por la atención de la gente.
- La gente es consciente de lo que busca. Quizás no sabe por qué, pero sí sabe qué quiere a la hora de buscar un medio y no otro.
- El significado cultural de los medios de comunicación lo determina el público.

<sup>359</sup> Tiempo después aparecerá un modelo que se asemeja bastante a ‘la teoría de los usos y gratificaciones’: ‘la teoría del cultivo’ que descubrieron George Gerbner y Larry Gross entre la década de los sesenta y setenta. La principal conclusión que extrajeron los investigadores es que los individuos que más expuestos estaban a la influencia de la semántica de los medios de comunicación (es decir, los que más los consumían) serían aquellos sobre los que el efecto de ciertos mensajes transmitidos podía ser mayor; y entonces los receptores acabarían interpretando la realidad en concordancia a la representada en los medios. Por lo tanto, los ciudadanos eligen voluntariamente consumir diversos medios (tal y como proclamaba ‘la teoría de las gratificaciones’) pero, según ‘la teoría del cultivo’, algunos lo hacen durante un tiempo superior al resto de la audiencia. De tal forma que esa mayor exposición implica que lo que se repita continuamente (por ejemplo, la inmigración es un problema) se traduce en el desarrollo de pensamientos alineados con esa presentación mediática del fenómeno.



convirtió en el centro del debate”<sup>360</sup>. Investigaciones desarrolladas por diversos autores como la de Sánchez-Montijano y Sánchez Margalef (2016) analizaban cómo la inmigración se transformó en un arma arrojada utilizada por los partidarios del Brexit -políticos y ciertos medios de comunicación- para convencer al resto de la población sobre la necesaria salida del Reino Unido de la UE, justo en un momento en el que las encuestas señalaban la preocupación de los británicos ante la inmigración que provenía de la UE<sup>361</sup>. De acuerdo con estos autores, solo un mes después de que los ‘brexiteers’ colocaran el fenómeno migratorio en el centro de sus agendas, una encuesta llevada a cabo por el grupo Ipsos revelaba que la migración se había convertido en uno de los factores claves a la hora de decidir el voto en el referéndum sobre la permanencia en la UE.

De la misma opinión era González Enríquez (2016) quien sostenía que “la inmigración provocó un malestar importante, manipulado, deformado y agigantado por medios de comunicación y por políticos irresponsables” cuyas informaciones apelaban directamente a las emociones de la ciudadanía. Siguiendo a Villa Gómez et al., (2020, p. 22), los medios pueden promover “movilizaciones” a favor o en contra de una de las partes de un conflicto (Unión Europea vs. Brexit), “exacerbar emociones, moldear actitudes patrióticas e identificar a un grupo como víctima de un enemigo específico”.

A modo de ejemplos de lo comentado, obsérvense algunas portadas con las que abrían varios rotativos ingleses el 31 de enero de 2020, cuando se materializó la salida definitiva del Reino Unido de la Unión Europea: el *Daily Express* titulaba “Sí, ¡lo hicimos!”, el *Daily Mail* anunciaba un “nuevo amanecer para Reino Unido”, mientras que *The Sun* apostaba por “Nuestro tiempo ha llegado” y apuntaba que “tras 30 años de resistencia, por fin el gran pueblo de Reino Unido había conseguido convertir el Brexit en realidad”<sup>362</sup>.

A partir de dicha movilización de emociones (efervescencia del sentimiento nacional mediante el uso del plural inclusivo -Sí, lo hicimos-, el juicio moral positivo de aquellos que han apoyado el

---

<sup>360</sup> Entrevista llevada a cabo por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Texto recuperado el 1 de abril de 2023 de <http://www.uimp.es/actualidad-uimp/madeleine-sumption-el-brexit-gano-porque-la-inmigracion-se-convirtio-en-el-centro-del-debate.html>.

<sup>361</sup> “La inmigración, entre lo que más preocupa a los británicos” (30/04/2015), *La Vanguardia*. Texto recuperado el 10 de abril de 2023 de <https://www.lavanguardia.com/politica/20150430/54430962929/la-inmigracion-entre-lo-que-mas-preocupa-a-los-britanicos.html>.

<sup>362</sup> “Las portadas de la prensa británica para despedirse de la UE el día del ‘brexit’” (31/01/2020), *El Periódico*. Texto recuperado el 8 de abril de 2023 de <https://www.elperiodico.com/es/internacional/20200131/prensa-britanica-portadas-dia-brex-31-enero-2020-7829525>.

Brexit -El gran pueblo de Reino Unido-), se genera un efecto utilitario que permite a los ciudadanos satisfacer ciertas carencias afectivas. Y también se cubren aquellas de carácter social que se corresponden con la necesidad de pertenencia a un grupo concreto (los ‘brexiteers’) o de integrarse en un proyecto común de gran envergadura (el Brexit).

Todo ello con la promesa a la ciudadanía más euroescéptica de blindar el Reino Unido ante la inmigración, un compromiso que años después, no se ha cumplido. Siguiendo a Maza (2022), el porcentaje de personas migrantes que llega ahora a Reino Unido no es menor, sino diferente, pues tras el divorcio con la UE, la entrada de los no comunitarios se ha disparado y la concesión de visas a trabajadores ha aumentado un 25% con respecto a 2019: “El gran crecimiento proviene del resto del mundo. El número de visas otorgadas a paquistaníes ha aumentado un 255% desde 2019; las de nigerianos, un 415%; las de indios, un 164%”.

Los partidarios del Brexit defendían que la marcha de la Unión era la única vía para mantener el control de sus fronteras, recuperar su ‘grandeza’ identitaria y emprender (como proclamaban entre otros *The Daily Telegraph*) un camino en el que las aspiraciones y deseos de los británicos ocuparían, de nuevo, el centro de las políticas gubernamentales (satisfacción de necesidades afectivas de la población).

Como hemos observado, lo único que parece haber sucedido es que se ha restringido -y por ende, debilitado- la garantía de un derecho inherente al ser humano como es la libertad de movimiento.

Por otra parte, hemos de detenernos brevemente en las necesidades integradoras en el ámbito de la personalidad (relacionadas con el refuerzo de confianza, credibilidad y estabilidad individual) que, según ‘la teoría de los usos y gratificaciones’, los medios también podían satisfacer. En España, una de las leyes de extranjería más polémicas fue, sin duda, la LO 8/2000 (LOEx) que implicó un marcado retroceso en el reconocimiento y protección de los derechos de los migrantes que se hallaban en situación irregular. Lo más relevante, como ya se ha explicado en páginas anteriores, es

que dicha ley reinstauró (la LO 7/1985 lo estableció en su momento) un procedimiento preferente de expulsión en 48 horas para los casos de permanencia ilegal de extranjeros en nuestro territorio<sup>363</sup>. El objetivo del entonces gobierno presidido por José María Aznar era acabar con el irreconciliable binomio “inmigración-delincuencia” (en sus propias palabras) que se acrecentaba aún más en un momento de crecimiento económico del país que lo situaba en una situación “atractiva” para los de “fuera”. Durante la época de los 2000, el líder del Partido Popular ligaba la sensación de inseguridad social que según él percibían los españoles con una cifra alta de inmigrantes “irregulares” que vivían en España. Recordemos estas declaraciones de Aznar en el Parlamento: “Los datos del primer trimestre del año demuestran un descenso de la delincuencia y la criminalidad en nuestro país. Señorías, el 89% de los presos preventivos en este primer trimestre son inmigrantes” (25/04/2002)<sup>364</sup>.

De ahí la necesidad de expulsar (u obstaculizar), mediante la nueva LOEx, a los que no podían regularizar su situación. De esta forma, se lograría una mayor estabilidad social (e individual) y un refuerzo de la confianza y credibilidad de los ciudadanos en las instituciones, puesto que estas priorizaban a los de “dentro” sobre los de “fuera”. Es decir, en cierta forma una satisfacción de las necesidades de integración personal que proponía ‘la teoría de los usos y gratificaciones’.

Como ya ocurrió con el Brexit, esta medida, más allá de la censurable restricción de los derechos de los migrantes, no logró reducir el porcentaje de aquellos que se hallaban en situación irregular (Bárbulo, 2004) que, en ningún momento, supuso menos del 30% del total de la población

---

<sup>363</sup> La estrategia del Gobierno se basó desde el primer momento no solo en acabar con la inmigración ilegal que estaba muy asentada en nuestro país, sino en ignorar a las personas que formaban parte de este fenómeno. En su discurso de investidura, Aznar pronunció las siguientes palabras al respecto: “Nuestra realidad demográfica, así como la evolución del mercado laboral, hacen que España necesite un creciente número de inmigrantes. Ahora, precisamente, no podemos olvidar que en otros tiempos muchos españoles salieron de nuestras fronteras para trabajar y ganarse la vida. Hemos de prepararnos para ser un país de acogida, conscientes de que quienes vienen a trabajar contribuyen a nuestra prosperidad y enriquecen nuestra sociedad”. VII Legislatura - Discurso de investidura de José María Aznar López (25/04/2000). Texto recuperado el 13 de marzo de 2023 de [/https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/presidentes/investiduras/Paginas/25042000\\_InvestAznar.aspx](https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/presidentes/investiduras/Paginas/25042000_InvestAznar.aspx)).

Toda una declaración de intenciones que contrasta con la modificación de la LOEx que se llevó a cabo un tiempo después, donde no hubo ni rastro de acogida o integración de personas extranjeras; y sí una política voluntarista del Gobierno de creer y hacer creer a los ciudadanos que el inmigrante irregular no existía... eliminándolo.

<sup>364</sup> Expresiones recogidas en esta noticia publicada por el diario *El País*. Texto recuperado el 7 de abril de 2023 de [https://elpais.com/diario/2002/04/25/espana/1019685605\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2002/04/25/espana/1019685605_850215.html).

extracomunitaria que vivía en España. Y, aunque resulta difícil saberlo puesto que no se suele contar con cifras oficiales que detallen la migración ‘ilegal’, los profesores Cebolla Boado y González Ferrer (2008) detallaron en un informe que en la mayor parte del período entre 1999 y finales del 2000, esta se mantuvo por encima del 50 por ciento.

Con todo, la imagen de “inmigración-delincuencia”, que tanto defendió el Gobierno<sup>365</sup>, se sobrerrepresentaba y cultivaba en los medios de la época, hasta el punto de que Aierbe (2002) sostenía que realmente fue una “creación mediática”. Observemos algunos titulares publicados el 3 de enero de 2002:

“Interior atribuye a la inmigración el aumento de la criminalidad en más de un 9%” (*El País*). La entrada además comienza con la siguiente afirmación: “Aumentan los delitos porque sube la población de hecho en España debido a la inmigración”.

“Interior destaca que la mayoría de los homicidios del 2001 fueron ajustes de cuentas entre extranjeros” (*El Mundo*).

En línea con esto, Bañón Hernández (1996, pp. 27-28) subrayaba la dependencia del discurso periodístico hacia los textos generados por los representantes de las distintas administraciones públicas, lo que “garantiza la perdurabilidad de la interacción entre los medios y los aparatos políticos”. De tal manera que dicha posición de privilegio puede hacer que el periodista que narra unos hechos “coopere con sus fuentes y haga descaradamente suyas argumentaciones y/o expresiones de políticos, aunque las mismas resulten desvirtuadoras” de la cuestión que se esté tratando, esto es el ya citado periodismo declarativo. Una idea que entronca con la definición que hacía Lippmann (2003, p. 41 y ss.) sobre los medios como “correas de transmisión entre las élites dominantes y la opinión pública”.

¿Qué es lo que interesa a las élites políticas que se comente y se piense sobre la migración? Quizá que las personas en situación irregular aumentan las cifras de delincuencia y fomentan la inseguridad ciudadana, que claramente constituyen dos de las principales preocupaciones que los

---

<sup>365</sup> Resulta notoria una intervención del ministro del Interior, Jaime Mayor Oreja, tras los sucesos acaecidos en El Ejido, en la que afirmó sin ambages: “La inmigración es el problema número uno para la convivencia en España durante la próxima década. Si ETA es un problema del siglo XIX, la inmigración será la piedra angular de la convivencia”. Bárbulo (2004) entiende que estas declaraciones fueron la escenificación de un cambio radical en el enfoque que el Ejecutivo había dado hasta el momento al fenómeno migratorio: “Con aquella breve liturgia, el Ministerio del Interior arrebató las competencias sobre los extranjeros al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, y la inmigración comenzó a ser tratada como un asunto de competencia policial”. Declaraciones del ministro del Interior, Jaime Mayor Oreja, recuperadas el 7 de marzo de 2004 de [https://elpais.com/diario/2004/01/31/espana/1075503623\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2004/01/31/espana/1075503623_850215.html).

ciudadanos desean resolver (que bien podrían corresponderse con las necesidades integradoras tanto individuales como sociales de ‘la teoría de los usos y gratificaciones’).

Por lo tanto, siguiendo dicha teoría, si los medios transmiten un problema que los políticos parecen haber identificado, esto es, que ‘la inmigración ilegal trae consigo delincuencia y violencia’, por lo que ‘si eliminamos la inmigración ilegal o dificultamos el asentamiento de las personas migrantes en nuestros países para que renuncien a emigrar, solucionaremos esos problemas’. Entonces, ‘sin inmigración ilegal -o en general sin inmigración- hay más seguridad, estabilidad y bienestar’, y así tendremos una sociedad satisfecha que confía plenamente en sus dirigentes; y estos, a su vez, manejarán las grandes cuestiones políticas según sus intereses y, junto a los medios, controlarán los pensamientos y comportamientos de los ciudadanos, a saber, el debate público.

Al final, teorías mediáticas de esta época como ‘la teoría de la aguja hipodérmica’, la ‘estereotipia’ de Lippmann o la de ‘los usos y gratificaciones’ sirven para poner el foco en que el control directo sobre el discurso es, por encima de todo, “un control indirecto sobre las mentes de las personas, dado que estas adquieren y confirman sus actitudes e ideologías étnicas esencialmente a través del discurso” (Van Dijk, 2009, p. 158). Aunque los españoles puedan tener sus propias experiencias personales con los inmigrantes, la base de estas y, por ende, de su percepción hacia ellos se halla en los discursos públicos a los que han sido expuestos de manera reiterada y, en ocasiones, sin ser del todo conscientes (Van Dijk, 2009). Esto, a fin de cuentas, significa una afectación de la libertad mental de la ciudadanía que no deja de ser una manifestación de su derecho fundamental a desarrollar libremente su personalidad (art. 10 CE), como de la garantía de su integridad psíquica (art. 15 CE).

## **2.6. Las investigaciones mediáticas de finales del siglo XX: ‘la teoría de la agenda setting’, ‘la teoría de la espiral del silencio’ y ‘la teoría del framing’**

Finalmente, en las últimas décadas del siglo XX aparecen una serie de teorías cuya continua aplicación práctica las ha convertido en las más relevantes en el ámbito actual de la comunicación: ‘la teoría de la agenda setting’ (McCombs y Shaw, 1972); ‘la teoría de la espiral del silencio’ (Noelle-Neumann, 1974); y ‘la teoría del framing’ (Entman, 1993).

Con respecto a la primera, ‘la teoría de la agenda setting’<sup>366</sup> (o establecimiento de la agenda<sup>367</sup>) se basa en la idea de Cohen (1963) acerca de la importancia de los medios de comunicación, no para decirnos qué pensar, sino para indicarnos sobre qué pensar. De modo general, la agenda-setting se estructura a partir de tres agendas que se relacionan entre sí: la agenda-setting de los medios, la agenda-setting pública y la agenda-setting política. Con respecto a la primera, McCombs y Shaw (1972) sostenían que la influencia de los medios en la sociedad se produce porque son los periodistas los que determinan qué asuntos poseen interés informativo, cuánto valor les otorgan (número de titulares y páginas que les dedican, o la duración y la franja horaria en la que estos se transmiten en el caso de los medios audiovisuales); y cómo es tratada la información en sus páginas. Por lo que también dejan ocultos temas o incluso fuera de la opinión pública (lo que, como veremos, se relaciona con la espiral del silencio de Noelle-Neumann). Dicha idea se traduce principalmente en que la sociedad otorgará relevancia a unos temas más que a otros, en función de la agenda que los medios fijen.

Por su parte, la “agenda-setting del público” mide la importancia que tiene la selección de determinados temas entre la audiencia o público (lo que preocupa a la gente); y la “agenda-setting política” se refiere a las respuestas y propuestas que ofrecen los grupos políticos y las instituciones sociales sobre determinados temas que son objeto de debate público y que, en parte, aparecen en las agendas de los medios o en las del público (Rodríguez Díaz, 2004, p. 17).

El proceso de vinculación entre las tres sería el siguiente: los medios configuran los temas de “interés general” para la audiencia, esta les concederá relevancia en función de la cobertura que hayan tenido en los medios y algunos hasta los seleccionarán como “Problemas Más Importantes” (PMI) o asuntos sobre los cuales demandarán una respuesta por parte de la clase

---

<sup>366</sup> Desde esta perspectiva, se ha planteado también la ‘agenda melding’ (McCombs et al., 2014) en la que se analizan los vínculos de la agenda vertical y la agenda horizontal entre los medios de comunicación y las redes sociales (entendidas estas como nichos de audiencia y de consumo informativo). Frente a la hipótesis de la agenda-setting, que sugiere que son los medios de comunicación tradicionales los que establecen la agenda de cuestiones importantes para los públicos mayoritarios, la ‘agenda melding’ apunta a que son los propios públicos los que se confeccionan la agenda de lo importante mezclando las informaciones y sugerencias de los medios con otras de su propia elección a través del consumo de redes sociales y suscriptores diversos.

En esta línea, hemos de subrayar también el desarrollo en los últimos años de la *network agenda setting*, que analiza las relaciones entre dos hechos o temas y cómo estos se interrelacionan con el paso del tiempo (Vargo et al., 2014).

<sup>367</sup> El nombre que se otorga a ‘la teoría de la agenda-setting’ procede de la concepción de que los medios determinan qué asuntos poseen interés informativo y cuánto espacio e importancia les dan. Por ello, se entiende que establecen la agenda de la actualidad.

política (Rodríguez Díaz, 2004, p. 18). Posteriormente, estos serán trasladados a los gobiernos que deben responder diseñando estrategias y políticas públicas para su resolución.

A continuación, veamos un ejemplo práctico en el que se aprecia la vinculación e influencia entre las tres agendas a partir del trinomio migración-delincuencia-seguridad:

Tirado-Espín et al., (2020) -al igual que otras investigaciones anteriores como la de Puertas Cartón y Samper Seró, 2016) identifican como PMI la delincuencia/inseguridad ciudadana a partir del ingreso regular e irregular de inmigrantes en el territorio. Este hecho lo corroboran con el gran número de noticias que han publicado los medios asociando estos fenómenos. Aquí, Igartua y Muñiz (2004, p. 2) explicaban que los medios crean una especie de correlación ilusoria al asociar las minorías étnicas con acontecimientos de carácter negativo, a través de una “estrategia discursiva” establecida en tres etapas:

(a) se realiza una polarización general entre “nosotros” (autóctonos) y “ellos” (extranjeros), (b) se mantiene una predilección por una variedad de “problemas” de los cuales son acusados los inmigrantes (culpabilización de los que a veces son incluso “víctimas” de los mismos); y finalmente, (c) los medios toman preferencia por un pequeño conjunto de temas negativos (planteando la inmigración como invasión, ataque o amenaza y asociándola a violencia, terrorismo y/o desintegración social). Todo lo anterior puede derivar en la creación y/o mantenimiento de determinados estereotipos (Lippmann) y prejuicios sobre los inmigrantes, como el clásico ‘Los inmigrantes son malos porque vienen a robarnos’.

En este sentido, resulta ilustrativo este ejemplo extraído de una investigación sobre xenofobia y periodismo llevada a cabo por Cardoso Carballo (2001): el diario *La Verdad* de Murcia titulaba "Una patrulla sorprende a un argelino que ofrecía hachís a los jóvenes de un colegio de Cabezo de Torres" (15/01/2000). Sin embargo, el desarrollo de la información ofrecía dos versiones de la noticia. Por un lado, la versión policial que es la que figuraba en el titular y, en segundo lugar, otra versión muy distinta que emitía la dirección del centro: "La dirección del colegio Antonio de Nebrija ha negado rotundamente que el arrestado fuese sorprendido mientras hablaba con algún alumno o que les ofreciese drogas". A pesar de contar con dos versiones sobre los mismos hechos, el periodista opta por aquella que seguramente tendrá un mayor impacto social y la coloca en un llamativo encabezado. La otra, probablemente con mayor base de verosimilitud, ya que es el colegio quien llama por teléfono a la policía, queda en un segundo plano entre la información.

Algo similar ocurría con el titular de *El Mundo* que destacábamos en páginas previas: “La Policía Municipal dismanteló este pasado lunes una guarida de ex menas en Madrid” (04/01/2023). En el cuerpo de la noticia se informaba que en dicho “refugio” se habían hallado, entre otras cosas, “papeles escritos en árabe” (y se adjuntaba una fotografía de los mismos) sin incluir una posible traducción que aclarase por qué el periodista había decidido resaltar ese dato en concreto. Además, la noticia terminaba recordando a los lectores que a lo largo de 2022 y 2021 se habían contabilizado más de 15 denuncias por hechos delictivos cometidos por menores extranjeros no acompañados de la Casa de Campo (centro gestionado por la Fundación Antonio Moreno). Y, como colofón, se añadía: “La Comunidad de Madrid paga al año a la Fundación Antonio Moreno un total de 2.601.000 euros por la gestión del centro de menas con una capacidad máxima de 55 menores”.

La conclusión a la que parece llegar el texto es que pese al dinero público (al que contribuyen todos los ciudadanos) que se invierte en el sostenimiento de estos niños extranjeros, ellos terminarán robando y destrozando el lugar que les ha acogido (en este caso, Madrid); y, por tanto, perjudicando a los madrileños. De nuevo, se aprecia el inseparable trinomio migración-delincuencia-inseguridad. En base a esto, se entiende que Puertas Cartón y Samper Seró (2016), entre otros, subrayen la vinculación existente entre el número de noticias publicadas en la prensa nacional de mayor divulgación y el porcentaje de encuestados por el CIS que determinan que la inmigración constituye un importante problema. Además, planteamientos acordes con la perspectiva de la agenda-setting de los medios que plantea que el énfasis puesto en ciertas cuestiones puede generar la denominada ‘alarma social’ en la agenda-setting del público. Esta idea la vemos reflejada después en el número de encuestados por el Centro de Investigaciones Sociológicas (CIS) que entiende que la inmigración y la criminalidad están relacionadas (2014). De hecho, Puertas Cartón y Samper Seró (2016) explican cómo destaca especialmente el barómetro de septiembre de 2006, en el que el 59% de los encuestados colocaba la inmigración como el principal problema de la sociedad española, por delante incluso del paro que suele estar en cabeza.

Por su parte, el último informe del CIS que medía la actitud de los españoles hacia los (in)migrantes (septiembre de 2017) mostraba que el aspecto negativo que más destacaban los nacionales sobre la inmigración era que causaba “más problemas de inseguridad y delincuencia” (21% del total de las respuestas, a la que seguía con un 13,3% la contestación “problemas de integración e imposición de su cultura”)<sup>368</sup>.

---

<sup>368</sup> Informe consultado el 15 de diciembre de 2022 en [https://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3160\\_3179/3161/es3161mar.pdf](https://www.cis.es/cis/export/sites/default/-Archivos/Marginales/3160_3179/3161/es3161mar.pdf).



Ante tal escenario, es lógico que la clase política reaccione reconociendo que la migración es uno de los principales problemas que ha de afrontar nuestro país (agenda política). Un ejemplo claro es la estrategia discursiva seguida por políticos como el ex alcalde de Badalona, Xavier García Albiol, quien se ha caracterizado siempre por priorizar la inmigración en su discurso político, además de lograr que sus rivales resalten esa relevancia, puesto que todos dicen estar en contra de su polémica visión (Puertas Cartón y Samper Seró, 2016). Controvertidas fueron algunas de sus declaraciones como candidato al municipio de Badalona en la campaña de 2011: “Los rumanos son una plaga y suponen una lacra para la ciudad” o sobre la comunidad paquistaní: “En su país quizá sea normal vender comida caducada y tener la carne a la venta conviviendo con gusanos, pero en Badalona esto se ha acabado”.

A partir de las definiciones descritas de las tres agendas, se concluye que los medios de comunicación poseen la capacidad de plantear los temas sobre los que pensarán los individuos (migración = problema), dando origen a qué opinarán y cómo se relacionarán con ellos (migrantes = delincuentes que abusan de nuestros recursos y generan inestabilidad). Esto, a su vez, será el origen de cómo la agenda política aborde este fenómeno; y, sobre todo, explicará la razón de por qué los gobiernos tratarán de influir -y determinar en la medida de lo posible- el establecimiento de la agenda-setting de los medios que da inicio a todo el proceso comentado.

Con respecto al segundo de los modelos citados, ‘la teoría de la espiral del silencio’, Noelle-Neumann (1974) parte del supuesto de que la sociedad amenaza con el aislamiento y la exclusión a los individuos que se desvían del consenso social. Los ciudadanos, que tienen miedo a la marginación (aunque no siempre se den cuenta de ello), tienden a comprobar constantemente qué opiniones y modos de comportamiento son aceptados o rechazados en su entorno (Martínez Fernández et al., 2017). Por ello, cuando la gente percibe que se encuentra en minoría, suele adoptar una actitud precavida -que muestra debilidad al exterior- y silencia sus pensamientos sobre un asunto determinado. Esta situación se mantiene hasta que la opinión mayoritaria se impone y la minoritaria se convierte en ‘tabú’ o directamente desaparece (Noelle-Neumann, 1974).

Ahora bien, según esta autora el clima de opinión pública vendrá determinado por los medios de comunicación, que son los responsables de su conformación mediante el establecimiento de la

agenda-setting, entre otros elementos<sup>369</sup>. Así, según Noelle-Neumann, los medios limitarán la percepción de los fenómenos sociales mediante la presentación de una serie de factores que suelen ser los mismos, mientras que otros nunca serán expuestos. Evidentemente, esto dificultará una conciencia crítica de la ciudadanía para desarrollar juicios independientes<sup>370</sup>.

En definitiva, se trata de un proceso en espiral que dificulta (o, mejor dicho, acalla) el surgimiento de opiniones y puntos de vista alternativos (Álvarez Gálvez, 2017), lo que nos recuerda la vulneración de derechos y libertades de ciertos colectivos que generaba el uso de “neolenguas” (Bauman, 2008) en el lenguaje jurídico. Sin embargo, Noelle-Neumann recuerda que el problema de “la espiral del silencio” no solo estriba en que desaparecen puntos de vista diferentes al mayoritario, sino que se omite a personas y acontecimientos (o sus aspectos positivos a la vez que se realzan los negativos) porque los medios no hablan sobre ellos (en parte como consecuencia de la aplicación de la agenda-setting).

Una muestra de todo esto la hallamos en la representación mediática de las mujeres migrantes y refugiadas. Revilla Guijarro (2019) considera que los medios “invisibilizan” a este tipo de mujeres en informaciones de carácter positivo, pues los asuntos con los que se las asocia generalmente poseen consecuencias negativas: desempleo, trata de personas, violencia de género (“Una mujer dominicana, la primera víctima de violencia de género de 2019”, *ABC*, 4/01/2019). También se las presenta como madres, víctimas o simplemente cifras (esto último también suele suceder con la migración en general): “Una mujer da a luz a gemelos tras llegar en patera a Motril con otros 158 embarcados” (*El País*, 7/01/2019); “Rescatados cien inmigrantes en el mar, entre ellos 14 mujeres y tres niños” (*ABC*, 3/04/17).

En línea con esto, cabe destacar el caso de las migrantes musulmanas que es incluso más grave: en un estudio reciente en el que se analiza la presencia de estas mujeres en la prensa italiana, Giardina y Márquez-Lepe (2021, p. 23) concluyeron que en general se habla de ellas como un “problema”

---

<sup>369</sup> Ha de recordarse que el auge de Internet ha comportado una disminución del peso de los medios de comunicación en la formación de la agenda y, por ende, de la opinión pública. Asimismo, las redes sociales (especialmente Twitter y Facebook) facilitan la divulgación de opiniones minoritarias, así como de datos (reales o falsos) que las sustenten y que pongan en cuestión los puntos de vista defendidos por el *statu quo* (Figueroba, 2017).

<sup>370</sup> Noelle-Neumann (1993) explicaba que la opinión mayoritaria suele ‘hablar fuerte’ en público porque sabe que tiene a los medios a su favor. Se trata de la denominada ‘función unificadora’ que estos poseen y que se basa en que proveen al público de palabras, razones e incluso elementos retóricos que permiten a los que interpretan la realidad, tal y como ellos la presentan, expresarse muy fácilmente (con seguridad y sin titubeos) en una conversación.

para la nación a la que llegan, pues o son víctimas a las que se ha de socorrer o son esposas sumisas a merced de la voluntad de sus maridos o de una religión opresiva de la que deben ser salvadas.

En relación con la “espiral del silencio” de Noelle-Neumann, resulta significativo uno de los resultados de la investigación citada: el discurso mediático sobre las mujeres migrantes musulmanas ha estado elaborado fundamentalmente por periodistas masculinos, blancos y occidentales.

Del total de noticias analizadas (925), solo un 5% las escribieron periodistas de nacionalidad extranjera, como ocurre con las noticias sobre inmigración en general (Van Dijk, 2011), y solo el 24% las escribieron mujeres (Giardina y Márquez-Lepe, 2021, p. 24).

A partir de los ejemplos expuestos, se entiende entonces a las mujeres como sujetos pasivos a las que la “estrategia de estereotipación” que llevan a cabo los medios “distorsiona” su realidad y las excluye de las actividades sociales a las que sí tienen acceso los hombres (Revilla Guijarro, 2019). En suma: mujeres incapaces de tomar las riendas de su vida o de construir historias de éxito en los países de acogida en los que se establecen, personas que acaban “enterradas” por la espiral del silencio.

Otro ejemplo con respecto a la omisión de determinada clase de información por parte de los medios se refiere a los delitos de odio, sobre todo en lo concerniente a la figura del *hate speech* donde los periodistas desempeñan un papel relevante a la hora de identificar este tipo de discursos e informar a la audiencia sobre ellos (Guy Berger, 2020). Desde que nos adentramos en el estudio de este tipo penal hace ya más de cuatro años, nos pareció preocupante comprobar que los medios de comunicación nunca hacían uso -ni recomendaban a la ciudadanía su utilización- de herramientas jurídicas (por ejemplo, el test de relevancia de riesgo en el que profundizaremos en capítulos posteriores<sup>371</sup>). Estas son necesarias para verificar si el hecho del que informaban podía ser constitutivo de un delito o se quedaba en la zona difusa de los discursos odiosos.

Es indudable la complejidad que supone cotejar los supuestos que se plantean con los parámetros establecidos por dicha prueba de umbral, pero también es evidente que muchos de los casos que la prensa tilda como manifestaciones de discurso de odio no serían tan siquiera un abuso de la libertad de expresión.

---

<sup>371</sup> Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorándum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto íntegro recuperado el 2 de enero de 2023 de <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-%20recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

Observemos estas dos noticias relacionadas con la problemática del campamento de refugiados establecido en Arguineguín (Las Palmas) en 2020: “No descansar hasta expulsar al moro invasor: dos años de cárcel por incitar al odio en las redes” (*El País*, 22/4/2021). En este titular, de nuevo se aprecia el empleo de los términos “delito de incitación al odio”, a pesar de que la condena todavía no es firme. Y aunque a lo largo de la información se alude al discurso de odio punible en el art. 510.1 CP, en ningún momento se menciona la intencionalidad de la conducta, tampoco el examen previo del ejercicio legítimo de libertad de expresión que han de realizar los tribunales... ni los indicadores del test de relevancia de riesgo que tienen que pasar obligatoriamente las expresiones en cuestión.

Otro ejemplo interesante, y completamente opuesto al anterior, lo hallamos en la noticia difundida por el medio Antena 3 en la que informa sobre la tensión vivida en el muelle de Arguineguín mediante el uso del verbo ‘increpar’: “Un grupo de 80 jóvenes increpa a unos inmigrantes que se alojaban en un hotel de Arguineguín, en Canarias”.

En este caso, la cadena opta por presentar los hechos de forma neutra sin alusiones al tipo penal concreto en el que se encuadrarían las actuaciones. Tampoco incorpora valoraciones personales que pudiesen inducir a la audiencia a pensar en una determinada dirección. Dado el prolífico debate existente en la doctrina en torno a la naturaleza e interpretación de los delitos de odio, se debe exigir a los medios de comunicación que se hagan eco de estas dificultades y las trasladen a la ciudadanía para que cuando estos se topen con noticias que titulan: “El Parlamento canario rechaza el ‘discurso de odio’” (*Europa Press*, 27/4/2021), no se omita ningún elemento que nos permita tomar conciencia del enorme entramado jurídico-penal que acompaña a esta figura.

Pese a todo lo anterior, hemos de recordar que “la espiral del silencio” no es inmutable ni afecta a todas las personas por igual. La existencia de investigaciones académicas o proyectos periodísticos que evidencien la escasa presencia de mujeres migrantes en informaciones positivas o que denuncien la falta de especialización de los medios a la hora de informar sobre discursos de odio constituyen instrumentos útiles para romper “la espiral del silencio” que rodea a ciertos temas de interés público. Asimismo, se ha de tener en cuenta que una opinión o pensamiento minoritario puede convertirse en mayoritario en un breve periodo de tiempo y debido, en parte, a la actual “efervescencia” de Internet y las redes sociales (Figueroba, 2017).

En el contexto planteado también adquiere especial relevancia ‘la teoría del framing’, que para Sádaba Garraza (2001, p. 170372) “posee una función estructuradora del mundo”. El modelo se basa en los encuadres noticiosos que utilizan los medios para decidir cómo y qué información debe conocer el público, lo que condiciona la percepción de los receptores sobre los eventos de la sociedad multicultural. Para algunos autores el concepto contemporáneo del framing (o encuadre) se entendería como una extensión natural de ‘la teoría de la agenda-setting’, enlazando con la idea de la existencia de un segundo nivel dentro del establecimiento de la agenda. Es decir, los medios de comunicación no solo indican sobre qué asuntos pensar o fijan la agenda (primer nivel de la agenda), sino que también influyen en cómo se piensa sobre dichos asuntos -segundo nivel- (Igartua y Muñiz, 2004).

Sin embargo, en los últimos años ha nacido una nueva interpretación, establecida por aquellos autores que proponen al framing como un paradigma con entidad propia. Entman (1993, p. 52) ya señalaba que el proceso de encuadrar significa seleccionar “algunos aspectos de la realidad percibida, haciéndolos más sobresalientes en el texto comunicativo, de tal manera que consigan promover una definición del problema particular, una interpretación causal, una evaluación moral y/o una recomendación de tratamiento para el asunto descrito”. Basándose en el estudio del concepto y clasificación de *frames* en el ámbito periodístico, Lawlor y Tolley (2017) distinguen los siguientes encuadres predominantes en el análisis mediático del fenómeno migratorio: a) economía, b) impacto económico de admitir inmigrantes/refugiados, c) etnicidad, d) el origen etnoracial, nacional o religioso de estas personas, e) derechos, f) diálogo sobre los derechos individuales otorgados a inmigrantes/refugiados, g) seguridad desde el punto de vista de la nación receptora, h) posibles amenazas a la seguridad por la admisión de inmigrantes / refugiados, i) acceso y uso de servicios estatales por los migrantes/refugiados, j) discusión sobre la validez, legitimidad o merecimiento de estas personas.

Este último *frame* es perceptible en la forma en la que los medios han abordado la invasión rusa en Ucrania que ha obligado a abandonar el país a más de 8 millones de personas (ACNUR, 2023<sup>373</sup>). Para hacer frente a esta situación, los miembros de la UE acordaron, por primera vez en su historia,

---

<sup>373</sup> Informe actualizado mensualmente por ACNUR, recuperado el 14 de mayo de 2023 de <https://www.acnur.org/noticias/acnur-un-ano-de-la-invasion-rusa-la-inseguridad-obstaculiza-las-intenciones-de-retorno-de>.

activar la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001 de protección temporal<sup>374</sup> que suponía, por un lado, que en situaciones de llegada intensiva de personas al territorio de la Unión Europea, estas pudiesen gozar de manera rápida y garantista de un mínimo nivel de protección y de derechos básicos por un periodo de hasta 3 años (evitando el colapso propio de los sistemas de asilo). Por otro lado, la Directiva pretendía fomentar la solidaridad entre los Estados miembros para la acogida de personas que huyen de conflictos armados.

Esta actuación de la UE ha sido ampliamente criticada porque la crisis de refugiados ucranianos guarda semejanzas con la de los sirios y, sin embargo, ahora la respuesta de la UE sí se ha basado en la puesta en marcha de una política de fronteras abiertas promovida por la discriminación de trato en función del origen y la nacionalidad (es decir, ucranianos sí, sirios no). Todo esto parece confirmar los dobles estándares de una Europa que parece decirle al mundo que no trata a todos con igualdad (Garcés-Mascareñas, 2022).

A modo de ejemplo, observemos el tinte positivo que caracteriza, a primera vista, noticias transmitidas por la cadena COPE sobre la acogida de ucranianos en España: “Más de 3.000 refugiados ucranianos ya trabajan en España“ (19/05/2022), “Primera Navidad agridulce para los ucranianos refugiados en España“ (20/12/2022); o “Soldados ucranianos heridos vendrán el sábado a España para ser tratados” (12/01/2023). En las informaciones que acompañan a los encabezados, la cadena no duda de que las personas que llegan sean, efectivamente, refugiados aunque no se les haya reconocido todavía esa condición, comenta las dificultades a las que se enfrentan cientos de ellos que pasan fechas tan señaladas como la Navidad alejados de sus familias e incluso comunica cierto orgullo de que la sanidad española cuide a grupos de soldados heridos en guerra.

Sin embargo, cuesta encontrar noticias que pongan el foco en aspectos positivos y enriquecedores sobre la llegada de otro tipo de refugiados a España. Por ejemplo, la misma cadena el 26 de junio de 2022 titulaba: “Ascienden a 23 los migrantes fallecidos en el salto a la valla de Melilla, según Marruecos”, y el pie de foto de una noticia aludía, otra vez, a los “migrantes” que lograron saltar dicha valla. En este caso, ¿cómo está tan segura la emisora que entre esas personas no había ninguna que fuese un potencial refugiado?

---

<sup>374</sup> Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida. Recuperado el 11 de abril de 2023 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32001L0055>.

Por no centrarnos únicamente en este medio, rescatamos este otro titular de un hecho sobre el que se informó en la emisora Onda Cero: “Más de 600 inmigrantes asaltan la frontera de Ceuta en un nuevo salto masivo” (06/06/2018). Volvemos a hacernos la misma pregunta: ¿cómo es que la cadena conoce que todas las personas que intentaron entrar en territorio español eran inmigrantes y ninguna refugiada o apátrida?

En línea con lo anterior, Magallón Rosa (2021) aclara que si bien los migrantes pueden ser representados en los medios en términos económicos -enfaticando la (no) contribución a la riqueza del país de acogida- los refugiados, además, cuentan con un doble problema en el imaginario de los medios: pueden ser relacionados con amenazas a la seguridad nacional; y se les suele atribuir un uso abusivo de los programas de ayuda social. Si las llegadas de refugiados a menudo se describen utilizando términos como “invasión”, “flujos” u “olas” es porque ya sugieren que las políticas existentes no proporcionan suficiente seguridad en las fronteras de un país y no se puede controlar ni la afluencia de personas ni, por supuesto, su acogida y mantenimiento (Magallón-Rosa, 2021, p. 66). Todo ello se aprecia en los siguientes titulares que hemos recuperado:

“Ochenta subsaharianos entran a la fuerza en Melilla espoleados por la avalancha de Ceuta” (*ABC*, 2021). Destacan, a su vez, los términos “a la fuerza” y “avalancha” para ilustrar peligro, violencia, inseguridad...

“Avalancha migratoria en Ceuta: tiendas cerradas por miedo a saqueos y pedradas contra la Guardia Civil” (*El Confidencial Digital*, 2021). Se repite la palabra “avalancha” y se incita indirectamente al “miedo” que ha de tener la población originaria.

En base a todo esto, y de acuerdo con ‘la teoría del framing’ los periodistas enfocarían la realidad proporcionando al público una manera de interpretar los hechos y, sobre todo, una forma de comportarse ante ellos: si se presenta la inmigración como un problema para la sociedad, los individuos la percibirán también como un problema con el que habrán de lidiar en su día a día.

## **2.7. Reflexiones finales sobre el estudio del fenómeno migratorio desde la óptica de las teorías de la comunicación**

De la interpretación de las teorías mediáticas analizadas debemos subrayar, en primer término, la influencia que poseen los medios en la percepción de los ciudadanos sobre las realidades que les relatan. De tal forma que la comunicación eficaz de ciertos mensajes seleccionados previamente (agenda-setting), bajo un enfoque específico (*framing*), posee el poder de penetrar en las mentes de

los individuos como ‘una bala’ o ‘aguja hipodérmica’; y esto implica consecuencias directas en la forma de comportarnos ante determinados fenómenos.

En el marco de la labor de servicio público que realizan los medios (esencial para vivir en una democracia real y garantista), las palabras que escojan para elaborar sus informaciones han de ser fieles al hecho que narran y respetuosas e inclusivas con respecto a sus protagonistas, dado que “la información constituye un bien social para todos (...), no un simple producto o mercancía” (García Avilés, 2015, p. 293). En este sentido, en ‘la teoría del cultivo’ Gerbner y Gross (1976) ya advirtieron que cuánto más tiempo dediquen los espectadores a consumir medios, el efecto de las noticias publicadas será más intenso; lo que podría llevarles a interpretar la realidad en concordancia a la representada. Así sucedía en el ámbito de la técnica normativa e interpretación jurídica cuando se aludía a que las leyes configuran la vida de los ciudadanos, y los operadores que interpretan el entramado normativo tienen la capacidad de influir en una mayor o menor protección de los derechos; y orientar (o desorientar) las conductas de los sujetos titulares de los mismos.

En el ámbito mediático, si la representación de cuestiones de interés público -como la migración- se lleva a cabo de forma polarizada, mediante el uso de un lenguaje excluyente; desoyendo a algunos colectivos y omitiendo los derechos que les corresponden (nutriendo así una “espiral del silencio” perversa y perdurable en el tiempo, Noelle-Neumann, 1993), más sencillo resultará que la ciudadanía asimile que los migrantes son un problema o una amenaza para la estabilidad de las sociedades que los acogen.

En suma, los nacionales se convencerán de que ese “pseudo entorno creado en base a una imagen sesgada e incompleta del mundo por parte de los medios” (Lippmann, 2003, p. 33) es real; y decidan actuar en consonancia: ignorando a los que llegan, rechazándolos o lo que sería más peligroso: expulsándolos para que desaparezcan.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, en el ámbito jurídico poníamos en valor la defensa de un Derecho constitucional “beligerante” (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2021, p. 121), dada su condición de derecho de Igualdad y de Libertad. Pero una convivencia pacífica, tolerante, intercultural si cabe, requiere mucho más que el Derecho actúe para defender a los más vulnerables; exige, de acuerdo con Cortina (2016), “humanizar las relaciones entre las personas en la vida cotidiana, cultivando entre ellas el diálogo”. Por ello, consideramos que los medios de comunicación, como espacios generadores de debate (herramienta básica del diálogo), han de poner en práctica un periodismo comprometido con el desarrollo libre e igualitario de los ciudadanos a los



que se dirigen; un periodismo, ciertamente, beligerante en el reconocimiento y promoción de los derechos fundamentales para todas las personas.



## CAPÍTULO IV. EL DERECHO A UNA COMUNICACIÓN PÚBLICA LIBRE EN LA CONFIGURACIÓN DE LA CONCEPCIÓN JURÍDICO-SOCIAL DEL MIGRANTE

La función de la libertad de expresión es liberarnos del cautiverio de los miedos irracionales.

LOUIS BRANDEIS

### 1. Introducción: la ambivalencia de la libertad de expresión como núcleo de interés público

En el proceso de construcción jurídico-social del concepto de migrante, hemos sido testigos del poder de las palabras para crear realidades (‘ilegales’ o ‘irregulares’), y para ampliar o reducir la protección de sus derechos (‘refugiados’ vs. ‘inmigrantes’). Pero concretamente, ¿qué derechos se ven afectados por el empleo de determinado lenguaje en las políticas migratorias? A algunos hemos aludido con frecuencia a lo largo de esta investigación: la dignidad como fundamento del orden político-social (art. 10 CE), la igualdad del ser humano con independencia de su color, etnia o nacionalidad (art. 14); o la libertad de movimiento (art. 19 CE).

Sin embargo, la libertad en su modalidad de expresión (art. 20 CE) desempeña un papel trascendental en este proceso de configuración de las personas, pues puede actuar como medio para estigmatizarlas (qué términos escojo para designar a alguien o para entablar relación y hablar sobre él a los demás). O incluso convertirse en el objetivo de la vulneración (‘efecto desaliento’ que sufre, en este caso, el titular migrante del derecho a la libertad de expresión que decide no ejercerlo por temor a las represalias).

Además, para los tribunales la libertad de expresión -junto a la de información- se erige como “*fundamento esencial de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su evolución*” (STEDH, de 23 de abril de 1992, *asunto Castell*). Precisamente, en esta sentencia el TEDH señala que “*la libertad de prensa proporciona al público uno de los mejores medios para descubrir y formar una opinión sobre las actitudes de sus líderes*”; y -añadiríamos- sobre los fenómenos y las personas que les rodean.

La reciprocidad de la libertad de expresión e información ofrece a los políticos, a los medios de comunicación y a la sociedad en general (gracias también a la transformación digital, lo que supone

que vivamos desde hace tiempo en la denominada “Sociedad Red”<sup>375</sup> -Castells, 1998, p. 350-) la oportunidad de “*reflejar y comentar las preocupaciones de la opinión pública*”, por lo que “*permite que todo el mundo participe en un debate público libre que está en el mismo centro de la sociedad democrática*”<sup>376</sup>.

De ese debate entre políticos y ciudadanía -con la participación crucial de los medios descifrando y acercando los mensajes de los poderes del Estado- fructificarán las concepciones sociales predominantes sobre problemas y retos para un determinado país. Por citar algún ejemplo, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) estimó que para 2050 abandonarán su país en torno a 1000 millones de personas debido al cambio climático que, según Naïr (2016), se erige a día de hoy como la primera causa de migración en el mundo. Parece lógico pensar que la difusión de informaciones y opiniones -y los términos que se utilizan en ellas- sobre

---

<sup>375</sup> Definida por el sociólogo como “la nueva estructura social de la Era de la información, basada en redes de producción, poder y experiencia” (1998, p. 350 y ss.). Por su parte, Uriarte y Acevedo (2018, p. 35) señalan que la “Sociedad Red” alude a “un ámbito en constante transformación que incide a la vez que se retroalimenta de cambios en percepciones, actitudes y comportamientos, convirtiendo a los ciudadanos, organizaciones y mercados en propulsores individuales de cambios colectivos tan vertiginosos como imprevisibles”.

<sup>376</sup> STEDH, de 23 de abril de 1992, *asunto Castell*.

desafíos como este (o sobre otros más recientes como la declaración del estado de emergencia migratorio en Italia<sup>377</sup>) determinará, en buena medida, cómo los afrontarán las sociedades futuras<sup>378</sup>.

En concreto, la libertad de expresión ha alcanzado un potencial considerable debido al impacto de la globalización tecnológica, que permite una mayor facilidad para expresar opiniones de manera abierta, bucear en cantidades abundantes de información y conocimientos, así como servir de altavoz a todo tipo de personas, ideologías y creencias (June Orenge, 2022). Independientemente de los retos que conlleva el uso reiterado de las tecnologías digitales, es evidente que ahora el poder de la palabra para influir y convencer a los demás es más intenso que nunca.

Pese a ello, se ha de recordar que este derecho no posee un carácter absoluto y entra en conflicto constantemente con el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18 CE). En resumidas cuentas, con la privacidad. En esta especie de pugna entre dos derechos fundamentales, adquiere especial interés el honor de colectivos que puede ser vulnerado mediante discursos de incitación al odio, la violencia y la discriminación hacia ellos (art. 510 CP). Utilizar las palabras para menoscabar su consideración como personas, su identidad al fin y al cabo, también afectaría al desarrollo de la libertad personal de estos grupos y a la salvaguarda de su integridad física y psíquica, vertientes íntimamente relacionadas con el radio de protección del derecho al honor.

---

<sup>377</sup> El Gobierno italiano, liderado por la ultraderechista Giorgia Meloni, decretó en abril de 2023 el estado de emergencia migratorio para los próximos seis meses ante el incremento de flujos migratorios que estaban llegando al país. Su entrada en vigor posibilita llevar a cabo actuaciones urgentes como aumentar y acelerar las estructuras habilitadas para repatriar migrantes que no tengan derecho a permanecer en suelo italiano, según han avanzado medios italianos como el diario *La Repubblica*: ‘Migranti, il governo dichiara lo stato d’emergenza e riduce la protezione speciale. Cosa cambia adesso’ (12/04/2023). Texto recuperado el 15 de abril de 2023 de [https://www.repubblica.it/cronaca/2023/04/12/news/migranti\\_governo\\_stato\\_di\\_emergenza\\_protezione\\_speciale\\_ridotta-395792331/?ref=RHVS-BG-I383319435-P1-S8-T1](https://www.repubblica.it/cronaca/2023/04/12/news/migranti_governo_stato_di_emergenza_protezione_speciale_ridotta-395792331/?ref=RHVS-BG-I383319435-P1-S8-T1).

<sup>378</sup> Por el momento parece que los países europeos no están sabiendo hacer frente a los problemas derivados del cambio climático, donde dar respuesta a las necesidades de los denominados ‘refugiados ambientales’ se erige como una de las prioridades más urgentes. La 27ª Conferencia de las Partes (COP27) de la Convención Marco de Naciones Unidas para el Cambio Climático -que se celebró en Egipto en noviembre de 2022- reveló que no había sido suficiente la ayuda destinada por la Comisión Europea “*para ayudar a los países menos desarrollados y los pequeños Estados insulares en desarrollo a reforzar su resiliencia frente a los efectos del cambio del clima*” (como afirmaba su propia declaración de intenciones). Según el examen realizado por el Tribunal de Cuentas Europeo, tampoco se cumplió la promesa de invertir 100.000 millones de dólares (alcanzada en la COP15) para paliar los efectos causados por el cambio climático.

Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo con arreglo al artículo 287, apartado 4, segundo párrafo, del TFUE, recuperado el 16 de abril de 2023 de <https://www.eca.europa.eu/es/Pages/DocItem.aspx?did=63424>.

Aquí la tarea de los tribunales no es sencilla: han de dirimir las fronteras entre el derecho a la libertad de expresión y a la privacidad; y las consecuencias de proteger o castigar ciertos comportamientos para el aseguramiento del bienestar de la sociedad y para la formación de la opinión pública libre, garantía de nuestra democracia.

En suma, la ambivalencia y complejidad de la libertad de expresión nos obliga a ahondar en ella en las páginas siguientes. Trataremos, pues, de aproximarnos a su definición, a la íntima conexión con la libertad de información; y a los límites al ejercicio de ambas. Todo ello desde una perspectiva constitucional aunque con alusiones a los ámbitos penal y civil que recogen, fundamentalmente, los castigos previstos para el abuso de dichas libertades. Además, teniendo en cuenta la abundante jurisprudencia nacional y europea que existe sobre la materia, únicamente espigaremos las áreas de mayor interés.

El objetivo no es otro que seguir profundizando en la relación entre el lenguaje y los derechos, y cómo el primero interviene en la protección y garantía de los segundos.

## **2. El derecho a una comunicación pública libre como fundamento de la democracia: especial referencia a los profesionales de la información como sujetos titulares**

A la hora de analizar la relación entre los derechos a la libertad de expresión e información, primero debemos referirnos a la noción de ‘derechos fundamentales’. Entre otros, Solozábal (1991) y Abati García y Sixto García (2019) entienden que estos derivan de la dignidad humana y se corresponden con un conjunto de facultades imprescindibles para el individuo en su desarrollo como persona. Por tanto, desde una dimensión subjetiva los derechos fundamentales constituyen una proyección personal ligada a la dignidad que conforman un núcleo esencial irrenunciable, “un estatuto jurídico de los ciudadanos tendente a garantizar su libertad y autonomía en todos los sectores del ordenamiento jurídico” (Abati García y Sixto García, 2019, p. 2). En el plano objetivo, estos derechos se entienden como “el consenso de las diferentes fuerzas sociales que ha de servir como presupuesto para la construcción de una sociedad democrática y pluralista” (Abati García y Sixto García, 2019, p. 3).

Efectivamente, la libertad de expresión e información son derechos fundamentales que aparecen reconocidos en el art. 10.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH), donde se aboga por un concepto amplio de libertad de expresión que incluye la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o

ideas<sup>379</sup>: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa”*.

En base a ello, nuestra Norma Suprema constitucionaliza ambos derechos en el mismo artículo:

*“20.1. Se reconocen y protegen los derechos:*

*a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*

*d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”*.

Las dos libertades se engloban bajo la denominación de ‘comunicación pública libre’ y se erigen como exigencia insoslayable de la democracia, en palabras de Solozábal Echevarría (1991): “No hay democracia si no existen estas libertades” (p. 140). Esto es así porque el Tribunal Constitucional afirmó en su STC 6/1981 que *“el art. 20 de la Constitución (...) garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas hueras las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1, apartado dos, de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política”*.

De acuerdo con Álvarez Conde y Tur Ausina (2021), los principios admitidos en el constitucionalismo occidental y que caracterizan la existencia de una comunicación pública

---

<sup>379</sup> El reconocimiento universal de estas libertades como exigencias más elementales de la convivencia social, y garantías para el respeto a la dignidad de la persona humana se aprecia desde su reconocimiento en el art. 19 DUDH (1948): *“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*. Posteriormente, en el art. 19 del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de 1966, también se observa la íntima conexión entre la libertad de información y expresión que va a caracterizar, a lo largo del tiempo, la configuración legal de estos derechos inalienables: *“1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*.

auténticamente libre son la prohibición de censura previa (*freedom from prior restraints*<sup>380</sup>), la exigencia de resolución judicial para que pueda acordarse el secuestro de cualquier medio de información; y los límites establecidos en el art. 20.4 CE que abordaremos más adelante.

Con respecto a los titulares de estos derechos, se entiende que su ejercicio pertenece a todo el mundo (Aba Catoira, 2002), pero la cualidad de ciertos sujetos supone un mayor grado de protección del derecho (Presno Linera, 2019). Así sucede con los profesionales de la información a los que los tribunales definen como “*perros guardianes de la democracia*”<sup>381</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional ya aseveró en su STC 165/1987, de 27 de octubre, que estas libertades alcanzan un valor preferente cuando son los periodistas quienes las ejercen “*a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, que es la prensa, entendida en su más amplia acepción*”. No obstante, esta preeminencia también conlleva mayor responsabilidad moral y jurídica en quien realiza la información (Aba Catoira, 2002).

En este sentido, la relación entre ‘opinión pública’, ‘democracia’ y ‘libertad de expresión’ se explica a través de la siguiente correlación: los medios producen opinión pública y esta constituye un decisivo factor democrático. Así lo afirma el TC en reiteradas sentencias (SSTC 104/1986, 159/1986, 165/1987, 197/1991, 132/1995 y 19/1996), en las que entiende que tanto la libertad de expresión como la de información garantizan un interés constitucional: “*La formación y existencia de una opinión pública libre*<sup>382</sup>, *garantía que reviste una especial trascendencia ya que, de ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y*

---

<sup>380</sup> Explican Álvarez Conde y Tur Ausina (2021) que históricamente la libertad de expresión constituyó una de las primeras conquistas del constitucionalismo liberal. Esto se corresponde con lo que William Blackstone denominó como *freedom from prior restraints*, es decir, ausencia de censura previa. En línea con esto, se ha de mencionar la denominada libertad de imprenta, a la que prácticamente se reducía la libertad de expresión, y que era suspendida con frecuencia. Tampoco eran aislados los casos de secuestros de publicaciones y de cierres de periódicos.

<sup>381</sup> Véase dicha mención en sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como asunto *Sunday Times*, de 26 de noviembre de 1991, asunto *Servied*, de 23 de septiembre de 1994; y asunto *Goodwin*, de 27 de marzo de 1996.

<sup>382</sup> De manera sucinta, su concepto alude a una forma de pensar compartida por gran parte de los miembros de una sociedad, que incluye pretensiones normativas sobre asuntos socialmente relevantes y que surge como resultado de un proceso de discusión en ámbitos públicos (Saavedra López, 1993). El TC ha manifestado en numerosas sentencias que se trata de “*una institución política fundamental, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático*” (STC 12/1982, de 31 de marzo).



*democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos, ha de ser también informado ampliamente de modo que pueda tener opiniones diversas e incluso contrapuestas”.*

Teniendo en cuenta este argumento, cuando las autoridades nacionales deban adoptar medidas para disuadir a la prensa de ofrecer información sobre asuntos de legítimo interés público, “*los tribunales deben ejercer un cuidadoso escrutinio de la proporcionalidad de tales medidas*” (STEDH, asunto *The Observer y The Guardian c. Reino Unido*, de 26 de noviembre de 1991).

No obstante, pese al importante papel que los medios desempeñan en el proceso de consolidación democrática, a día de hoy no podemos olvidar las complejas relaciones que mantienen con los poderes político y económico, que los han convertido en una especie de cuarto poder más insidioso que aquellos (Ferrajoli, 2016)<sup>383</sup>. En lugar de haberse transformado en portadores de ciertos intereses o en instrumentos de los poderes públicos, privados u ocultos con el riesgo incluso de sustituir a los poderes del Estado, estos deberían actuar como un “contrapoder que condiciona e influye en el ejercicio del poder mismo” (Álvarez Conde y Tur Ausina 2021, p. 411). De hecho, para el TEDH se erigen como sujetos todavía más importantes que un poder: “*No es que la prensa tenga la tarea de informar, sino que la opinión pública también tiene derecho a recibir esa información. Si fuera de otro modo, la prensa no podría desempeñar su función vital de perro guardián*” (caso *Ziembinski contra Polonia*, de 5 de octubre de 2016).

Ahondando en esta responsabilidad, Dovifat (1959, p. 3 y ss.) entendía a los medios como “un órgano de la democracia (...) siendo parte responsable de su florecimiento y decadencia”. Una prensa libre es un componente esencial de la democracia porque garantiza la pluralidad y la libertad, “de manera contraria, los medios pueden contribuir a la decadencia o enfermedad del sistema democrático si no consideran el servicio al ciudadano como su insignia” (Marta-Lazo et al., 2007, p. 15).

---

<sup>383</sup> En su obra *Principia Iuris* (vol. II), el jurista italiano reflexiona sobre las consecuencias de la propiedad y control de los medios, y su lucha de poder con las élites económico-políticas: “Independientemente del conflicto de intereses en el que puede degenerar la concentración de los medios de información en las manos de un particular, equivale por eso a una apropiación privada de la arena pública y, por tanto, a una limitación de la libertad de pensamiento y de información y a un atentado contra el pluralismo que está en la base de la democracia política. Con ello resulta deformado el debate político, trastocado el derecho a la información y expedita la vía para la manipulación de las noticias y las conciencias”.

Esto es así porque la información periodística desempeña “un papel estratégico en el proceso de construcción del discurso público y en el ejercicio de las funciones ciudadanas, tales como conocer la realidad del entorno, contribuir a la formación de la opinión pública y participar plenamente en la vida política y social” (García Avilés, 2016, p. 7). Dicha facultad que poseen los periodistas para formar y alimentar la existencia de una opinión pública no significa que deban informar de todo y valiéndose de cualquier método para ello, sino que proporcionen al público un conocimiento de la realidad tan certero y honesto que redunde en una mejor capacidad de elección.

La pregunta que debemos plantearnos a continuación es cómo han de hacerlo. García Avilés (2016, p. 4) sostiene que el periodista “puede aportar valor a la comunidad con un sinfín de acciones: generando debate, moderando, sopesando confianza y autoridad, planteando preguntas, comprobando hechos, haciendo accesible la información y presentándola adecuadamente”. Gervasio Sánchez (2015<sup>384</sup>) va un poco más allá al entender que las premisas que deben guiar la trayectoria de cualquier periodista, con independencia del medio (público o privado) en el que trabaje, son la denuncia de las arbitrariedades y una defensa férrea de las personas estigmatizadas, excluidas y vulnerables. Para López Linares (2023), el periodismo posee tal poder que incluso pueden liberarlas de esas etiquetas, especialmente a los migrantes que son los que más las sufren<sup>385</sup>.

Estas funciones se traducen, al fin y al cabo, en un compromiso de respeto y promoción de los derechos humanos, de los valores de dignidad e igualdad que propugna nuestro sistema constitucional. En efecto, Jarvis (2015, p. 32) subrayaba la responsabilidad de los periodistas como “facilitadores, educadores, organizadores y defensores, con la misión de aportar valor a las relaciones en lugar de limitarse a fabricar una mercancía”. Por su parte, Ramón Reig (2009) reconocía el papel de los medios como educadores en derechos y democracia (“mito fundacional del periodismo” para Díaz-Nosty, 2015, p. 15), puesto que los mensajes que difunden se convierten en “armas” que “intentan educar a los ciudadanos en los valores que se desean preservar. Dichos valores conformarán el entorno cultural de una civilización” (Ramón Reig, 2009, p. 405).

De ahí la exigencia a los medios de comunicación y a los periodistas para que lleven a cabo una labor de servicio público responsable, más si cabe teniendo en cuenta la reflexión que hacía Eloy

---

<sup>384</sup> Noticia recuperada el 3 de marzo de 2023 de <https://www.noticiasdenavarra.com/mundo/2015/01/11/hice-periodista-denunciar-acompanar-defender-2930989.html>.

<sup>385</sup> Noticia recuperada el 3 de marzo de 2023 de <https://latamjournalismreview.org/es/articles/la-migracion-debe-cubrirse-desde-angulos-que-ayuden-a-desestigmatizar-a-las-personas-en-movilidad-dicen-expertas-en-seminario-web/>.

Martínez (2004), quien estaba convencido de que el periodismo es el refugio de los sensatos: “En los tiempos de tentación autoritaria y de pérdida de la fe en las instituciones democráticas (...). Y aún en las épocas menos aciagas, la comunidad vuelve sus ojos hacia el periodismo en busca de respuestas responsables a problemas complejos”<sup>386</sup>. Todo esto, a fin de cuentas, es lo que entraña ser y actuar como verdaderos perros guardianes de nuestra democracia.

## **2.1. El derecho a una comunicación pública libre como fundamento de la democracia: naturaleza jurídica y contenido esencial**

Uno de los principales problemas que presenta la configuración de estas libertades tiene que ver con su naturaleza jurídica. Siguiendo a Álvarez Conde y Tur Ausina (2021), se trata de derechos de libertad y/o derechos de prestación, sin olvidar que poseen un carácter preferente sobre otros derechos con los que entran en conflicto continuamente.

Con respecto a la disyuntiva entre libertad y prestación, en la STC 6/1981 el Tribunal Constitucional proclamó su condición de “*derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos*”, pero también apuntó el problema de su posible carácter prestacional<sup>387</sup> según lo establecido en el art. 20.3 CE: “*La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España*”.

Un año después, en la STC 12/1982, caso *Antena 3*, el TC manifestó que se trataba de “*un derecho de libertad, que significaba ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación*”. Además, se correspondía con el “*reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, ligada con el pluralismo político, valor fundamental y requisito del funcionamiento del Estado democrático*”.

En el fondo de esta tensión dialéctica subyacía la cuestión de si ambos derechos “comprendían o no el derecho a crear los medios necesarios para la difusión de las noticias” (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2021, p. 412).

---

<sup>386</sup> Prólogo de la obra de Restrepo, J. D. (2004). *El zumbido y el moscardón*. México: FNPI. p. 5 y ss.

<sup>387</sup> El ejercicio de los derechos de prestación por parte de sus titulares (la ciudadanía) reclama una actuación de los poderes públicos -o privados- para asegurar la cobertura de necesidades individuales esenciales.

Tiempo después, en la STC 63/1987, de 20 de mayo, tras afirmar que estamos en presencia de un derecho de libertad, el Tribunal matizó que en determinados casos “*será necesaria la actuación positiva de los poderes públicos para la ordenación de los medios que sirvan de soporte a la expresión y difusión de las ideas*”. Esto viene a significar que el hecho de que sea un derecho de libertad no impide que los poderes públicos asuman obligaciones positivas para garantizarlo.

De hecho, en sentencias como *Informationsverein Lentia y otros*, de 24 de noviembre de 1993, y *Radio ABC*, de 20 de octubre de 1997, el TEDH también se mostrará proclive a la idea de que el Estado es en realidad el garante de estas libertades y debe remover los obstáculos que dificulten su ejercicio igualitario. De entre todos ellos, el monopolio es “el [obstáculo] más grave con el que se enfrenta el pluralismo informativo, por lo que las leyes que no permitan crear y explotar medios de comunicación violan el CEDH” (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2021, p. 413).

Con respecto a su condición de libertades preferentes, en la STC 104/1986, caso *Soria Semanal*, y en la STC 159/1986, caso *Egin*, se reafirmará la dimensión institucional de estos derechos que garantizan un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre, presupuesto previo y necesario para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático (Aba Catoira, 2002). Por ello, existe una posición preferencial de estas libertades cuando de su ejercicio se derive una vulneración del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18 CE), así como un riguroso examen de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio.

Pero ello no obsta para entender que el ejercicio de ambas libertades se ha de realizar integrando el respeto a los derechos de los demás, especialmente de aquellos colectivos vulnerables que también forman parte de esa opinión pública garantizadora de la democracia. En ocasiones, las voces de grupos como los migrantes o los refugiados se ven acalladas (*efecto desaliento*) por un uso irresponsable y excluyente de la información y/o la palabra por parte de terceros que les coarta a la hora de manifestar sus pensamientos u opiniones en la esfera pública; y ello les conduce a una “infrarrepresentación” social y mediática (Correcher Mira, 2020, p. 167). Para que estos derechos no queden vacíos de contenido ni se conviertan en una quimera para estas personas, las libertades de información y expresión, como garantías institucionales que son, se han de ejercitar posibilitando un disfrute real y efectivo de los derechos fundamentales, en igualdad de condiciones y para todos los miembros de la sociedad (Correcher Mira, 2020).

De hecho, parece razonable insistir en una protección algo mayor de las libertades de información y expresión, para los grupos menos predispuestos a disfrutarlas, si tenemos en cuenta que la

jurisprudencia del TEDH suele garantizar un ejercicio ciertamente omnímodo de estos derechos para determinados titulares, como aquellos que los ejercen en el ámbito político. Esta preeminencia se fundamenta en que “*la libertad de debate político pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio Europeo de Derechos Humanos*” (STEDH 9815/82, asunto *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986). Como bien apunta Presno Linera (2019, p.8), “toda interferencia sobre su ejercicio será considerada bajo una presunción de ilegitimidad que solo puede levantarse si se justifica por la existencia de una necesidad social especialmente imperiosa”. Por lo tanto, un Estado verdaderamente constitucional debe procurar que todos sus ciudadanos participen libremente, en igualdad de trato y sin discriminación, en los debates políticos que surgen en el seno de la sociedad.

Volviendo al carácter preferente de ambas libertades, nuestro Tribunal Constitucional -en su STC 107/1988, caso *Diario 16*- reiterará dicha condición característica de la libertad de expresión y de comunicación de información políticamente relevante. Además, advertirá que, llegado un caso de conflicto con respecto a otros derechos como el honor, el órgano judicial debe efectuar un juicio ponderativo que ha de estar presidido por dos parámetros que serán estudiados más adelante: la clase de libertad ejercitada -expresión o información-; y la condición pública o privada de las personas afectadas por su ejercicio.

Esta última idea entronca precisamente con las posiciones que se han mantenido en la doctrina con respecto a la distinción -o no- de la libertad de información y de la libertad de expresión. Bustos (1994) explicaba que durante los años 80 y 90 se podían distinguir hasta tres posturas diferentes: en primer lugar, aquellos que negaban la existencia de dos derechos distintos considerando que eran manifestaciones de una misma libertad. En segundo lugar, la corriente que comprendía que la libertad de información era una faceta de la libertad de expresión que, por su función en la sociedad (por su dimensión institucional), merecía un estudio científico autónomo. En este sentido, el Tribunal Constitucional -en su STC 61/1981, de 16 de marzo (asunto *Voz de España y Unidad*)- afirmó justamente que el derecho a la información era en realidad una manifestación de la libertad de expresión<sup>388</sup>.

---

<sup>388</sup> En tal sentido, la STC 6/1981, de 16 de marzo, señalaba que el derecho a comunicar información “*puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión*”. Las SSTC 12/1982, de 31 de marzo, y 30/1982, de 1 de junio, parecen apuntar a una posible diferenciación, pero no realizan una declaración clara al respecto.

Por último, se podía entender que el art. 20 CE constitucionalizaba dos derechos diferentes, pues sus límites, efectos y contenidos eran bien distintos. En esta posición se situaban autores como Bustos (1994), o Solozábal Echavarría (1991) que explicaban que ambas libertades constituían manifestaciones de un derecho general a la libre comunicación, donde la libertad de expresión protegía la comunicación sin trabas de pensamiento; y la libertad de información la preparación, elaboración, selección y difusión de la información. Es más, para el autor, la libertad de información poseía un carácter institucional que le hacía prevalecer sobre la libertad de expresión concretado, por ejemplo, en el derecho de rectificación o réplica.

Finalmente, será en la STC 6/1988, de 21 de enero, y en la STC 107/1988, de 8 de junio, cuando el TC declaró la existencia de dos derechos diversos y adoptó como criterio de diferenciación el distinto objeto que protegía cada una: los hechos en la libertad de información y los juicios de valor en la de expresión: *“Mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas y opiniones o juicios de valor no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud, por tanto la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, por no operar en el ejercicio de aquella el límite interno de veracidad”* (STC 107/1988, de 8 de junio).

Este razonamiento se convertirá en uno de los ejes fundamentales de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Bustos, 1994), aunque será muy discutido por la doctrina científica debido a la enorme dificultad práctica que implica distinguir cuándo estamos en presencia de hechos y cuándo ante juicios de valor. Ya afirmaba John Stuart Mill que “muy pocos hechos son capaces de decirnos su propia historia sin necesitar comentarios que pongan de manifiesto su sentido” (2017, p. 96<sup>389</sup>). Idéntica advertencia hacía el Tribunal Constitucional en la STC 6/1988 (caso *Crespo Martínez*): *“La expresión de pensamientos necesita apoyarse en hechos y la comunicación de estos no se produce nunca en estado químicamente puro, comprendiendo elementos valorativos”*<sup>390</sup>. Observemos dicha problemática con el siguiente ejemplo práctico:

---

<sup>389</sup> Stuart Mill, J. (2017). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial. El ensayo original fue publicado por primera vez en 1859.

<sup>390</sup> También se pronunciará de igual manera en sentencias posteriores como en las SSTC 171/1990 y 172/1990.

El diario *La Voz de Galicia* titulaba el 20 de febrero de 2023: “La mano de obra inmigrante es ya imprescindible en el sector lácteo de la Costa da Morte”<sup>391</sup>. Y a lo largo de la noticia informaba que extranjeros procedentes de Senegal, Marruecos o Rumanía conformaban buena parte de las plantillas de las explotaciones de la Costa da Morte; y ofrecía el dato de que casi todas las explotaciones contaban, al menos, con un trabajador extranjero.

Es evidente que se trata de una noticia que relata hechos, un aumento de mano de obra extranjera en el sector lácteo en un enclave determinado; pero también se nutre de juicios de valor, pues en base a esos hechos (datos, estadísticas a las que alude en el cuerpo de texto) considera a estas personas como “imprescindibles” en ese mercado. E incluso lleva esa valoración al titular, lo que supone entender a los migrantes desde una perspectiva ciertamente utilitarista (son útiles para algo en concreto) pero positiva al fin y al cabo, pues que los trabajadores de origen extranjero superen en número a los nacionales no se enfoca como un problema o una amenaza para la supervivencia o acceso al empleo de la población autóctona, sino como un reconocimiento a su contribución a la economía nacional e incluso al bienestar de los consumidores. En suma: si estos ingieren productos lácteos con frecuencia es porque existe un grupo de gente que los fabrica y distribuye por toda España y, en este caso, gran parte de ellos son los extranjeros procedentes de diversos países de fuera de la Unión Europea.

Sirva esta noticia sobre una faceta de la situación del fenómeno migratorio en España, para ejemplificar lo que afirmaba Bustos (1994 p. 266) de que en la mayoría de las ocasiones se comunica “una noticia de hechos valorados”. Además, el mismo hecho de considerar ‘noticia’ a un acontecimiento ya implicaría un juicio sobre el suceso, igualmente sucedería con los procedimientos indirectos de valoración como su colocación dentro del flujo de la información, el tipo de titulares, etc. Así lo expresa también Marc Carrillo (1988, p. 188): “La mera selección de los hechos y la manera de presentarlos no deja de expresar (...) apreciaciones y preferencias subjetivas que comportan una particular valoración, con lo que la frontera entre noticias y opinión deja frecuentemente de estar claramente definida”.

En línea con lo comentado, recuérdese la importancia de la ya analizada teoría del *framing* sobre los encuadres noticiosos que utilizan los medios para decidir cómo y qué información debe conocer el público, lo que condiciona la percepción de los receptores sobre los eventos de la sociedad

---

<sup>391</sup> Noticia recuperada el 2 de marzo de 2023 de [https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/carballo/2023/02/20/mano-obra-inmigrante-imprescindible-sector-lacteo-costa-da-morte/0003\\_202302C20C1991.htm](https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/carballo/2023/02/20/mano-obra-inmigrante-imprescindible-sector-lacteo-costa-da-morte/0003_202302C20C1991.htm).

intercultural. Siguiendo el ejemplo que poníamos anteriormente, podríamos interrogarnos acerca de los motivos que llevan a la periodista de “La Voz de Galicia” a elaborar una noticia sobre esos hechos y a redactarla desde una perspectiva positiva en la que incluso se atribuye el adjetivo “imprescindible” a la labor de los extranjeros en ese sector. También aboga por ofrecer datos de forma descriptiva en lugar de utilizarlos para recurrir a la alarma social que podría suponer la fuerte presencia de extranjeros para el empleo de los autóctonos y la preservación de la identidad nacional. Cabe recordar que este enfoque podría corresponderse con el *frame* “impacto económico de admitir inmigrantes/refugiados”, que Lawlor y Tolley (2017) identificaban como uno de los encuadres más repetidos por los medios cuando informan sobre migración. En efecto, el empleo reiterado de ciertos encuadres (abordados en epígrafes anteriores de esta investigación<sup>392</sup>) por parte de los medios para hablar de fenómenos como la migración muestran la complejidad de saber si nos hallamos ante hechos neutros y objetivos, amparados por la libertad de información. O, quizá, se trate de juicios de valor que caracterizan el objeto protegido por la libertad de expresión.

Por todo ello, coincidimos con Bustos (1994) en que en la mayoría de las ocasiones se comunican noticias de hechos valorados, lo que nos obliga a buscar otros criterios para diferenciar la libertad de información de la libertad de expresión. Pero sin olvidar que esta ambigüedad no obstaculiza para que el ejercicio de ambas libertades se fundamente en el respeto y promoción de los derechos de todas las personas, con el objetivo de proteger y procurar la participación en la esfera pública de minorías vulnerables. Como veremos más adelante, esta exigencia sobrellevará la restricción de la libre expresión en aquellos supuestos en los que la posición de estos grupos en el medio social resulte minusvalorada por la manifestación de opiniones encuadrables en el discurso de odio (Correcher Mira, 2020).

### **3. Ahondando en la problemática distinción entre las libertades de información y expresión: el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz**

De acuerdo con la doctrina reciente, el art. 20 CE recoge dos derechos distintos pero íntimamente conectados. El derecho a la información aparece en la letra d) del precepto, y una lectura rápida del

---

<sup>392</sup> Lawlor y Tolley (2017) distinguían los siguientes encuadres predominantes en el análisis mediático del fenómeno migratorio: a) economía, b) impacto económico de admitir inmigrantes/refugiados, c) etnicidad, d) el origen etnoracial, nacional o religioso de estas personas, e) derechos, f) diálogo sobre los derechos individuales otorgados a inmigrantes/refugiados, g) seguridad desde el punto de vista de la nación receptora, h) posibles amenazas a la seguridad por la admisión de inmigrantes / refugiados, i) acceso y uso de servicios estatales por los migrantes/refugiados, j) discusión sobre la validez, legitimidad o merecimiento de estas personas.



mismo permite deducir sus principales características: “*d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”.

Este se erige como un derecho del que gozan todas las personas aunque, en la práctica, “sirva sobre todo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica” (Álvarez Conde y Tur Ausina, 2021, p. 418). Además, presenta una doble faceta: como derecho fundamental, que concede una facultad de reacción al titular del mismo, situándolo en una situación de poder (Baño León, 1988). Y como garantía institucional que confiere a una institución su aseguramiento, “pero no en la forma de un poder de excluir la intervención estatal, sino tan solo de limitar esa injerencia, de manera que el legislador no pueda en absoluto desconocer su existencia” (Baño León, 1988, p. 157<sup>393</sup>).

Como indica el propio art. 20 d) CE, el objeto de protección de la libertad de información son los hechos. Con respecto a su definición, el Tribunal Constitucional entiende que se trata de informaciones que versen sobre asuntos de interés público, es decir, “*que encierren trascendencia pública y que sean necesarios para que la participación de los ciudadanos en la vida colectiva sea real*” (STC 105/1983, caso *Vinader*); o que sean hechos “*noticiables*” (STC 6/1988, caso *Crespo Martínez*). Ambas expresiones (‘interés público’ y ‘noticiable’) nos obligan a referirnos al concepto de ‘persona pública’, objeto típico y habitual de la transmisión de esta clase de información (Bustos, 1994). El mismo autor afirma que alude a servidores públicos y personalidades políticas, pero también a sujetos privados que se encuentren envueltos en asuntos de interés público tan relevantes que los conviertan momentáneamente en ‘personas públicas’. Si se protege la difusión de asuntos de interés público a la ciudadanía es, al fin y al cabo, porque el conocimiento de estos contribuye a la formación de la opinión pública libre que se erige como auténtico sostén de nuestra democracia (Climent Gallart, 2016).

Sin embargo, de conformidad con el art. 20 d) CE, no basta con que se transmitan hechos ‘noticiables’ o ‘de interés público’, sino que además han de ser veraces. Para definir este concepto

---

<sup>393</sup> Ahondando en la opinión de Baño León (1988), el contenido esencial del artículo 53 CE se reserva a los derechos fundamentales en sentido estricto, es decir, a las normas que reconocen un derecho o libertad. Por el contrario, las garantías institucionales, reconocidas en el Capítulo Segundo del Título I CE, no estarían protegidas por ese límite del contenido esencial, pues ahí no se reconocen derechos subjetivos, sino ideas básicas de una institución u organización.

indeterminado, Bustos (1994)<sup>394</sup> -como buena parte de la doctrina- toma como punto de partida la noción utilizada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos<sup>395</sup>. Así, solo podría entenderse que hay ausencia de veracidad cuando se transmiten hechos erróneos con malicia real o efectiva (*actual malice*), es decir, cuando la información se difunde con conocimiento de que era falsa (*with knowledge of its falsity*) o con manifiesto desprecio a la verdad<sup>396</sup>. Es también lo que se conoce como desinterés sobre si un hecho es falso o no (*or with reckless disregard of whether it was false or not*), vinculado al deber objetivo de cuidado. Por ello, entiende la doctrina que existe veracidad cuando el informador transmite la noticia “con el pleno convencimiento de su veracidad después de haber realizado todas las indagaciones exigibles a un buen profesional para contrastar la realidad de los hechos transmitidos” (Bustos, 1994, p. 286)<sup>397</sup>.

A nuestro parecer, el problema que se deriva de estas consideraciones es la dificultad de trazar los límites entre lo que se entiende como información maliciosa y lo que implica el deber objetivo de cuidado en un Estado constitucional. Veamos un ejemplo práctico al que ya nos hemos referido en esta tesis doctoral: el 4 de enero de 2023, el diario generalista *El Mundo* titulaba “La Policía Municipal desmanteló este pasado lunes una guarida de ex menas en Madrid”, tras las críticas recibidas, se vieron obligados a modificarlo en los siguientes términos: “La Policía Municipal desmantela un escondite en el que antiguos menores tutelados guardaban móviles y bolsos robados”. La noticia terminaba señalando que a lo largo de 2022 y 2021 se habían contabilizado más de 15 denuncias por hechos delictivos cometidos por menores extranjeros no acompañados de la Casa de Campo (centro gestionado por la Fundación Antonio Moreno). Y, como colofón, el medio añadía: “La Comunidad de Madrid paga al año a la Fundación Antonio Moreno un total de 2.601.000 euros por la gestión del centro de menas con una capacidad máxima de 55 menores”.

---

<sup>394</sup> El autor toma como referencia para elaborar el concepto de ‘veracidad’ las obras de Muñoz Machado, S. (1987). *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Barcelona: Ariel; y Berdugo Gómez de la Torre, I. (1987). *Honor y libertad de expresión*. Madrid: Tecnos.

<sup>395</sup> Concretamente, el punto de partida es la sentencia *New York Times v. Sullivan*, 376, U.S. 254 (1964).

<sup>396</sup> Una expresión semejante emplea el legislador para tipificar en el art. 205 CP el delito de calumnias, uno de los principales delitos contra el honor de las personas: “*Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*”.

<sup>397</sup> El Tribunal Constitucional se ha mostrado conforme respecto a esta posición, sobre todo a partir de la sentencia 167/1987, de 26 de diciembre, en la que reconoce que “*resultan menoscabados los derechos reconocidos en el artículo 20.1.d) de la Constitución tanto si se impide comunicar o recibir una información veraz como si se difunde, se impone o se ampara la transmisión de noticias que no responden a la verdad, [asumiendo] que la veracidad es una exigencia innata de la libertad de información*”.

La conclusión que dejaba entrever el periodista es que pese al dinero público (al que contribuyen todos los ciudadanos) que se invierte en el sostenimiento de estos niños extranjeros, ellos roban y destrozan el lugar que los acoge (Madrid) y, por tanto, su presencia acaba perjudicando a los autóctonos.

Teniendo en cuenta todo esto, es evidente que la noticia no es falsa, el medio se sirve de una información proporcionada directamente por una fuente institucional (en este caso, la Policía Municipal) para narrar el suceso. Pero cabría plantearse la existencia de malicia efectiva o real por parte de un periodista que decide informar sobre estos hechos empleando términos peyorativos como “guarida” (más tarde se sustituye por “escondite”), “desmantelar” o el estigmatizante acrónimo ‘menas’. El uso de estas palabras no es baladí, pues concuerdan con la sospecha construida y extendida de que los menores extranjeros son, por regla general, “defraudadores de la ley” (Manzanos, 2010). Además, su asociación -directa o indirecta- con elementos como la criminalidad o la violencia social influye en la percepción que puedan desarrollar los ciudadanos sobre este colectivo y puede provocar discriminación hacia ellos.

También podríamos interrogarnos sobre si ilustrar el cuerpo de texto con una fotografía de supuestos “papeles escritos en árabe”, sin incorporar una traducción de los mismos que permita explicar por qué el medio ha decidido resaltar ese dato en concreto, podría suponer un “manifiesto desprecio a la verdad” o una falta clara del deber objetivo de cuidado. Pues, al fin y al cabo, ser cuidadoso o diligente con la información que se maneja no solo entraña excluir datos o testimonios falsos, sino respetar a los protagonistas de las noticias, previendo que estos también forman parte de los destinatarios de las informaciones. Y, como miembros efectivos de la sociedad que son, ejercen su derecho fundamental a ser correctamente informados (vertiente subjetiva que reconoce el art. 20 CE y la jurisprudencia constitucional y europea).

El cuidado de las minorías sociales no habría de ser entendido como una opción que escoge un diario para redactar noticias relacionadas con ellas, en función de que la ideología de dicho medio se encuentre más cercana a políticas migratorias de integración, sino que debería tratarse de un compromiso con la defensa de los valores constitucionales que los medios de comunicación también han de preservar. Esta observancia implica el empleo de un lenguaje de los derechos humanos inclusivo que no solo cumple con el deber de cuidado y diligencia intrínseco a la profesión, sino que puede actuar como un eficaz mecanismo de prevención y lucha contra discursos discriminatorios.

En contraposición a esta exigencia, cuando la doctrina analiza el juicio de veracidad al que se han de someter las informaciones de los medios para gozar de protección constitucional, únicamente se refiere a que la información no tiene que ser absolutamente veraz (exigir la verdad en lugar de la veracidad como requisito de la libertad de información impediría realmente el ejercicio de esta). Sin embargo, no se ahonda en que la veracidad también podría fundamentarse en un respeto inherente a los derechos de las minorías mediante un lenguaje que no las estigmatice ni las confronte con los nacionales del país de acogida, sino que, en cierta manera, cuide de ellas fomentando su integración en una sociedad que camine hacia una interculturalidad real.

Para los tribunales, el concepto de veracidad tampoco alude a la forma de presentación y relato de la misma, sino al examen del grado de diligencia desplegado por el periodista en la búsqueda de la noticia. Pues se comprende que existen elementos que escapan a su control y que pueden acabar distorsionando la noticia que ha publicado. Pero esto no significa que dichos profesionales hayan actuado con malicia real o efectiva, manifiesto desprecio a la verdad o desconsideración acerca de si un hecho es falso o no (Bustos, 1994). Por ello, se protegen también las informaciones erróneas siempre y cuando se demuestre que el periodista no ha mentado y ha actuado con el máximo deber de comprobación (Sanjurjo Rebollo, 2009). Así lo afirma el TC en su STC 6/1988, caso *Crespo Martínez*: “No se está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas [...], sino estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador [...]. El derecho constitucional no ampara la información que se sabe inexacta por quien la transmite, sino la que difundida sin contraste alguno con datos objetivos y carente de toda apoyatura física, se revela después como no acreditada en el curso de un proceso”.

Esta línea jurisprudencial se verá continuada en posteriores decisiones como en la STC 240/1992, de 21 de diciembre, en la que el TC recuerda que “*el informador (...) tiene un especial deber de comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones y empleando la diligencia exigible a un profesional [...]. Puede que, pese a ello, la información resulte inexacta, lo que no puede excluirse totalmente, pero la información rectamente obtenida y difundida es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado*”<sup>398</sup>.

---

<sup>398</sup> Esta jurisprudencia es coincidente con la del TEDH, por ejemplo, destacan las sentencias *Lingeus*, de 8 de julio de 1986, y *De Haes y Gijssels*, de 24 de febrero de 1997.

En la práctica, De Verdad y Beamonte (2015, p. 397) destaca una serie de parámetros que tendrá en cuenta el operador jurídico a la hora de valorar el grado de diligencia llevado a cabo por el periodista en la confrontación con la noticia. Estos son a) el carácter esencial o accidental de la falsedad en la que se haya podido incurrir; b) la gravedad de los hechos que se imputan, en particular, si los mismos son susceptibles de reproche penal; c) el contraste de la información con datos objetivos o fuentes dignas de solvencia, así como con la persona aludida cuando ello es posible.

En este ámbito se enmarca la denominada “doctrina del reportaje neutral”, una elaboración jurisprudencial cuya base permite exonerar al comunicador de desplegar el deber de comprobar dicha veracidad, cuando él mismo no es autor de la información, sino un puro transmisor de la misma. Para ello, también deben concurrir varias condiciones de obligado cumplimiento:

En primer lugar, la identificación de la fuente (que puede ser una persona u otro medio de comunicación) de la que se toma la información que se publica. En este sentido, Sanjurjo Rebollo (2009, p. 68) aclara que cuando se transmiten declaraciones que imputan hechos lesivos al honor, estas “han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas”. De modo que se excluiría el reportaje neutral cuando no se es capaz de determinar quién hizo tales declaraciones (en la misma línea se ha manifestado el TC en SSTC 41/1994, 52/1996 y 190/1996).

La necesidad de citar la fuente también obedece al interés de los destinatarios de la información en conocer de dónde procede la información, para poder formarse un juicio acerca de su veracidad que no está contrastada por el medio que la recibe y publica en último término (De Verda y Beamonte y Parada, 2012).

La segunda exigencia se refiere a la no realización de ninguna aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido. De hecho, la neutralidad puede quebrarse si el medio utiliza una manera de presentar la noticia que suponga una alteración relevante de la misma, lo que daría lugar a pensar que se ha reelaborado (Sanjurjo Rebollo, 2009). Sobre esto, el Tribunal Constitucional en su STC 134/1999 dejó claro que el reportaje neutral no contempla “*la manipulación mediante [un] artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias o componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea quebrar la neutralidad respecto de lo transcrito*”.

De Verda y Beamonte y Parada (2012) ponen como ejemplos de esta manipulación que señala el TC el uso de imágenes de personas que no aparecían en la fuente original o la utilización de caracteres

tipográficos desmesurados para plantear interrogantes sobre la honorabilidad del sujeto objeto de la información. Parece claro que en estos casos el medio no ha permanecido ajeno a la generación de la información, y esta imparcialidad absoluta es lo que verdaderamente valora el TC para apreciar el reportaje neutral. En este caso podría enmarcarse el ejemplo de la noticia del diario “El Mundo” sobre la “guarida” de los “menas” que había “desmantelado” la Policía, acompañada de una fotografía de unos “papeles escritos en árabe”. Este dato, captado por los agentes y fuerzas de seguridad del Estado, es utilizado por el medio para vincular su ‘posesión’ (tampoco se sabe a ciencia cierta si eran propiedad de las personas que allí convivían) con supuestas actividades delictivas: “En este refugio de antiguos menas los agentes encontraron (...) papeles escritos en árabe, documentación, diarios personales (...). Los agentes tratan de averiguar si los inquilinos de este escondite tienen causas pendientes con la justicia y si los efectos hallados podrían haber sido robados recientemente a vecinos del Batán”. Esta correlación, que podría ser percibida por los lectores como un motivo de preocupación y alarma social, entronca con la idea de “sociedad del riesgo” en la que, según Ulrich Beck (2006), estamos inmersos. Mediante tal expresión, el autor explica que la existencia permanente de amenazas para la salud se ha convertido en una característica definitiva de la sociedad moderna, donde la labor que desempeñan los medios resulta determinante, pues estos generan continuamente sentimientos de inquietud y miedo (Ulrich Beck, 2006).

El tercer y cuarto requisito para la aplicación de la “doctrina del reportaje neutral” presentan elementos fuertemente ligados entre sí: por un lado, y en línea con lo apuntado anteriormente, se requiere la no asunción de la noticia o declaración transmitida como propia por parte del medio que la reproduce; y por otro, tampoco se permite la inclusión de juicios de valor por este último. Es evidente que en ambos supuestos se trascendería el ámbito de la libertad de información para entrar en el de la libertad de expresión, cuyo objeto de protección y requisitos, como hemos apuntado y veremos enseguida, son distintos.

Este requisito plantea problemas en noticias como esta: “Vox exhibe su discurso más duro contra la inmigración ilegal: ‘No vienen a aportar nada’” (*El Español*, 16/12/2020<sup>399</sup>). En el cuerpo de texto el diario reproduce, mediante citas directas, el ideario del partido de extrema derecha con respecto a la migración. Pero cuesta reconocer si el periódico no está asumiendo la declaración transmitida llevando al titular expresiones como “No vienen a aportar nada”; o destacando en la entrada

---

<sup>399</sup> Noticia recuperada el 20 de abril de 2023 de [https://www.elespanol.com/espana/politica/20201216/vox-exhibe-discurso-inmigracion-ilegal-no-aportar/543946053\\_0.html](https://www.elespanol.com/espana/politica/20201216/vox-exhibe-discurso-inmigracion-ilegal-no-aportar/543946053_0.html).

frases del dirigente político, Santiago Abascal, sin añadir más información que las contextualice: “No necesitamos miles de ilegales para pagar pensiones” o “Ningún 'mena' que roba, agrede o viola en la Casa de Campo aporta nada”.

Sin embargo, el autor de la noticia parece posicionarse en contra de este discurso e incluso resaltar que los populismos de extrema derecha, como ya explicamos anteriormente, se nutren de un enemigo común que afianza el poder de lo “anti”, puesto que necesita un objetivo contra el que pronunciarse para dotarse de cohesión y poder (el migrante) y captar más adeptos para su causa (Seijas Villadangos, 2021). El periodista afirma: “Porque la opacidad con la que el Ejecutivo está gestionando una crisis migratoria que lo enfrenta a sus contradicciones ideológicas es un caldo de cultivo perfecto para discursos de brocha gorda como el de Abascal”; y especialmente subraya lo siguiente: “Vox ha detectado que su caladero de votos para consolidarse en la España de la crisis económica está en enfrentar a los ciudadanos desfavorecidos con los aún más desfavorecidos que vienen de fuera”.

Como observamos, a veces una misma información puede ser interpretada de distintas maneras; y tras una supuesta neutralidad o uso aparentemente aséptico del lenguaje nos encontramos con una auténtica declaración de principios llevada a cabo mediante recursos que, en ningún caso, son neutrales. Como ocurre con datos que se destacan en titulares, fotografías que ilustran las noticias o incluso la forma en que los periodistas deciden cerrar sus informaciones (en el ejemplo, el reportero de *El Español* pone fin al relato reproduciendo una declaración de VOX que sostiene que la islamización “es un problema real en España y que hay que abordar cerrando mezquitas radicales y expulsando a los imanes yihadistas”). Todo esto, aunque se observará de manera más precisa en el capítulo práctico de esta tesis doctoral, evidencia la complejidad de abordar la neutralidad más allá de formulaciones teóricas como la “doctrina del reportaje neutral”. Y, sobre todo, demuestra cómo la existencia de lenguajes sibilinos, ocultos... que descontextualizan y confunden, aunque *a priori* parecen inofensivos, vulneran la identidad de ciertos grupos de forma tan imperceptible como dañina.

Si se cumplen los cuatro requisitos comentados (identificación de la fuente, no realización de ninguna aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido, no asunción de la noticia o declaración transmitida como propia por parte del medio que la reproduce; y no inclusión de juicios de valor), la veracidad exigible por la Constitución se limita a la verdad objetiva de la

noticia originaria y a la fidelidad a su contenido por el medio que la publica. Si concurren ambas circunstancias, entonces el medio debe quedar exonerado de toda responsabilidad<sup>400</sup>.

La realidad es que la “doctrina del reportaje neutral” ha alcanzado una gran repercusión a nivel europeo, paradigmática es la sentencia del TEDH referida al caso *Kacki v. Polonia*, de 4 de julio de 2017, en cuyos hechos probados merece la pena detenerse unos instantes: un periodista de un periódico polaco recibió un correo electrónico en el que la remitente denunciaba que un importante militante del partido “Autodefensa de la República” (que apoyaba al Gobierno polaco) le había ofrecido obtener un puesto de trabajo en la oficina de un eurodiputado a cambio de mantener relaciones sexuales. El profesional de la información se entrevistó con la denunciante y publicó una noticia al respecto. El europarlamentario, lesionado en su honor, decidió interponer acción penal contra el periodista que fue condenado en primera instancia. Finalmente, el asunto llegó al TEDH que, *grosso modo*, dio la razón al reportero al entender que se había lesionado su derecho a la libertad de prensa (art. 10 CEDH); y reiteró la “doctrina del reportaje neutral” para exonerarlo de responsabilidad, “*pues este únicamente se limitó a transcribir lo dicho por un tercero*”.

De acuerdo con Climent Gallart (2017), debemos establecer un quinto y último requisito jurisprudencial que operaría como límite legítimo a la aplicación de esta doctrina: la información o declaración reproducida por el medio no puede ser utilizada para difundir discursos que inciten al odio o a la violencia contra colectivos vulnerables (como, por ejemplo, son las personas migrantes y refugiadas). Si esto sucediese, el medio y el periodista sí serían considerados corresponsables de lo dicho por el entrevistado en cuestión.

---

<sup>400</sup> No obstante, que no exista responsabilidad jurídica no implica que los medios en sus propios códigos de conducta asuman la “doctrina del reportaje neutral” y no puedan prohibir las informaciones que sirvan de altavoz a personas que mientan, sin que el periodista haya desplegado la diligencia debida para comprobar la falsedad de tales declaraciones. Por ejemplo, *El Libro de Estilo* (2021) del diario “El País” afirma: “La atribución de la noticia a una fuente (...) no exime al periodista de la responsabilidad de haberla escrito”. Por su parte, el diario “El Mundo” declara en su *Libro de Estilo* (1996) que no contrastar los datos que aporta una fuente y completarlos (o desmentirlos si es necesario) supone “una falta profesional tan frecuente como injustificable (...); y el redactor será responsable, a cualquier efecto, de las informaciones que realice, escriba y asuma”.

En línea con esto, la ‘Fundación Gabo’, organismo de referencia en el ámbito periodístico creado por Gabriel García Márquez en 1995, subraya que el periodista siempre ha de comprobar lo que la fuente le informa: “Es norma del buen periodismo utilizar fuentes plurales y diversas que permitan confrontar los distintos puntos de vista. Es una mala práctica la de transcribir sin más las opiniones de una sola fuente, o de fuentes que tienen el mismo punto de vista. La experiencia muestra que toda fuente miente o se equivoca, salvo que uno demuestre lo contrario”. Por lo que en el supuesto de llevar a cabo una conducta de esta índole, sí existiría responsabilidad ética del periodista o medio en cuestión. Texto recuperado el 2 de abril de 2023 de <https://fundaciongabo.org/es/consultorio-etico/consulta/156>.



Sin embargo, no ocurre lo mismo cuando lo que se reproduce o transcribe son los denominados ‘discursos odiosos’ (en los que profundizaremos más adelante) que también transmiten odio, aversión u hostilidad hacia determinadas personas o grupos; pero sin alcanzar la trascendencia necesaria que exige el tipo delictivo.

Los ‘discursos odiosos’ no se sancionan penalmente en favor de la protección de la libertad de expresión, como sí se produce con el discurso de odio (art. 510 CP). Sin embargo, esto no significa que no sea posible reaccionar ante ellos mediante otras vías o incluso prevenir su expansión. Resulta preocupante el efecto nocivo que generan estos discursos, especialmente cuando se manifiestan a través de canales más sutiles o se esconden tras una engañosa objetividad. Recordemos el anterior ejemplo del diario “El Mundo”, sobre menores extranjeros, donde el medio no empleaba términos discriminatorios ni directamente excluyentes hacia estas personas, pero la no neutralidad del lenguaje era apreciable en el empleo de expresiones peyorativas como “menas” o la vinculación indirecta que establecía el periodista entre estos niños y la criminalidad.

Igual sucedía con parte de la cobertura periodística realizada sobre la llegada de numerosos migrantes y refugiados a las costas de Arguineguín (Gran Canaria) en noviembre de 2020. Observemos dos ejemplos: “Lo nunca visto: magrebíes con pasaporte y pidiendo hotel” (*El Confidencial*, 31/10/20)<sup>171</sup>; “La tensión generada en España ante la llegada masiva de inmigrantes” (*Telesur*, 16/11/20). Este modo de utilizar el lenguaje, “lo nunca visto”, da a entender que estas personas abusan de la hospitalidad de los nacionales; o que su llegada comporta tal peligro que originan “tensiones” en el seno de la sociedad que los acoge. Todo ello vulnera, de forma lenta y gradual, la dignidad e identidad del colectivo migrante y refugiado.

A fin de cuentas, la reproducción del discurso de odio y sus figuras conexas coloca a los periodistas en una posición de “complicidad” o, si se prefiere, “asunción pasiva” de dicha información contraria a los valores democráticos (Climent Gallart, 2017). Dicho de otra forma, la imparcialidad que los tribunales exigen a los medios para exonerarlos de responsabilidad en la transmisión de la información, ahora contravendría su deber de servicio público y acabaría convirtiéndolos en plataformas de difusión de una “intolerancia” que al no hallar resistencia a su paso, se impondría en una sociedad aparentemente tolerante.

Esta idea encuentra acomodo en la paradoja sobre la tolerancia que explicaba el filósofo Karl Popper en su obra *La sociedad abierta y sus enemigos* (2010): “Si extendemos la tolerancia ilimitada aun a aquellos que son intolerantes; si no nos hallamos preparados para defender una

sociedad tolerante contra las tropelías de los intolerantes, el resultado será la destrucción de los tolerantes (...). Por ello, en nombre de la tolerancia, deberíamos reivindicar el derecho a no tolerar a los intolerantes”<sup>401</sup>.

Sin embargo, Alcácer Guirao (2020, p. 262) se muestra contrario a que la “defensa” de la libre expresión de los intolerantes (mediante, por ejemplo, la reproducción de sus declaraciones, objeto de protección de la “doctrina del reportaje neutral”) “implique suscribir la intolerancia en sí misma”. Compartimos la visión del autor que entiende que una democracia desarrollada presupone considerar al ciudadano como “ser racional, capaz de decidir sobre lo verdadero y lo falso, sobre lo bueno y lo malo”. De tal manera que si los poderes del Estado protegen a los ciudadanos contra el riesgo de que se publique cualquier tipo de idea contraria a los valores democráticos, “se estará manifestando una profunda desconfianza hacia el diálogo social”, que en última instancia es tarea de los medios fomentar.

No obstante, eso no quiere decir que, entre todos, busquemos otros mecanismos menos rígidos capaces de desalentar el odio, especialmente el que se comete mediante el uso de las palabras y que en ocasiones se presenta de una forma tan ambigua que resulta imperceptible. La prevención social podría convertirse en una herramienta adecuada para detectar y frenar discursos intolerantes y discriminatorios; y garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales ejercidos por todas las personas, sin distinción.

### **3.1. Ahondando en la problemática distinción entre las libertades de información y expresión: el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones**

Como ya hemos apuntado, la libertad de expresión es uno de los pilares en los que se sustentan las sociedades democráticas, de ahí que genere tanto recelo imponer restricciones a su ejercicio. Rodríguez Montañés (2012, p. 107 y ss.) y Presno Linera (2021, p. 323 y ss.) destacan tres funciones de vital importancia que cumple este derecho fundamental:

1. La libertad es esencial para asegurar la autodeterminación individual y, por lo tanto, se concibe como un derecho vinculado a la dignidad humana. Esto nos lleva a entender que la autonomía y la dignidad individuales exigen la protección de todas las formas de autoexpresión.
2. La libertad resulta necesaria para el avance del conocimiento y el descubrimiento de la verdad, pues como sostiene Presno Linera (2021, p. 324): “Es más probable que la verdad prevalezca

---

<sup>401</sup> *passim*.

cuando se mantiene una discusión abierta que a través de cualquier medida que tenga por objeto erradicar los discursos falsos”. Esta idea ya la defendía John Stuart Mill en su obra *Sobre la libertad* (1859, pp. 96-97), donde explicaba que lo que realmente permitía albergar confianza en el juicio de una persona era que esta mantuviese “abierto su espíritu a la crítica de sus opiniones y de su conducta; porque su costumbre ha sido oír todo cuanto se haya podido decir contra él (...), y explicándose a sí mismo; y cuando había ocasión a los demás, [explicando] la falsedad de aquello que era falso, porque se ha percatado de que la única manera que tiene el hombre de acercarse al total conocimiento de un objeto es oyendo lo que pueda ser dicho de él por personas de todas las opiniones, y estudiando todos los modos de que puede ser considerado por los diferentes caracteres de espíritu”. Por lo que promover y alimentar una conversación abierta en la que participen todos los miembros de la sociedad, en igualdad de condiciones, puede contribuir a detectar los discursos falsos y a combatirlos mediante la razón crítica.

3. La libertad se erige como un instrumento imprescindible que facilita la participación de los miembros de la sociedad en la toma de decisiones. Lo que viene a significar que sin libertad para comunicar y recibir ideas, la ciudadanía no puede desempeñar con éxito la tarea de autogobernarse democráticamente.

Partiendo de estas tres premisas, los rasgos que posibilitan el amparo constitucional de la libertad de información (la transmisión de hechos noticiables y veraces) nos permiten, a su vez, diferenciarla de las características que definen a la libertad de expresión.

Este derecho se recoge en la letra a) del párrafo primero del art. 20 CE que proclama el reconocimiento y protección del derecho “a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*”.

De acuerdo con Escobar Roca (2008), la libertad de expresión se configura como una potestad individual de libertad negativa que sirve para evitar intervenciones (dificultades, prohibiciones o castigos) sobre la actividad protegida. Además, como ocurría con la libertad de información, esta también posee una dimensión institucional por su función esencial en la formación de una opinión pública libre y en el correcto funcionamiento de la democracia, lo que también la dota de cierta preeminencia con respecto a otros derechos (De la Quadra-Salcedo, 2021).

Su objeto de protección, a diferencia de la libertad de información, son los juicios y pensamientos que no se prestan a una demostración de autenticidad como sí ocurría anteriormente con los hechos.

Por ende, no pueden ser sometidos a un juicio de veracidad. Así lo afirma el TC en su sentencia 107/1988, caso *Diario 16*: “*Los pensamientos, ideas y opiniones o juicios de valor no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación*”.

En referencia a la imposibilidad de distinción entre hechos y juicios de valor, a la que aludíamos anteriormente, Bustos (1994, p. 267) afirma que se ha de “acudir al elemento preponderante [de los dos] en cada caso”. No obstante, los juicios de valor conectados directamente con los hechos objeto de información, en tanto sean veraces, tengan trascendencia pública y se dirijan a la sociedad en su conjunto, formarán parte del objeto de la libertad de información más que de la libertad de expresión.

Si bien el requisito de veracidad no se exige a la libertad de expresión (o solo se exige a los hechos a los que a veces acompaña), la circunstancia de ‘interés público’ o ‘noticiabilidad’ sí debe estar presente para que se dé el amparo constitucional de la libertad de expresión. Esto es debido a su citada relación con la formación de la opinión pública y la participación de los ciudadanos en el debate político. De hecho, aunque los titulares de esta potestad son igualmente todos los ciudadanos, de nuevo, la cualidad de ciertos sujetos supone un mayor grado de protección del derecho. Así lo afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con respecto a los representantes políticos: “*Preciosa para cada persona, la libertad de expresión lo es muy especialmente para un cargo elegido por el pueblo; él representa a sus electores, da a conocer sus preocupaciones y defiende sus intereses. Por lo tanto, las injerencias en la libertad de expresión de un parlamentario exigen que el Tribunal lleve a cabo uno de los controles más estrictos*” (STEDH de 23 de abril de 1992, asunto *Castells c. España*).

En efecto, ya que el uso de la libertad de expresión por parte de los dirigentes políticos es más amplio, deberíamos exigirles cierto deber de cuidado con respecto a los ciudadanos, especialmente los que constituyen grupos vulnerables como los migrantes. En tal sentido, Fabio Macioce (2022) recuerda que la vulnerabilidad de los grupos constituye, en cierta manera, una fuente de obligaciones para individuos concretos, como base de políticas redistributivas y como justificación de formas específicas de protección preventivas, como podría ser el empleo de un lenguaje respetuoso y de promoción de los derechos humanos de las minorías (Barraca Mairal, 2009).

Y es que la protección jurisdiccional de la libertad de expresión no solo exige que verse sobre asuntos de interés público, sino que no se valga de insultos y vejaciones para su ejercicio. El Tribunal Constitucional ha reconocido en diversas ocasiones lo injustificado del uso de términos

insultantes o injuriosos, ya que nuestra Constitución no reconoce en ningún caso el derecho al insulto: “No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la dignidad de la persona” (STC 165/1987, de 27 de octubre).

Sin embargo, no se debe confundir el insulto con las informaciones que por su naturaleza puedan ofender, molestar o inquietar que también gozan de protección jurisdiccional. Este planteamiento lo lleva defendiendo el TEDH desde 1976 con el conocido caso *Handyside c. Reino Unido*, en el que el Alto Tribunal se mantuvo firme al considerar que la libertad de expresión constituía “uno de los fundamentos esenciales de tal sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres [...]; y es válida no solo para las informaciones o ideas que son favorablemente recibidas o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, inquietan u ofenden al Estado o a una fracción cualquiera de la población. Tales son las demandas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática”<sup>402</sup>.

En términos generales, la inquietud que producen dichas informaciones se debe al tipo de palabras que emplean sus autores y al estilo del que se valen para comunicarlas. Presno Linera (2019, p. 6) lo explica de forma muy acertada: “El empleo de ciertas expresiones destinadas, posiblemente, a captar la atención del público (...) o el uso de frases vulgares no es, en sí mismo, decisivo para que una expresión sea considerada ofensiva. El estilo forma parte de la comunicación como forma de expresión y está, como tal, protegido junto al contenido de la expresión”.

De estos recursos no solo hacen uso los ciudadanos, mediante protestas de todo tipo, ni los políticos ejerciendo al límite su prerrogativa de la inviolabilidad parlamentaria, sino también los periodistas

---

<sup>402</sup> El supuesto que se juzgaba en dicha sentencia aludía a la confiscación por parte de las autoridades de un libro (*El libro rojo del cole*) que estaba destinado a lectores adolescentes y que contenía capítulos sobre sexo, con secciones sobre temas como la masturbación o el aborto. El TEDH comenzó su argumentación afirmando que la condena del propietario de la editorial por distribuir ejemplares obscenos con ánimo de lucro, Richard Handyside, constituía una vulneración de su derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, le denegó el amparo porque entendió que la interferencia había sido prevista por la ley al perseguir el objetivo legítimo de proteger la moral pública. El Tribunal consideró que no existía un consenso europeo sobre la protección de la moral, sobre todo con respecto de los niños. Por tanto, los Estados tenían un margen de apreciación en la interpretación sobre si una medida específica era necesaria para ello. A pesar del fallo, la sentencia sentó un fuerte precedente en relación a la protección jurisdiccional de ideas o pensamientos desfavorables.

que acompañan las informaciones que transmiten a la audiencia con juicios de valor que no tienen por qué apoyarse en ellas. Como apunta el propio Presno Linera (2019, p. 6): “Por utilizar también la metáfora canina, la libertad de expresión (...) ampara al presunto perro guardián que no solo hace presa sino que, sobre todo, muerde”<sup>403</sup>.

Por otro lado, también quedarían dentro del amparo constitucional las críticas desabridas o mordaces que pueden disgustar a un sector de la población, especialmente cuando estas se llevan a cabo en el marco de un debate político “*donde los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un hombre político [...] que a un particular*”. Así se ha pronunciado el TEDH en el caso *Otegi Mondragón c. España*, de 6 de noviembre de 2018, en el que se juzgaban las palabras expresadas por el ex etarra en las que aludía al rey como “jefe de los torturadores”. Aquí el Alto Tribunal ya declaró que conceder una mayor protección a la figura del monarca a través del art. 490.3 CP<sup>404</sup> no parecía ir acorde con el espíritu del CEDH.

También en el asunto *Stern Taulats y Roura Capellera c. España* (2018), el Alto Tribunal interpretó que la quema de una fotografía de los reyes de España sucedió en el ámbito de un debate sobre cuestiones de interés público, a saber, la independencia de Cataluña, la forma monárquica del Estado y la crítica al Rey como símbolo de la nación española. Este contexto favoreció la interpretación del Tribunal de que los hechos “*no se trataban de un ataque personal dirigido contra el rey de España, que tuviera como objeto menospreciar y vilipendiar a la persona de este último, sino de una crítica a lo que el rey representa*”<sup>405</sup>.

Es más, para los magistrados la posición dominante que ocupan las instituciones como la Monarquía exige a las autoridades dar muestras de contención en la utilización de la vía penal. Esta idea la viene manteniendo el Tribunal Europeo desde el caso *Jiménez Losantos c. España*<sup>406</sup>, de 16

---

<sup>403</sup> En el asunto *Feldek c. Eslovaquia*, de 27 de febrero de 2001, el TEDH afirmó que no es necesario precisar a qué hechos se refiere un juicio de valor si estos son de conocimiento general por el público; y pone como ejemplo el objeto que está juzgando: acreditar el pasado fascista de un político no resultaría necesario porque había sido desvelado por un libro de memorias y varios artículos.

<sup>404</sup> “*El que calumniare o injuriare al Rey [...] será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves*”.

<sup>405</sup> STEDH, *E.E. y J.R. c. España*, n. 51168/15 y 51186/15, de 13 de marzo de 2018.

<sup>406</sup> El ex político del Partido Popular Alberto Ruiz-Gallardón demandó al periodista Losantos por unas declaraciones en las que afirmaba que el entonces alcalde de Madrid había demostrado que “no quería investigar el 11-M”, y que “le daba igual que haya 200 muertos con tal de llegar él al poder”. El TEDH entendió que estas descalificaciones se enmarcaban en el contexto de una “*crítica política*”; y recordó que la libertad de prensa comprendía “*el recurso a una cierta dosis de exageración incluso de provocación*”.

de junio de 2016, donde también subrayó la relevancia de que los hechos se enmarquen en el ámbito de una puesta en escena provocadora y legitimada para la transmisión de un mensaje crítico desde la perspectiva de la libertad de expresión.

En base a todo lo comentado, las injerencias en el ejercicio de la libertad de expresión (y de información) deben ajustarse a lo que impone la cláusula de limitación del apartado segundo del art. 10 CEDH: *“El ejercicio de estas libertades [...] podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”*.

Siguiendo a Presno Linera (2019), esto viene a significar que aquellas normas que establezcan restricciones a dichas libertades deben cumplir con los requisitos del principio de calidad de la ley: ser tan accesibles y precisas para sus destinatarios como para hacer previsibles las consecuencias de una intromisión determinada. Además, deben perseguir alguna de las finalidades específicas que expresa el precepto (por ejemplo, protección de la reputación o de los derechos ajenos); y hacerlo respetando el principio de proporcionalidad en virtud del cual se prohíbe una utilización desmedida de las sanciones que conllevan una privación de la libertad<sup>407</sup>.

Con todo, la protección jurídica no impide reflexionar sobre si esta clase de discursos y lenguaje son lo deseable en un Estado constitucional, si las instituciones públicas y los medios de comunicación deben promover su utilización, sobre todo cuando sirven para estigmatizar y, en consecuencia, perjudicar a ciertas personas. En este sentido, la educación en derechos humanos puede ayudarnos a desarrollar conocimientos que nos permitan, como sociedad, reconocer nuestros prejuicios a la hora de hablar y de relacionarnos entre nosotros. De tal forma que abogemos por convertirnos en agentes de cambio para que los valores constitucionales, que *a priori* guían la trayectoria de un país (libertad, justicia, igualdad y pluralismo), sean una verdadera realidad.

---

<sup>407</sup> Así lo ha manifestado el TEDH en sentencias como el asunto *Sunday Times* c. Reino Unido, de 26 de abril de 1979.

#### **4. La protección del honor y de la identidad personal como límites al ejercicio de las libertades de información y expresión**

Como indicamos anteriormente, pese a su carácter preferente, las libertades de expresión e información no son derechos absolutos, el apartado 2 del art. 10 CEDH permite injerencias en las mismas y establece límites para llevarlas a cabo. En nuestra Constitución Española, dichas interferencias vienen recogidas en el artículo 20.4: *“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. La delimitación del ámbito protegido por las libertades de expresión y de información solo puede hacerse mediante un adecuado juicio motivado de ponderación entre estas libertades y los derechos fundamentales con los que entren en colisión. Muy en particular, con el derecho al honor y a la intimidad, aunque también con otros derechos”*.

La doble mención al honor que hace el precepto nos recuerda que es universal y permanente el conflicto entre este derecho de personalidad y las libertades de información y expresión. Como señala González Pérez (1993), se trata de la colisión más frecuente entre derechos fundamentales que necesita una intervención continua de los tribunales para dirimirla.

La regulación básica del derecho al honor la encontramos en el art. 18 CE, que también consagra el derecho a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen:

*“1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*

*2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.*

*3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.*

*4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”*.

Lo cierto es que nos hallamos ante tres derechos íntimamente conectados entre sí, que derivan a su vez del propio reconocimiento de la dignidad humana (art. 10 CE), lo que llevó al constituyente a reconocerlos conjuntamente en un mismo artículo (Pardo Falcón, 1992). Sin embargo, como se ha afirmado en reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, estos derechos son autónomos y cada uno de ellos posee su propia sustantividad (entre otras, SSTC 81/2001 de 26 de marzo,



156/2001 de 2 de julio). La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen reguló este precepto constitucional tratando unitariamente los tres derechos a pesar de sus diferencias en cuanto a objeto, límites y protección jurídica.

Dada su relación con el objeto de investigación, nos interesa centrarnos en el derecho al honor cuya definición abstracta dificulta en gran medida su comprensión (Pardo Falcón, 1992). Esto se debe a que el concepto está influido por las circunstancias ambientales y personales en que se desarrolla. Así lo señala el Preámbulo de la LO 1/1982<sup>408</sup>, así como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que admite el carácter social del derecho al honor y reconoce que este carece de definición legal en nuestro Ordenamiento Jurídico (entre otras, STS 393/2010 de 18 de junio).

Siguiendo a Abati García y Sixto García (2019), nuestra doctrina ha adoptado una interpretación procedente de la italiana que también ha sido aceptada y seguida por el Tribunal Supremo. Esta recoge un doble concepto del honor diferenciando entre una primera concepción fáctica u objetiva y una concepción subjetiva. La dimensión fáctica consiste en la consideración que los demás tienen de las cualidades de una persona, es decir, la reputación o fama que un individuo posee en la sociedad. Mientras que el concepto subjetivo e inmanente de honor alude a “la estimación que cada uno hace de sí mismo” (Abati García y Sixto García, 2019, p. 12)<sup>409</sup>.

Con respecto a nuestro objeto de investigación, cabe plantearse qué estimación personal puede tener quien es constantemente estigmatizado o expulsado de la vida social. Sin duda, una de las consecuencias más graves que comporta la discriminación es el ostracismo que uno se infringe a sí mismo cuando asume cierta desvalorización y cree (o le hacen creer) que no forma parte de la normalidad imperante. Por ello, se comentaba en páginas anteriores que el radio de acción del derecho al honor se extiende a la preservación de la integridad física y psíquica del individuo, y al desarrollo de su libertad personal, pues el que se siente infravalorado o despreciado por la sociedad

---

<sup>408</sup> “Se estima razonable admitir que [...] la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas”.

<sup>409</sup> Asimismo, la definición que ofrece el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico sobre este concepto jurídico indeterminado alude precisamente a la idea de estima personal: “Se trata del derecho a actuar administrativa o judicialmente contra quien profiera expresiones o imputaciones de hechos falsos que hagan desmerecer la consideración social e individual de una persona”. Definición recuperada el 1 de marzo de 2023 de <https://dpej.rae.es/lema/derecho-al-honor>.

en la que vive, puede ver mermada también su integridad; y esa sospecha sobre su falta de aptitud seguramente coarte su libertad de elección. Todo ello puede derivar en una exclusión social permanente (Lozano Maneiro, 2008), lo que, a todas luces, supondría un menoscabo de la identidad individual y colectiva de estos grupos específicos y, por ende, del ejercicio de sus derechos fundamentales como seres humanos.

Como bien apuntaba Habermas (1999, p. 192), existe una exigencia moral que relaciona el respeto a la identidad individual y colectiva con el reconocimiento pleno como ciudadanos: “El elemento que sustenta el reconocimiento de la identidad individual y colectiva no es la igualación de las condiciones sociales de vida, sino la obligación moral que le asiste al Estado democrático de derecho de proteger la integridad de aquellas formas de vida y tradiciones en las que los miembros de los grupos discriminados puedan reconocerse”.

Sin duda, la protección del honor desempeña un papel fundamental en el reconocimiento del fenómeno intercultural, como base de un verdadero Estado democrático de derecho (Cuchumbé Holguín, 2008). Para lograr una salvaguarda efectiva de la estimación y valor que han de tener las personas, el legislador establece una serie de límites en cuanto al honor, que se pueden agrupar en tres apartados: los casos en los que el titular del derecho hubiese otorgado de manera expresa el consentimiento a una intromisión en su honor (art. 2 LO 1/1982); los límites que deriven de los usos sociales, con especial consideración al ámbito que preserve de forma reservada para sí o para su familia cada persona; y por último, los relativos a la expresa autorización contenida en una Ley.

En esta línea, el Preámbulo de la LO 1/1982 es muy claro al afirmar que el derecho al honor no puede considerarse absolutamente ilimitado porque “*los imperativos del interés público pueden hacer que (...) se autoricen expresamente determinadas entradas en [este] ámbito*”.

Claramente la norma remite a la colisión con las libertades de información y expresión que exige una ponderación de los bienes jurídicos que están en juego. Con respecto al choque con la libertad de información, la jurisprudencia constitucional atribuye a esta una inicial preferencia sobre el derecho al honor, en base a su doble carácter de libertad individual y garantía institucional “*de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático*” (STC 154/1999, de 14 de septiembre).

Efectivamente, en la STC 21/2000, de 31 de enero, se afirma que “*es doctrina constitucional reiterada que en los casos en los que exista un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad de información, debe partirse de la premisa de que a través de este último derecho no solo*

*se protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político [...] De este modo, al contribuir este derecho a la formación de una opinión pública libre, la libertad de información constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática”.*

No obstante, la preferencia sobre el derecho al honor se supedita a la concurrencia de dos requisitos en los que profundizábamos anteriormente: que la información transmitida sea veraz y que esté referida a asuntos de relevancia pública por las materias que trata o por las personas que en ellas intervienen.

De acuerdo con De Verda y Beamonte (2015, p. 393), el Tribunal Supremo ha recibido la jurisprudencia constitucional sobre la materia, pero ha propuesto otros dos criterios sucesivos de ponderación para dirimir el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor. Estos tienen que ver con la valoración del “peso en abstracto” de los derechos en colisión; y con la del “peso relativo” de los mismos. Desde este punto de vista, primero la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor. Y esto es así porque, como ya hemos comentado anteriormente, dicha libertad garantiza la formación de una opinión pública libre indispensable en el pluralismo político que exige el principio democrático.

En segundo término, la técnica de ponderación exige valorar el peso relativo de los respectivos derechos que entran en colisión teniendo en cuenta a) si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad, porque entonces el peso de la libertad de información es más intenso; b) para que prevalezca sobre el derecho al honor se exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones; y c) la transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado.

Por lo tanto, la ponderación en abstracto lleva a afirmar la inicial prevalencia de la libertad de información sobre el derecho al honor; y, en segundo lugar, la ponderación relativa del “peso” de

los derechos exigiría analizar si la información es de interés público y veraz, así como si se transmite de manera proporcionada<sup>410</sup>.

En el mismo sentido se manifestaba Ortega Gutiérrez (1999) quien apuntaba que eran tres los criterios que utiliza el Tribunal Constitucional para ponderar el derecho a la información frente al derecho al honor: la clase de libertad que se ejercita, el interés público existente y la condición de personaje público o privado del ofendido, sin olvidar la relevancia que tiene el derecho a la información para la realización de una verdadera sociedad democrática.

De forma semejante a lo que sucede con la libertad de información, en el conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión se atribuye una preferencia inicial a esta última, siempre que recaiga sobre asuntos de interés público y no se ejerza empleando “*términos injuriosos o vejatorios, o sin relación con la opinión o juicio de valor que se emite*” (STC 9/2007, de 15 de enero). Y ello porque se considera que esta libertad, al igual que la de información, “*constituye uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional español*” (STC 297/2000, de 11 de diciembre; STC 127/2004, de 19 de julio). Conviene recordar que la diferencia básica entre la libertad de información y de expresión estriba en que, al resolver un conflicto donde aparezca esta última junto al derecho al honor, no se exigirá el requisito de la veracidad.

En definitiva, la ponderación se erige entonces como un mecanismo idóneo para solucionar colisiones entre derechos que tienen el mismo rango jerárquico, a través de la consideración de las circunstancias de cada supuesto (De Domingo, 2001). La doctrina de la ponderación del caso se divide en las siguientes fases que han de seguirse cada vez que nos encontremos con un conflicto entre el derecho al honor y alguna de las libertades que forman parte de la comunicación pública libre:

1. Averiguar si nos hallamos ante una manifestación de la libertad de información o de expresión, partiendo de que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, ambas tienen una inicial preferencia sobre el honor.
2. Se debe efectuar un juicio de proporcionalidad para conocer si la libertad en cuestión se ha ejercitado dentro de los requisitos exigidos por la Constitución y la jurisprudencia, a saber: la

---

<sup>410</sup> Explica el autor que, en realidad, ambas ponderaciones (la abstracta y la relativa) no pueden distinguirse en un plano lógico, ya que son inseparables: la inicial preferencia que en el plano abstracto se afirma respecto de la libertad de información no tiene un carácter ontológico, sino que se subordina a los requisitos de que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública. Por ello, las últimas sentencias sobre la materia parecen haber abandonado la doctrina jurisprudencial de la doble valoración de los criterios de ponderación sucesiva (De Verda y Beamonte, 2015, p. 395).

libertad de información debe transmitir hechos de relevancia pública y veraces; y la libertad de expresión debe basarse igualmente en asuntos de interés público y no emplear insultos o términos innecesarios sin conexión con lo que se está relatando (en ningún caso se le exigirá el requisito de veracidad puesto que las ideas, juicios u opiniones no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud).

3. Se ha de identificar la intromisión del derecho afectado, en todo caso, la protección del honor mediante “*información injuriosa, denigrante o desproporcionada*” (véase, por ejemplo, la STS 15 de octubre de 2009 y la STS 6 de junio de 2011).

En base a todo esto, el tribunal en cuestión deberá determinar si la comunicación que se desea impugnar constituye una intromisión en el derecho al honor de la persona afectada. En caso de apreciar dicha vulneración, el órgano jurisdiccional declarará lesionada dicha potestad del actor por medio de una resolución; y condenará a la parte demandada al resarcimiento de daños que considere conveniente (Abati García y Sixto García, 2019).

No obstante, la aplicación de la técnica de ponderación presenta mayor complejidad para resolver conflictos entre derechos donde la libertad de expresión se ejerce mediante un lenguaje que no puede ser considerado como injurioso, denigrante o desproporcionado, pero tampoco resulta inofensivo o inocuo para el colectivo al que se dirige. Resultaría extremadamente difícil establecer dicha técnica o juicio de proporcionalidad en esta especie de zona difusa, en la que la vulneración se camufla en una fingida neutralidad; y al no alcanzar las palabras un efecto tan manifiestamente nocivo, la ponderación suele hacer prevalecer la libertad de expresión sobre otros derechos.

Sin embargo, no consideramos que una mayor punición de esta libertad conlleve una protección más garantista del honor de los grupos históricamente marginados, sino que insistimos en la necesidad de hallar otros métodos para salvaguardar su dignidad y favorecer la participación en sociedad de todas las personas.

#### **4.1. Referencia a los principales delitos contra el honor: las calumnias e injurias en el Código Penal español**

Llegados a este punto, resulta obligatorio interrogarse sobre si la tipificación como delito de determinadas conductas ha redundado en una mejor salvaguarda de las condiciones de vida de colectivos específicos, esto es, si establecer que ciertos ataques al honor puedan ser constitutivos de delito, tal y como establece nuestro Código Penal, ha contribuido a reducir la discriminación hacia

los grupos más expuestos a padecerla. Encontrar respuestas para estas cuestiones es sumamente complejo y quizá esté fuera del alcance de esta humilde investigadora, pero aproximarnos al entramado legal que castiga las vulneraciones del honor de las personas puede ofrecernos algunas evidencias al respecto.

En el Título XI del Código Penal, hallamos los “Delitos contra el honor”; y en dicha configuración destaca el delito de calumnias, tipificado en el art. 205 CP, que alude a “*la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*”. Estos actos son castigados con penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses. El Tribunal Supremo, en jurisprudencia reiterada, ha recordado que el delito de calumnias “*no consiste en la falsa imputación de un delito, en el sentido de figura típica y concreta, sino en la falsa atribución de unos hechos que, si fueran ciertos, integrarían alguna concreta figura delictiva*” (STS 848/2021, de 4 de noviembre, o STS 500/2021, de 9 de junio).

No obstante, el art. 207 CP recoge una excepción de vital importancia al respecto: “*El acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado*”. Es lo que se conoce como *exceptio veritatis*, una facultad que permite al acusado probar la verdad de las imputaciones para exonerarse de cualquier tipo de responsabilidad. Pese a las controversias que presenta esta figura en relación al principio de presunción de inocencia (puesto que se invierte la carga de la prueba), Bustos (1994) afirma que se trata de un elemento esencial de la información de hechos. De este modo, la *exceptio veritatis* no solo actúa como un derecho del que informa (para evitar una condena), sino también como un deber que le obliga a demostrar unos hechos concretos que atribuye a alguien.

Más adelante, en el art. 208 CP encontramos el delito de injurias que se refiere a “*la acción o expresión que lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*”. No obstante, en su párrafo segundo el precepto dispone que “*solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves*” que, entonces, se castigarán con multas que oscilarán entre los seis y los catorce meses. A su vez, el párrafo tercero concreta el criterio de gravedad señalando que “*las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad*”.

En este sentido, el elemento del tipo se corresponde con el conocimiento y la voluntad de la acción de injuriar (dolo). Además, se necesita una intención específica de hacerlo, es decir, el llamado

*animus injuriandi* o ánimo de menospreciar, desacreditar y deshonorar al sujeto pasivo (González Pérez, 1993). Es esta intención la que debe mover al sujeto activo del delito; y no otra serie de ánimos, como ejercitar un derecho, ejecutar una crítica, denunciar unos determinados hechos en un contexto concreto o incluso defenderse ante alguna situación.

A continuación examinaremos algunos ejemplos que nos ayudarán a comprender mejor esta clase de delitos: en diciembre de 2014 la federación de asociaciones contra la lucha del racismo en España, SOS Racismo, interpuso una querrela por injurias y calumnias contra el entonces diputado del Partido Popular en Álava, Javier de Andrés. En el marco de un cruce de declaraciones entre el Partido Popular y los dirigentes de SOS Racismo, este les había acusado de ser “los maestros y principales colaboradores en el fraude de las ayudas sociales por parte de los inmigrantes en Álava”. El político argumentó que la asociación llegó a empadronar, al mismo tiempo, en su sede de Gasteiz a 764 personas extranjeras, y que a lo largo del tiempo había habido 1252 inmigrantes empadronados en dicho local.

Por su parte, SOS Racismo explicó que tales empadronamientos estaban avalados por resoluciones del Instituto Nacional de Estadística y del Director General de Cooperación Local, del 4 de julio de 1997. Las mismas permitían que, en algunos casos, se empadronase a personas en un lugar pese a que no fuese su domicilio habitual, sobre todo en los supuestos en los que un individuo que carece de techo o reside en una infravivienda, viva en otro municipio y este sea conocido por los Servicios Sociales correspondientes<sup>411</sup>.

Tras la admisión a trámite, el Juzgado de Instrucción nº 2 de Gasteiz decretó el sobreseimiento del caso, puesto que la jueza consideró que las manifestaciones del diputado no llegaban a integrar el tipo penal de injurias y calumnias, es decir, que las afirmaciones se hubiesen hecho con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Asimismo, la responsable del Juzgado de Instrucción señalaba que en este caso los hechos eran al menos parcialmente ciertos (recordemos los datos sobre el empadronamiento que ofrecía Javier de Andrés como justificación de su declaración); y no constaba voluntad de injuriar.

---

<sup>411</sup> Información consultada el 14 de abril de 2023 en <https://www.naiz.eus/eu/info/noticia/20160215/la-audiencia-de-araba-archiva-una-querrela-de-sos-racismo-contra-javier-de-andres>.

Por lo tanto, las expresiones vertidas debían enmarcarse en el principio de libertad de expresión e información, cuya preeminencia como ya hemos examinado, es todavía mayor en un supuesto debate de interés público sobre la política migratoria y las ayudas sociales<sup>412</sup>.

No obstante, que no se cumplan los requisitos necesarios para constituir el tipo penal no implica que la consideración o estatus social del afectado no sufran un menoscabo evidente a raíz de proferir tales expresiones. Al fin y al cabo, este ejemplo entronca con los denominados *microracismos* que se definen como el empleo reiterado de estrategias comunicativas con construcciones lingüísticas basadas en términos “sutiles”, “suaves” o “de bajísima intensidad” (Martínez Soos et al., 2018, p. 6), que las convierten en casi invisibles (Marjorie-Paola Hurtado, 2018). Esto a su vez provoca que, en ocasiones, las personas que los sufren no sean del todo conscientes de que dichas actitudes (en este caso, la acusación de que los migrantes de Álava son una suerte de defraudadores) atentan contra sus derechos fundamentales como el honor, la dignidad y, por supuesto, su identidad colectiva. Si no se detectan y erradican estos *microracismos*, perpetúan la normalización de discriminaciones hacia estos grupos (Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, 2019).

Por otro lado, en 2020 también se decretó el sobreseimiento provisional de las diligencias abiertas por injurias contra el portavoz de VOX en el Congreso de los Diputados, Iván Espinosa de la Monteros, quien afirmó en una entrevista en Antena 3 que “un extranjero es tres veces más

---

<sup>412</sup> Anteriormente, la Fiscalía de la Comunidad Autónoma del País Vasco también había archivado una denuncia interpuesta por SOS Racismo contra Javier Maroto, alcalde en aquel momento de Vitoria-Gasteiz. Tal y como se hacía eco *eldiario.es*, el ex alcalde pronunció lo siguiente sobre el colectivo de migrantes magrebíes: “No quieren trabajar y realizan un uso escandaloso de las ayudas sociales (...), además no tienen interés en integrarse socialmente ni en trabajar”.

El fiscal superior del País Vasco entendió que tales declaraciones fueron realizadas en el ejercicio de su libertad a expresar y a difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones: “Mientras mayor es la importancia del asunto que se discute, más amplia ha de ser la protección de la libertad de expresión y más estricta la interpretación de las limitaciones que es legítimo imponerle”. Aunque también alertó de que generalizar con colectivos concretos y ámbitos de fraude podía ser poco riguroso. No obstante, en ningún caso integraba el tipo penal de injurias o calumnias ni incitaba al odio. *El Mundo* (09/03/2015), “La Fiscalía archiva las diligencias contra Javier Maroto por la denuncia de SOS Racismo”. Texto recuperado el 11 de febrero de 2023 de <https://www.elmundo.es/pais-vasco/2015/03/09/54fd70c8e2704e4b348b4571.html>.



propenso a violar que un español”<sup>413</sup>. La Asociación Ciudadanos por la Convivencia y el Desarrollo (Watani) denunció los hechos al considerar que este tipo de manifestaciones "son radicalmente falsas" y sirven para crear alarma social contra el colectivo migrante. Además, aseguraron que atentaban gravemente contra la dignidad humana, la convivencia, la paz social e incitaban al odio contra las personas extranjeras.

La titular del Juzgado de Instrucción nº 1 de Alcobendas (Madrid) entendió que la frase empleada buscaba sin duda un efecto sensacionalista y estaba destinada a la captación del electorado más radical con las políticas de inmigración. Sin embargo, no podía entenderse tan grave como para integrar el tipo penal de injurias o calumnias ni tampoco propiciaba directa o indirectamente la discriminación o el odio hacia los extranjeros.

Como en el caso anterior, parece que nos hallamos ante un nuevo ejemplo de *microracismo*, que puede que no revista la gravedad suficiente como para constituir un delito; pero perpetúa la inferioridad de un colectivo (extranjero), promueve el enfrentamiento con los autóctonos e incluso alienta la persecución hacia los primeros al entenderlos como un peligro o una amenaza para su seguridad (Martínez Soos et al., 2018).

En suma, estos ejemplos nos han servido para ahondar un poco más en los principales delitos contra el honor (calumnias e injurias), así como para advertir que existen numerosas zonas difusas que escapan a la protección penal, con las graves consecuencias discriminatorias que estas conductas entrañan para el desarrollo y la integración de determinados colectivos en sociedad.

Además, como habrá observado el lector perspicaz, todos ellos también guardan relación con otro de los delitos que opera como límite legítimo al ejercicio de las libertades de información y expresión: el discurso de odio tipificado en el art. 510 CP. El TEDH, en sentencias como el caso *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006, ha reiterado que “*debe considerarse necesario en ciertas sociedades democráticas la sanción o incluso la prevención frente a cualquier expresión que difunda, incite, promueva o justifique el odio basado en la intolerancia*”.

---

<sup>413</sup> En la misma línea, el líder del partido, Santiago Abascal, proclamó durante un debate electoral que "manadas" como el grupo condenado por el abuso sexual de una joven en los Sanfermines "hay más de 100", "el 70% de los que están imputados son extranjeros". El caso también se archivó por enmarcarse las declaraciones en el ejercicio de la libertad de expresión en un debate político. *Maldita Migración* (04/11/2019), “¿Por qué no es cierto que ‘el 70% de quienes están imputados’ en manadas son extranjeros como dice Santiago Abascal?”. Texto recuperado el 3 de marzo de 2023 de <https://maldita.es/malditodato/20191104/por-que-no-es-cierto-que-el-70-de-quienes-estan-imputados-en-manadas-son-extranjeros-como-dice-santiago-abascal/>.

En el ámbito nacional, nuestro Tribunal Constitucional en su STC 136/1999, de 20 de julio, declaró que *“no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre”*.

Esto es así por el carácter intolerante y el desprecio que revisten estos discursos que atentan contra la dignidad, incluso la seguridad, de ciertos grupos de la población (STEDH *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009, a la que nos referiremos seguidamente).

En definitiva, los delitos contra el honor y, en particular, los relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas, donde veremos que se ubica el discurso de odio, deberían ser derrotados mediante herramientas como la razón, la democracia deliberativa o la educación en derechos humanos.

Sin embargo, Rosenfeld (2003, p. 198) señala que *“como esta lucha ha fracasado en repetidas ocasiones, parece no haber más alternativa que combatirlos a través de la regulación, a fin de asegurar un mínimo de civilidad en la palestra pública”*.

## **5. Los delitos de odio como límite al ejercicio de la libertad de expresión: punto de partida**

Quien con monstruos lucha  
cuidе de no convertirse a su vez en monstruo,  
cuando miras largo tiempo a un abismo,  
también este mira dentro de ti.

FRIEDRICH NIETZSCHE,

Charles Baudelaire afirmaba que *“el odio es como un borracho en el fondo de una taberna que constantemente renueva su sed con la bebida”*. Una frase que ejemplifica el último *“Informe sobre la evolución de los delitos de odio en España”* (2021) que mostraba cómo en ese año se investigaron un total de 1802 infracciones penales e incidentes de odio en nuestro país, un aumento de un 5,63 por ciento con respecto a 2019. El Ministerio del Interior confirmaba con estos datos la tendencia en alza de este fenómeno examinada desde 2014, en la que casi la mitad de los delitos registrados por

las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tuvieron un móvil racista o xenófobo, categoría que crece un 24,08 por ciento respecto de los computados en 2019<sup>414</sup>.

Como bien señala Valiente Martínez (2022), en este contexto social caracterizado por mensajes ofensivos o discriminatorios, es cuando resulta necesario preguntarse si los intolerantes tienen derecho a exigir ser tolerados, si los tolerantes tienen derecho a no tolerar a los intolerantes; y, en caso de responder afirmativamente a la cuestión anterior, en qué supuestos pueden los tolerantes ejercer tal derecho y cómo.

Apuntábamos anteriormente que el TEDH había declarado en varias ocasiones que, para evitar los riesgos que conlleva el abuso de la libertad de expresión en las sociedades democráticas, eran necesarias la sanción y la prevención de aquellas expresiones que difundiesen o promoviesen el odio basado en la intolerancia (véase el citado asunto *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006).

El Ordenamiento Jurídico español no castiga el odio en sí porque, tal y como recordó nuestro Tribunal Constitucional en su STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020, caso *Strawberry*, no se pueden prohibir sentimientos, pensamientos o ideas. Sin embargo, sí se sanciona la comisión de un delito motivada por el odio y la incitación al mismo llevada a cabo mediante la palabra. De esta forma, surge uno de los conceptos más complicados de abordar en el ámbito del Derecho: los denominados delitos de odio.

Frente a designaciones clásicas como “delitos protectores del principio de igualdad” o “normativa penal antidiscriminatoria”, durante los últimos años la expresión “delitos de odio” ha ido ganando peso en la doctrina y notoriedad en el panorama mediático (Landa Gorostiza, 2018). La Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) los identifica con “cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos a continuación: Un grupo debe estar basado en una característica común de sus miembros, como su raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar”.

Esta definición tuvo su reflejo en la regulación que lleva a cabo nuestro Código Penal español que diferencia entre actos de odio (*hate crimes*) y discursos de odio (*hate speech*). Los primeros se

---

<sup>414</sup> Informe consultado el 8 de marzo de 2023 en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2022/031022-informe-delitos-odio-2021.aspx>.

recogen en la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal (art. 22.4º CP) que agrava conductas básicas por razones racistas, xenófobas y/o discriminatoria.

Por otra parte, el discurso de odio criminalizado lo encontramos en el art. 510 CP, ubicado en el Capítulo IV “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en la Sección Primera: “De los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”.

Sin duda, caben versiones más amplias sobre los delitos de odio que comprenden, por citar algunos ejemplos, aquellos actos discriminatorios recogidos en los arts. 511, 512 y 314, la amenaza colectiva del art. 170 CP o incluso los delitos de derecho internacional, como el genocidio (art. 607), los crímenes contra la humanidad (art. 607 bis) y los polémicos delitos contra los sentimientos religiosos (art. 522 ss. CP).

Sin embargo, a lo largo de este capítulo tomaremos como referencia esta versión estricta (arts. 22.4º y 510 CP), que la doctrina tiende a denominar como el “núcleo duro” de los delitos de odio (entre otros, Landa Gorostiza, 2018; Lorenzo Copello, 2019).

Nuestra decisión obedece a tres razones fundamentales: en primer lugar, porque un estudio omnicomprendivo de todos los preceptos relacionados de forma indirecta con el odio escapa al objeto de estudio de esta investigación, que busca comprender el lenguaje de los derechos referido, fundamentalmente, al colectivo migrante y no a otros grupos sociales<sup>415</sup>.

En segundo lugar porque, tal y como argumenta Lorenzo Copello (2019, p. 459), una visión genérica que pretenda abarcar en el concepto de delitos de odio, todo acto o manifestación pública de rechazo o animadversión hacia un grupo cualquiera de personas “desdibuja totalmente el concepto y hace imposible dotarlo de algún fundamento razonable”. Del mismo parecer es Landa Gorostiza (2018), que además entiende que interpretaciones más extensas que la propuesta adolecen de precisión, además de que su terminología se aleja de los perfiles político-criminales que únicamente prevén en esta materia la incorporación por parte de los Estados de figuras de incitación y de una agravación por motivación racista y xenófoba.

En tercer y último lugar, partimos del especial cuidado que han de tener los Estados a la hora de legislar en esta materia para evitar injerencias desmedidas en el ámbito de protección de los

---

<sup>415</sup> Para profundizar en el tema desde otra perspectiva, se propone al lector la visualización de la plataforma web “LIBEX”, una herramienta digital de apoyo a la labor de los operadores jurídicos que deban enfrentar posibles delitos relacionados con actos de comunicación: <https://libex.es/incitacion-odio-violencia-discriminacion-vulnerables/>.

derechos fundamentales. Así lo establece la Decisión marco 2008 de la Unión Europea, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal, que en su artículo 7 impone a los Estados miembros de la UE *“la obligación de respetar los derechos fundamentales y los principios jurídicos fundamentales, incluidas las libertades de expresión y de asociación, consagrados en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea”*<sup>416</sup>.

### **5.1. Origen de la configuración legal de los delitos de odio: especial referencia al Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

Hemos de situarnos al término del Holocausto judío, definido por el Consejo de Europa como *“uno de los mayores ataques perpetrados en Europa contra la democracia, el pluralismo y los derechos humanos”*<sup>417</sup>. Con estas palabras resonando en el corazón de los Estados, los dirigentes políticos impulsaron, con el fin de evitar nuevos peligros basados en la intolerancia, el odio y el prejuicio, el nacimiento del derecho internacional de los derechos humanos, a través de la aprobación de textos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965) o el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966).

Y es que esta firme defensa de la igualdad de las personas ocurrió, de acuerdo con Landa Gorostiza (2018), porque en Europa latía -quizá todavía hoy perdure- una cierta desconfianza en que la democracia pudiese resistir el acoso de discursos opuestos a la igualdad en dignidad. Es por ello que el efecto inmediato de estos pactos internacionales fue la configuración por parte de los ordenamientos jurídicos de un modelo de protección penal basado en aceptar límites a los derechos fundamentales. Especialmente en lo que concernía a la libertad de expresión, que a partir de ese momento no ampararía determinadas formas de propaganda que justificasen actos extremos como el nazismo, el fascismo, el antisemitismo o el comunismo.

---

<sup>416</sup> Fragmento extraído de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Texto recuperado el 23 de abril de 2023 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32008F0913>.

<sup>417</sup> Recomendación General nº 15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorándum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa. Texto recuperado el 22 de abril de 2023 de <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>.

Como hemos visto en páginas anteriores, así lo estableció el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En él, el discurso de odio y su rechazo frontal se situó históricamente como un elemento central que reflejaba el reto de asentar una democracia liberal que lograra su enraizamiento después de la amarga experiencia del fascismo. Esto conllevó, por tanto, una limitación en cuanto a la libertad de expresión que actuaría como cauce para promulgar este tipo de discursos (art. 10.2 CEDH<sup>418</sup>).

En base a lo expuesto, es lógico que en un principio la jurisprudencia del TEDH identificase el rechazo al discurso de odio con casos extremos de incitación al nazismo, racismo, etc<sup>419</sup>. A pesar de que con el paso del tiempo el Alto Tribunal pasará de un rechazo radical al discurso xenófobo a uno más matizado, este restringe y achica el campo de libre expresión privando de protección a un muy amplio universo de propaganda incitadora si se compara, según autores como Landa Gorostiza (2018), con la tradición interpretativa de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América<sup>420</sup>.

Cabe mencionar que en la historia legislativa de los EE UU, la libertad de expresión “siempre ha sido protectora del disidente” (Freixes Montes, 1996, p. 271); y, por tanto, los discursos de odio se toleraban en la medida en que se optaba por permitir “espacios potenciales del diferente evitando a toda costa coartar su libertad”. Incluso aunque dicho diferente se manifestase con discursos racistas o xenófobos (lo que Alcácer Guirao, 2020, p. 35, denomina “tolerancia hacia el intolerante”).

En este contexto, Presno Linera (2021, p. 332) recuerda por qué el umbral de protección de los discursos que entrañan odio o aversión al diferente es más alto que en Europa haciéndose eco de las palabras pronunciadas por la Corte Suprema de EE UU en la conocida sentencia *Scotus, Matal vs. Tam* (19 junio 2017): “El discurso que degrada en base a la raza, la etnia, el género, la religión, la edad, la discapacidad o cualquier otro terreno similar es odioso, pero el mayor orgullo de nuestra jurisprudencia es que protegemos la libertad de expresar el pensamiento que odiamos”.

---

<sup>418</sup> “Este ejercicio podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública...”.

<sup>419</sup> La primera vez que el TEDH se refirió al discurso del odio fue en 1999 en cuatro casos contra Turquía: *Sürek, Sürek y Özdemir, Sürek*; y *Erdogdu e Ince*.

<sup>420</sup> Si se desea profundizar más en el estudio comparativo de los modelos estadounidense y europeo, se recomienda la lectura de Valero Heredia, A. (2017). *Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial*. El texto se encuentra disponible en abierto en <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.110.11>. Y también la obra *La libertad de expresión en América y Europa*, de Presno Linera, M. A. y Teruel Lozano, G. M. (2017). Portugal: Juruá Editora.

Sin embargo, como hemos ido observando, el modelo europeo es contrapuesto al americano y se encuentra fuertemente marcado por los estragos del nazismo, lo que ha llevado a nuestros Estados a articular la libertad de expresión desde la desconfianza de que puedan repetirse experiencias atroces como esta. Así se refleja en la construcción de la jurisprudencia del TEDH en materia de delitos cometidos mediante el uso de las palabras.

De la mano de Landa Gorostiza (2018, p. 37 y ss.), extraemos las claves que ha experimentado la evolución del Alto Tribunal de Europa en este ámbito:

1. En primer lugar, el discurso de odio se consolida como límite legítimo a la libertad de expresión ante cierta propaganda de corte xenófoba o incluso hostil contra ciertos grupos vulnerables como las minorías o el colectivo LGTBI. Aquí resulta significativo mencionar el caso *Vejdeland y otros c. Suecia* (9 de febrero de 2012), en el que los demandantes fueron condenados por distribuir en una escuela propaganda en contra de los homosexuales, que contenía expresiones como que la homosexualidad era una “orientación sexual desviada”, o que este colectivo era “responsable de la expansión del virus del Sida”.

En esta sentencia, el TEDH sentaría un precedente importante con respecto a la persecución de estos discursos, en detrimento de la protección de la libertad de expresión, al afirmar que *“la incitación al odio no necesariamente supone una llamada a cometer actos de violencia y otras conductas criminales. Sin embargo, cualquier ataque contra un grupo específico de la sociedad, ya sea por medio de insultos o de declaraciones que busquen ridiculizarlo o difamarlo, es suficiente para que las autoridades privilegien el combate contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión, cuando ella es ejercida de forma irresponsable”*<sup>421</sup>.

2. En segundo lugar, dependiendo del tipo de colectivo, está más o menos asentado dicho límite. Ante la propaganda filo-nazi, dada la influencia del Holocausto, se permite un margen de maniobra más amplio para los Estados que deseen castigarla penalmente. En consonancia con esto, adquiere especial relevancia el art. 17 CEDH que prohíbe el abuso de derecho: *“Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a [...] realizar un acto tendente a la destrucción de*

---

<sup>421</sup> Posteriormente reafirmará este argumento en el asunto *Beizaras y Levickas c. Lituania*, de 14 de enero de 2020.

*los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo”.*

Este precepto ha sido calificado por la doctrina como “efecto guillotina”, que Teruel Lozano (2017) define como una cláusula pensada para privar de protección a los que pretendan valerse de los derechos y libertades del Convenio con propósitos liberticidas. Es decir, el TEDH considera que una expresión o discurso constituye abuso del derecho (en este caso de la libertad de expresión), cuando se usa para fines distintos para los que aquella potestad fue creada: el fomento o justificación del odio, la violencia, la discriminación racial, etc, valores contrarios al espíritu del CEDH.

Así, cuando el discurso de odio se incardina dentro del art. 17 CEDH, se rechaza la demanda sin entrar en el fondo del asunto y, por lo tanto, sin analizar su posible colisión con la libertad de expresión (García Majado, 2022). Ejemplo del “efecto guillotina” lo encontramos en el asunto *Glimmerveen and Haagenbeek c. Holanda*, de 11 de octubre de 1979, donde el TEDH inadmitió el recurso de dos líderes de un partido político que repartían panfletos dirigidos al “pueblo blanco holandés”, poniendo de relieve la necesidad de homogeneidad étnica en la sociedad y, por ende, la expulsión de los que no fueran blancos. El Alto Tribunal entendió que los sujetos estaban fomentando la discriminación racial y valiéndose de la libertad de expresión para socavar derechos y libertades de otros colectivos, lo que era incompatible con el art. 17 CEDH<sup>422</sup>.

3. En tercer lugar, destaca como clave en la evolución jurisprudencial del TEDH en esta materia la idea de que la aproximación a los casos que juzga parece ser contextual. Esto significa que el parámetro de referencia no oscila tanto en si hay una incitación a la violencia, sino que más bien se analiza el discurso en el contexto para poder identificar su efecto en el colectivo en cuestión (Landa Gorostiza, 2018).

4. En cuarto y último lugar, el discurso racista o xenófobo se ha ido progresivamente extendiendo a otro tipo de casos en los que la propaganda de agitación se dirige contra colectivos como grupos étnicos, apología o justificación del terrorismo, etc.

---

<sup>422</sup> En este sentido, véanse también los asuntos *Norwood c. Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004, donde el recurrente solicitaba amparo tras ser condenado por colgar en su ventana un póster de las Torres Gemelas en llamas con el lema “Islam fuera de Reino Unido. Proteged al pueblo británico”. O el caso *Pavel Ivanov c. Rusia*, de 20 de febrero de 2007, en el que el propietario de un periódico fue sancionado por publicar artículos que retrataban a los judíos como el origen de todos los males de Rusia. Ambos supuestos constituyeron para el TEDH ataques evidentes contra grupos étnicos prohibidos por los valores del CEDH y, en particular, por el art. 17 del Convenio.



Como conclusión, podemos interpretar que no existe una definición cerrada de discurso de odio, sino abierta y en evolución cambiante según los supuestos que se van presentando ante el TEDH. Sin embargo, valgan estas claves como antesala para abordar la regulación actual de los delitos de odio en nuestro Código Penal, así como para poner de manifiesto el *efecto de irradiación* que la tendencia jurisprudencial del TEDH ha tenido en todo nuestro Ordenamiento Jurídico dedicado a esta materia. Huelga recordar que el art. 10.2 CE obliga a los tribunales españoles a tenerla en consideración: *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*.

## **5.2. La persecución penal de los delitos de odio: aproximación a la agravante del artículo 22.4º**

*“Lo que mueve este voto particular es, sencillamente, la convicción de que ningún derecho penal de inspiración constitucional y democrática puede ser potestativamente expansivo. Y que cuando ya las propias disposiciones legales acusan este grave defecto -presente de forma paradigmática en legislaciones como la antiterrorista, denunciada, no sin fundamento, como una suerte de derecho penal de excepción- es función del intérprete-aplicador, el judicial sobre todo, contener tal recusable desbordamiento de la que, por su virtud, deja de ser la última o extrema ratio”*.

Este prolegómeno extraído del voto particular pronunciado por el magistrado Perfecto Andrés Ibáñez -a raíz de la STS 4/2017, de 18 de enero, más conocida como caso *Strawberry*- constituye una magnífica síntesis de la opinión de la doctrina (Laurenzo Copello, 2019, entre otros) con respecto a la corriente expansiva fomentada por la actual regulación de los delitos de odio. Todo ello con el argumento de combatir un supuesto mensaje que socava las bases de la convivencia.

A la hora de aproximarnos a dicha regulación, primero debemos aludir a lo que se considera como actos de odio (*hate crimes*) recogidos en la agravante de discriminación 22.4 CP. Una primera alusión al sistema jurídico norteamericano, país referencia en el estudio de este tema, nos revela que la técnica de agravar la pena de delitos comunes se erige como el instrumento central de los delitos de odio. De hecho, Landa Gorostiza (2018, p. 117) señala, respecto al art. 22.4º CP, que *“se trata de uno de los preceptos de mayor aplicación en nuestro Código Penal”*.

Tras recientes modificaciones<sup>423</sup>, dicho artículo nos sitúa ante una serie de circunstancias que agravan la responsabilidad criminal de un sujeto que cometa cualquier tipo de delito:

*“4.ª Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, edad, orientación o identidad sexual o de género, razones de género, de aporofobia o de exclusión social, la enfermedad que padezca o su discapacidad, con independencia de que tales condiciones o circunstancias concurren efectivamente en la persona sobre la que recaiga la conducta”.*

Tómese como ejemplo de esta redacción actual la SAP 717/10, de 28 de junio de 2010, que juzga a un ciudadano español que golpeó a otro de origen africano causándole una tetraplejia inmediata. Por ello, se le condena por un delito de lesiones con la concurrencia de la agravante de discriminación racista. En los hechos probados se demostró que la agresión fue acompañada de expresiones indicativas del rechazo al colectivo al que pertenecía la víctima: “Negro hijo de puta”, “mono”; o frases en las que afirmó que “no debía estar en España porque su sitio era un jardín zoológico donde estuviera con otros monos como él”.

Con respecto a su fundamentación jurídica, Dopico Gómez-Aller (2005) se pregunta ¿por qué es más grave un delito si lo motiva la voluntad discriminatoria? Lo cierto es que esta es una de las cuestiones que ha generado múltiples discusiones entre la doctrina penal, en base a si el fundamento jurídico de la agravante radica en su pertenencia a la categoría de culpabilidad, o, sin embargo, su naturaleza se encuentra más cercana a la del injusto y dentro de este, si alude al injusto objetivo o al injusto subjetivo. Como su estudio escapa al objetivo de esta investigación y al campo de estudio del Derecho Constitucional, se destacan únicamente las premisas que propone Díaz López (2012),

---

<sup>423</sup> La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia modificó la agravante del 22.4º para añadir la “aporofobia” (término acuñado por Adela Cortina y al que ya hemos aludido en esta tesis doctoral en varias ocasiones); y “la exclusión social” como causas nuevas de discriminación. El Tribunal Supremo en su sentencia 1160/2006, de 9 noviembre, ya manifestó su conformidad con respecto a entender la aporofobia como móvil para cometer un delito; y el voto particular que se formuló en la STS 458/2019, de 9 de octubre, caso *Alsasua*, también hablaba de la importancia de la “exclusión social” como forma de discriminación hacia algunas personas.

Por su parte, la Ley Orgánica 6/2022, de 12 de julio, introdujo también el antigitanismo como una de las razones de agravación de las penas del art. 22.4º; y como uno de los motivos que daban lugar al discurso de odio tipificado en el art. 510 CP. De esta forma, el legislador respondía a una de las mayores demandas del pueblo gitano durante los últimos años (Fundación Secretariado Gitano, 2022). Por último, la LO 6/2022 también modificó el art. 510 para incluir la aporofobia entre sus causas que, hasta el momento, solo figuraba como agravante en el art. 22.4º.

quien no parece decantarse por ninguna de las teorías existentes sobre el fundamento jurídico de la agravante, sino que entiende que cualquiera de ellas será compatible siempre que para su interpretación se cumplan las siguientes condiciones:

1. No se sancionan las motivaciones en sí mismas consideradas, para evitar situarnos en una manifestación del denominado “Derecho penal de autor”, a todas luces contrario a nuestro Estado de Derecho.
2. Lo que se sanciona es el hecho típico, imponiendo una pena delimitada por el marco punitivo del delito que se trate, en definitiva, la conducta que lleva a cabo el autor contra una determinada persona.
3. A pesar de que no se están sancionando en sí mismos, se toman en consideración los motivos discriminatorios proyectados en el hecho, como explicación para su comisión o como justificación del aumento de la pena.
4. No se tratará de probar situaciones fácticas subyacentes ni potenciales o reales efectos, sino motivos, que es lo que menciona el precepto al hacer alusión clara a una lista exhaustiva de causas de discriminación (ideología, religión, creencias de la víctima, discapacidad, etc).

Por otro lado, existe un segundo debate en torno al bien jurídico protegido por la agravante: si se trata del principio de igualdad entre todos los seres humanos, sean cuales sean sus condiciones personales, o si por el contrario se basan, también, en el principio de igualdad material, en una lógica de “acción positiva” con posturas más o menos expansivas (Salec Gordo, 2017).

Laurenzo Copello (2019, p. 453 y ss.) es clara al entender el principio de igualdad como fundamento de la existencia de esta agravante, esto es, “el derecho del sujeto pasivo a ser tratado como un ser humano igual a cualquier otro”. En teoría, este principio hace alusión tanto a la igualdad ante la ley como al derecho a la no discriminación, derechos íntimamente relacionados entre sí, como si fueran las “dos caras de la misma moneda”. Entre las razones que esgrimen los que abogan por la interpretación que propone esta autora destacan el tenor literal del artículo 22.4 CP. Este incide directamente en la “discriminación” que supone que la acción se desarrolle en detrimento del derecho de igualdad, un concepto que encuentra un claro reflejo en el art. 14 CE: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna (...)*”.

La prohibición de discriminación, recogida tanto en el art.14 CE como en el art. 22.4 CP, entraña entonces la defensa del derecho a la igualdad. Por lo que para que se dé el tipo penal, ha de

producirse una situación de discriminación, un tratamiento desigual basado en alguna de las causas que establece el precepto<sup>424</sup>.

Por otro lado, existen otros sectores -con los que nos identificamos en mayor medida- que defienden que la circunstancia agravante posee una naturaleza dual, con un referente individual, que consiste en el derecho que tienen todas las personas a ser tratadas de forma igual con independencia de los rasgos que las diferencian de la comunidad dominante, lo que en realidad les postularía en la defensa del principio de igualdad. Pero también sostienen que existe otro bien protegido, de carácter supraindividual, que hace referencia a la seguridad personal, una especie de “peligro” para las expectativas de indemnidad de ciertos grupos de personas que se sienten amenazados. Lo que provocaría una pérdida del “sentimiento de tranquilidad del colectivo lesionado como resultado de la agresión –en sentido amplio– racista, xenófoba, islamofóbica u homófoba, el cual corre el riesgo, además, de repetirse en el futuro, lo que, en última instancia, se traduce en una limitación de la libertad” (Landa Gorostiza, 2018, p. 115 y ss.).

El estudio de la naturaleza jurídica y del bien objeto de tutela del art. 22.4 CP nos conduce ahora a la definición de ‘colectivos vulnerables’, pues a estos se refiere el número de causas enunciadas en el precepto, así como aquellas que recoge el discurso de odio tipificado en el art. 510 CP. Cuando hablamos de esta denominación, a la que hemos aludido en varias ocasiones a lo largo de la investigación, estamos pensando en grupos que, en general, se encuentran en riesgo de cualquier tipo de exclusión. El TEDH en numerosas sentencias se ha referido al concepto de “grupo vulnerable” como “*una minoría o grupo desprotegido que padece un historial de opresión o desigualdad*” (caso *Savva Terentyev c. Rusia*, de 28 de agosto de 2018, entre otros); y ha reconocido dicha condición a la minoría gitana, a quienes padecían una enfermedad mental, a los demandantes de asilo, etc<sup>425</sup>.

Si bien es cierto que nuestra Constitución no menciona la vulnerabilidad como tal, sí que prevé la protección pública de grupos que hoy consideramos vulnerables (por citar dos ejemplos: en el art.

---

<sup>424</sup> A todo ello hay que sumar la proclamación en nuestro Preámbulo constitucional de la voluntad de “*promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida, establecer una sociedad democrática avanzada y colaborar en el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la Tierra*”.

<sup>425</sup> A este respecto, véanse los casos *Alajos Kiss c. Hungría*, de 20 de mayo de 2010, *Plesó c. Hungría*, de 2 de septiembre de 2012; *Kiyutin c. Rusia*, de 21 de marzo de 2011, y *M.S.S. c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011.

13 CE se establece la protección jurídica de los extranjeros y demandantes de asilo; mientras que en el art. 14, como hemos visto anteriormente, se prohíbe la discriminación por nacimiento, raza, sexo, religión, opinión u otra circunstancia personal o social, etc). Esto explicaría la delimitación que establece el Código Penal con respecto a los colectivos específicos objeto de tutela.

No obstante, resultan de gran utilidad los criterios que Díaz López (2012, p. 230 y ss.) propone para poder identificarlos. Partiendo también de la construcción conceptual elaborada por el TEDH y nuestro TC, se entendería ese carácter de vulnerabilidad conforme a:

a) Que haya sido fuente, históricamente, de prejuicios y discriminación. Así, por ejemplo, aunque no exista una minoría con una identidad colectiva ‘discapacitada’ análoga a la que puede existir con base en una determinada raza, no cabe duda de que la enfermedad o la discapacidad (enfermos de lepra, de SIDA, ciegos, etc.) ha sido fuente histórica y vigente de prejuicios y discriminación.

b) Que se reconozca como tal en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) o en los tratados y acuerdos internacionales en materia de igualdad ratificados por España. Así, se admitió la identidad sexual como una de esas condiciones personales, a pesar de que el art. 14 CE no la mencionaba expresamente (Díaz López, 2012).

c) Que exista cierta vocación de permanencia de la condición discriminada. Es decir, las condiciones personales que nos ocupan han de ser en su dimensión general absolutas (todas las personas tienen una identidad o una orientación sexual, etc., sea cual sea esta). Por tanto, se trata de elementos que, con vocación de permanencia, definen la identidad de una persona.

d) Dicha condición debe encontrarse desligada en cierta medida de la elección circunstancial, a pesar de las evidentes dificultades que supondría probar este criterio. El artículo 22.4º CP agrava la responsabilidad de quien cometa un delito motivado por su odio discriminatorio conforme a una de las categorías potenciales de prejuicios hacia lo que es la víctima, enumeradas por el precepto. Pues, según Díaz López (2012), aunque es posible que siempre exista cierto factor de elección, lo esencial es que la elección de la víctima tenga cierta vocación de permanencia.

En definitiva, el concepto de ‘grupo vulnerable’ posee un carácter relacional, dado que su reconocimiento depende de factores históricos, sociales e institucionales. Como bien apunta Presno

Linera (2022), existen grupos que pueden ser vulnerables en unos países y en otros no, en un momento determinado de la Historia y en otro no, etc. Además, la vulnerabilidad también es particular, pues las personas que pertenecen a estos colectivos son más vulnerables que otras. Finalmente, el concepto siempre implica una situación de inferioridad, exclusión o estigmatización<sup>426</sup>.

### **5.3. Regulación actual de los delitos de odio: origen de la configuración del discurso de odio en el artículo 510 CP**

Nos adentramos ahora en el estudio de una de las herramientas jurídico-penales clave para castigar, en palabras del Tribunal Supremo, “*mensajes de odio, que al estar basados en una intolerancia absoluta hacia el diferente, socavan las bases de nuestra convivencia*” (STS 4/2017, de 18 de enero). Se trata del denominado discurso de odio, cuya fricción con el libre ejercicio de los derechos fundamentales y, en particular, con la libertad de expresión lo convierte en una figura delicada que insta a una reflexión sosegada sobre su modelo legislativo y el tenor particular del tipo penal en el que viene recogida: el artículo 510 CP.

A pesar de que no existe unanimidad en la doctrina en cuanto a su conceptualización, creemos que la definición que establece la Recomendación nº 15 ECRI constituye un buen punto de partida:

*“El discurso de odio a efectos de la Recomendación debe entenderse como el uso de una o más formas de expresión específicas- por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones- basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual”.*

En el Derecho español, el discurso de odio como delito de expresión está recogido en el art. 510 desde 1995. Fue en 1991 cuando nuestro Tribunal Constitucional analizó por primera vez el

---

<sup>426</sup> En línea con esto, nos parece interesante destacar el asunto *M.D. y A.D. c. Francia*, de 22 de julio de 2021, donde el TEDH juzgó el internamiento en un centro de extranjeros de una mujer de Mali y su hija de cuatro meses de edad. En la sentencia, el Alto Tribunal advirtió a los Estados de que la vulnerabilidad, que es todavía mayor en el caso de los menores extranjeros, prevalece sobre el hecho de que sus progenitores sean migrantes en situación de irregularidad. Esto obliga a los países de acogida a ejecutar las medidas pertinentes para asegurar su protección; y evitar, así, situaciones de inferioridad, exclusión o estigmatización que pueden convertirse en permanentes.

discurso de odio basado en motivos racistas, a raíz del recurso de amparo que presentó Violeta Friedman, judía afincada en España (STC 214/1991, de 11 de noviembre). En él, la demandante solicitaba la protección de su derecho al honor que consideraba vulnerado por unas declaraciones realizadas por un antiguo general nazi y publicadas en la revista “Tiempo”, en las que negaba el Holocausto y ensalzaba la figura de Hitler.

El TC no solo concedió el amparo a Friedman por considerar que estaba legitimada para defender los intereses de todo un grupo étnico, sino que sentó doctrina al estimar que *“la libertad de expresión no comprendía el derecho a efectuar manifestaciones o expresiones de carácter racista y que estas, cuando ocurran, no pueden considerarse legítimas”*. Esta sentencia inspiraría más tarde la adecuación del Código Penal a la normativa europea en esta materia, y se convertiría en un valioso instrumento jurídico para prevenir y luchar contra cualquier forma de racismo (Valiente Martínez, 2017).

No obstante, es amplísima la doctrina que desde hace tiempo viene confrontando este precepto con los estándares internacionales para poner de manifiesto la “exageración punitiva” en la que incurrió nuestro legislador cuando introdujo la reforma de este precepto a través de la LO 1/2015. Entre otros, Alcácer Guirao (2020, p. 220) habla de una “sobrecriminalización de las conductas expresivas a través del art. 510 CP”; y Lorenzo Copello (2021, p. 104) entiende que quizás el precepto “consiga cubrir algunas lagunas en la tutela de los colectivos sociales discriminados, pero (...) en la práctica está suponiendo un nuevo avance de la corriente punitivista que se empeña en identificar cualquier acto inmoral o socialmente reprochable con una conducta merecedora de sanción penal”.

El legislador aludió expresamente a dos motivos para llevar a cabo los cambios: la Decisión Marco 2008/913/JAI que exigía a los Estados miembros que adoptasen medidas para garantizar que se castigasen conductas como *“1. a) la incitación pública a la violencia o al odio dirigidas contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”*<sup>427</sup>.

Por otro lado, la STC 235/2007, de 7 de noviembre (más conocida como el caso *Librería Europa*) que declaró parcialmente inconstitucional el anterior art. 607.2 CP relativo a la conducta de negación del genocidio. Con la reforma del 2015, el antiguo art. 607.2 CP desapareció y se integró

---

<sup>427</sup> Fragmento extraído de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho penal. Texto recuperado el 12 de abril de 2023 de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX%3A32008F0913>.

en el actual art. 510 CP, cuya redacción es más amplia si la comparamos con el antiguo art. 510.1 del CP de 1995. En este se castigaba a quienes “*provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, etc*”. Tras la modificación, se incorporan como categorías la pertenencia a una “nación”, además del “origen nacional”; la categoría “género”; la “identidad sexual”; y finalmente se sustituye el término “minusvalía” por el de “discapacidad”.

Recientemente, la LO 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, introdujo como categoría nueva la “aporofobia” (tal y como había hecho en la agravante del 22.4º); y la LO 6/2022, de 12 de julio, para la igualdad de trato y no discriminación incluyó, igual que en la agravante, el antigitanismo como razón de pertenencia.

En este sentido, la actual regulación del art. 510 CP despliega hasta seis figuras penales diferentes sobre las que, además, se proyectan diversos tipos cualificados. Siguiendo a Gascón Cuenca (2015, p. 73) los tipos básicos se dividen en dos bloques diferenciados: el art. 510.1 prohíbe un bloque de conductas de incitación pública grave (penas de 1 a 4 años de prisión y multa) o delitos de incitación en sentido estricto, que extiende dicha prohibición además a comportamientos propios de la cadena de difusión del discurso de incitación, y a una modalidad particular de incitación por medio de la apología de crímenes de derecho penal internacional (art. 510 a, b y c).

El segundo bloque de tipos básicos prohíbe delitos menos graves (penas de 6 meses a 2 años de prisión y multa) que se cifran en conductas injuriosas de matriz colectiva que lesionan la dignidad humana, con inclusión de la cadena de difusión del discurso injurioso y una modalidad particular de ‘injuria’ por medio de la apología de delitos xenófobos y/o discriminatorios (art. 510.2 a y b).

Pese a la evidente hiperregulación penal (en palabras de Rey Martínez, -2018, p. 309-, se trata de una “colección de normas penales tan rigurosas como inaplicables”), Landa Gorostiza (2018) entiende que existen dos elementos estructurales comunes a todos los tipos penales contenidos en el art. 510: la acción, dinámica comisiva, que se dirige contra un colectivo específico; y el hecho de que esta se colorea por un elemento subjetivo, motivacional.

Como un estudio de todos los tipos penales que recoge el art. 510 CP escapa al objeto de este trabajo, nos centraremos, en primer lugar, en el análisis de las letras a) y b) del párrafo primero del art. 510, que representan el tipo penal de referencia a la hora de abordar el discurso de odio punible. De acuerdo con Aguilar García (2015), el art. 510.1 CP constituye uno de los más destacados instrumentos político-criminales con los que cuenta el sistema penal español en la lucha contra el



racismo, la xenofobia, la homofobia y toda suerte de discriminación.

Por su parte, el Tribunal Supremo proclamaba: *“El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, quizás demasiados, modalidades enmarcadas en el denominado discurso del odio. [...] El art. 510.1 del Código penal, [se erige] como arquetipo del discurso de odio”*<sup>428</sup>.

En segundo lugar, dada la relación con nuestro objeto de estudio, también nos detendremos en el art. 510.2 a) CP que recoge la difamación de colectivos vulnerables, lo que antes se denominaba ‘injurias colectivas’ y que castiga la difusión de informaciones ofensivas sobre ciertos grupos por motivos discriminatorios. Por el momento, cabe destacar que el rasgo que define a las conductas sancionadas en este tipo es el poder de infligir daño que poseen ciertas palabras para los tribunales: *“[Estas] demonizan al colectivo frente a la opinión pública, construyendo la imagen del grupo y de sus miembros como seres inferiores carentes de dignidad”* (SAP de Barcelona, 787/2018, de 12 de diciembre).

### **5.3.1. Controversias en torno a la naturaleza y el bien protegido del art. 510.1 a) CP**

Comenzaremos por una primera aproximación a la letra a) del art. 510.1 CP:

*“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:*  
a) *Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad”*.

Si en la circunstancia agravante el principal debate giraba en torno a la naturaleza jurídica del precepto, en este caso es el bien jurídico protegido el que constituye una de las cuestiones que más división ha generado entre la doctrina desde que se aprobaron las primeras versiones del art. 510 CP. Coincidimos con Landa Gorostiza (2018) en que en el párrafo primero del precepto se protegen

---

<sup>428</sup> STS 646/2018, de 14 de diciembre, FJ Único; reiterada en la STS 47/2019, de 4 de febrero, FJ2, y en la STS 185/2019, de 2 de abril, FJ3.

las condiciones de seguridad existencial de colectivos especialmente vulnerables<sup>429</sup>. Creemos acertada la postura de este autor, puesto que las condiciones de seguridad a las que alude se justifican debido a la amenaza o alteración que el discurso de odio supone para la tranquilidad y paz de las víctimas. Por citar un ejemplo, en el asunto *Gündüz contra Turquía* -de 13 de noviembre de 2003-, el TEDH condenó al líder de una secta islámica “*por incitación al odio religioso*” a partir de unas declaraciones realizadas a la prensa en las que criticaba a los islamistas moderados con expresiones como esta: “Todo lo que se necesita ahora es que un hombre valiente entre los musulmanes les plante una daga en su suave vientre y les pase dos veces con una bayoneta para mostrar lo vacíos que están”.

El Alto Tribunal de Europa falló que declaraciones de esta índole “*eran incompatibles con valores fundamentales como la tolerancia, la justicia y la paz, necesarios en una sociedad democrática, además de hacer hincapié en el peligro real que entrañaba para la comunidad afectada*”<sup>430</sup>.

Landa Gorostiza (2018<sup>431</sup>) sintetiza a la perfección los efectos que este peligro o amenaza conllevan en el sentimiento de paz en el que, teóricamente, se encuentra cualquier ciudadano con respecto a sus derechos: “El discurso de odio busca minar las bases mismas de la convivencia en una sociedad democrática abogando por enfrentar a unos grupos contra otros, [...] el discurso envenena y aspira a sembrar la cizaña de tal manera que determinados colectivos resulten privados de un estatus normal e igualitario de ciudadano que pueda disfrutar de todos sus derechos fundamentales [...] hasta que se les excluya de la ‘primera clase’ de la ciudadanía y se les relegue a una cierta inferioridad”.

---

<sup>429</sup> Sin embargo, otros autores como Portilla Contreras (2016) sostienen que el bien jurídico varía en función de las conductas típicas: este sería el derecho a la igualdad del colectivo afectado por el móvil en conductas de discriminación, mientras que en el caso de referencias a la violencia, este autor también aboga por la seguridad como objeto de tutela.

<sup>430</sup> También se pronuncia en este sentido la Circular 7/2019, de 14 de mayo, de la Fiscalía General del Estado, sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el artículo 510 del Código Penal: “*El eje sobre el que pivota el artículo 510 CP es la prohibición de la discriminación como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocido en el art. 14 CE*”. La Fiscalía entiende además que la igualdad y la no discriminación solo pueden ser comprendidas como una expresión de la dignidad humana, por lo que a la hora de abordar asuntos de esta naturaleza, “*los fiscales habrán de valorar si la conducta del sujeto activo supone no solo un trato desigual o discriminatorio (...), sino que será necesario, además, que la acción u omisión sea entendida desde el desprecio a la dignidad intrínseca que todo ser humano posee por el mero hecho de serlo*”. Texto recuperado el 21 de abril de 2023 de [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-7771).

<sup>431</sup> *passim*.

Esta última circunstancia es denominada por el autor como el “vagón de cola” al que irían a parar todos aquellos colectivos que no son merecedores de ser apreciados como “ciudadanos” o lo que es lo mismo: que no pertenecen a “la primera clase”.

Con respecto a la naturaleza jurídica del artículo, su redacción literal plantea, tal y como sucedía con la agravante, diversos problemas: en primer lugar, es claro que los ataques a los colectivos objeto de protección se pueden llevar a cabo -de forma directa o indirecta- a través de conductas como la incitación, la promoción o el fomento. Con respecto a estas dos últimas, Gascón Cuenca (2015) las tilda de “innecesarias”<sup>432</sup> por su significado similar al de ‘incitación’, lo cual aporta un contenido superfluo al precepto, dificulta su comprensión y puede generar confusión a la hora de decidir si concurren los elementos del tipo penal.

Además, como delito de peligro abstracto que es, basta con que la conducta del sujeto resulte peligrosa -en términos generales- para el bien jurídico, aunque no llegue a ponerlo en peligro de lesión inmediata o próxima. En este supuesto, la voluntad dolosa del ‘agitador’ busca despertar en un destinatario plural la agresión contra un colectivo o minoría especialmente vulnerable. Recordemos las palabras de Landa Gorostiza (2018): “sembrar la cizaña”. No obstante, para que la conducta se configure como típicamente relevante se ha de dilucidar -por un observador imparcial- si en el contexto en que esta aparece genera ‘crisis’, es decir, si podría producir una emulación inminente. En relación con esto, adquieren especial relevancia los requisitos de idoneidad necesarios para apreciar la concurrencia del tipo penal. Los analizamos a continuación:

A) De acuerdo con la jurisprudencia del TC en esta materia, el juez está obligado a realizar un examen previo a la aplicación del art. 510.1 CP donde valore si la conducta constituye un ejercicio legítimo de la libertad de expresión. Así lo recoge, entre otras, la STC 177/2015, de 22 de julio:

*“El órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental a la libertad de expresión y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de la libertad de expresión. Pues es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito”.*

Ante la ausencia de este examen previo o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, no será constitucionalmente admisible (STC 29/2009, de 26 enero). Este examen resulta

---

<sup>432</sup> *passim*.

lógico si recordamos el valor predominante que posee la libertad de expresión en el establecimiento de un verdadero Estado de Derecho. El TEDH, desde la sentencia *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976, ha reiterado en numerosas ocasiones que esta “*constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno*”.

Además, hemos de tener presente que no toda conducta no amparada por la libertad de expresión es penalmente típica del art. 510.1 CP. Nos estamos refiriendo a los denominados “discursos odiosos” (Presno Linera, 2021). Se trata de expresiones que exteriorizan aversión, hostilidad u odio, pero como no incitan directa o indirectamente a la violencia contra un colectivo de los protegidos en el art. 510 CP, se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión. Y ello aunque desde la óptica de la ética o la moralidad nos produzcan repugnancia y no encajen en los valores constitucionales.

Sirvan como ejemplos ilustrativos de “discursos odiosos” los comentarios publicados en Twitter tras el fallecimiento de la cantante Bimba Bosé en 2017, que tuvieron un gran eco en la sociedad. Destacamos uno de ellos: “Oye, anciano maricón @BoseOfficial, ¿dónde van a enterrar a la ramera de Bimba Bosé? deseo ir a violar su canceroso cadáver”.

A pesar del profundo rechazo moral que puedan producirnos expresiones de este tipo, no parecen incitar al odio o a la violencia contra un colectivo vulnerable concreto. Por lo que no podrían castigarse mediante la letra a) del párrafo primero del art. 510 CP. Huelga recordar que, en caso contrario, una prohibición en exceso de la libertad de expresión puede producir lo que se ha llegado a denominar como *chilling effect* (*efecto disuasor* o de *desaliento*), entendido como la inhibición o desaliento del ejercicio legítimo de los derechos naturales, en este caso de la libertad de expresión, ante la amenaza de sanción legal. A tal efecto, se recomienda la lectura de la STEDH *Benítez Moriana and Íñigo Fernández c. España*, de 9 de marzo de 2021, en la que se condena a España por vulneración del derecho a la libertad de expresión de dos activistas que criticaron la actuación de una jueza a través de una carta publicada en un medio de comunicación local. El Tribunal consideró que nuestro país no solo contravino el mandato recogido en el art. 10 del Convenio Europeo, sino que con las altas penas impuestas a los ciudadanos (más de 10.000 euros a cada uno de ellos por supuesta vulneración del derecho al honor de la jueza) se contribuyó a la creación del denominado *chilling effect* entre la población.

No obstante, que los ‘discursos odiosos’ no puedan ser sancionados jurídicamente, en favor de la protección de la libertad de expresión, no implica que los poderes públicos no tengan la responsabilidad de reaccionar ante ellos. De hecho, el artículo 9.2 de la Constitución Española les exige “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, lo que requiere, como bien especifica el precepto, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”. Es decir, que contrarresten la proliferación del odio sembrando herramientas resilientes como la promoción de una adecuada tolerancia que nos permita convivir en armonía. Ya que los ‘discursos odiosos’ y su correlación con otros fenómenos como el racismo constituyen una peligrosa ‘semilla’ para el florecimiento de discursos de odio que ponen en jaque la construcción de una sociedad en la que, independientemente del color, origen u sexo, todos debemos tener cabida.

Sin embargo, el discurso de odio sí que se erige como límite legítimo a la libertad de expresión, pues va más allá de la mera ofensa o la calumnia. Su importancia reside en que pretende dotar de una apariencia de legitimidad al trato discriminatorio de una persona que, como víctima de esa manifestación de odio, no puede ser marginada en favor de una supuesta libertad de expresión de un individuo que carece de la más elemental consideración hacia otro miembro de su misma especie. Así lo ha entendido el TEDH en jurisprudencia reiterada: “*Este tipo de discursos atentan contra la dignidad, incluso la seguridad, de tales partes o grupos de la población. Los discursos políticos que incitan al odio basado en prejuicios religiosos, étnicos o culturales representan un peligro para la paz social y la estabilidad política en los Estados democráticos*” (asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009)<sup>433</sup>.

B) Continuando con el análisis de los requisitos de idoneidad necesarios para apreciar la concurrencia de un delito de discurso de odio, como segunda condición a examinar destaca la necesidad de justificar la intervención penal para evitar una prohibición en exceso. Como apuntábamos al término de la letra A), es evidente que existe la obligación de interpretación restrictiva de los tipos penales, lo que viene a significar, siguiendo al Grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión (LIBEX), que una limitación de un derecho fundamental solo puede justificarse en la puesta en peligro o en la lesión de otro bien o valor constitucional (principio de

---

<sup>433</sup> También la Fiscalía General del Estado español en su Circular 7/2019 de 14 de mayo, sobre pautas para interpretar los delitos de odio, afirmaba: “*La libertad de expresión no puede situarse por encima de la dignidad de otro ser humano*”.

ofensividad del Derecho penal que establece que este solo puede intervenir frente a amenazas de lesión o peligro para bienes concretos).

C) Colectivos vulnerables: tal y como ocurría con la circunstancia agravante, donde ahondábamos en la definición de este concepto, para que concurra el tipo penal la conducta debe dirigirse contra un elenco cerrado de categorías enumeradas en el art. 510.1 CP (situación familiar, origen nacional, aporofobia, etc).

D) Incitación voluntaria: la Recomendación nº 15 ECRI define la intencionalidad de la siguiente forma: *“Se puede considerar que existe intención de incitar cuando la persona que utiliza el discurso de odio, de forma inequívoca, hace un llamamiento a los demás para que cometan los actos pertinentes; o se puede deducir por la contundencia del lenguaje utilizado y otras circunstancias destacables, como la conducta previa del orador”*.

Por ello, la citada Recomendación propone un test de relevancia del riesgo (a partir del Plan de Acción de Rabat aprobado por la ONU en 2012<sup>434</sup>) formado por un conjunto de indicadores que deben tenerse en cuenta para evaluar si la conducta juzgada incitaría al odio. Profundizaremos en ellos valiéndonos de un suceso racista que no ha dejado de estar de actualidad durante los últimos

---

<sup>434</sup> “El Plan de Acción de Rabat sobre la prohibición de la apología del odio nacional, racial o religioso que constituye incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia”, agrupa las conclusiones y recomendaciones de varios talleres de expertos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Las reuniones buscaban cumplir un triple objetivo:

- a) Lograr una mejor comprensión de los esquemas legislativos, las prácticas judiciales y las políticas relativas al concepto de incitación al odio nacional, racial o religioso, y al mismo tiempo velar por el pleno respeto de la libertad de expresión, tal como estipulan los artículos 19 y 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ICCPR).
- b) Alcanzar una evaluación exhaustiva del estado de aplicación de la prohibición a la incitación al odio, de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos.
- c) Definir las medidas aplicables en todas las esferas. De esto último se deriva la recomendación de “una prueba de umbral” para apreciar la existencia de un delito de odio, que consta de seis parámetros que tienen en cuenta (1) el contexto social y político, (2) la categoría del hablante, (3) la intención de incitar a la audiencia contra un grupo determinado, (4) el contenido y la forma del discurso, (5) la extensión de su difusión, y (6) la probabilidad de causar daño, incluso de manera inminente.

años: el caso Vinícius Jr.<sup>435</sup>, que ya abordamos en una investigación anterior (Tur Ausina et al., 2023<sup>436</sup>). Concretamente nos centraremos en analizar los insultos que recibió en el partido que jugó en el Cívitas Metropolitano contra el Atlético de Madrid (septiembre de 2022). Tras recibir una denuncia del Movimiento contra la Intolerancia, la Fiscalía no apreció indicios suficientes de un delito de odio como para iniciar un procedimiento judicial. Pese a ello, consideramos que las expresiones racistas a examinar son de gran importancia, pues representan los insultos que más se repiten en contra del jugador (“Vinicius, eres un mono”, “Muérete”, “Uh, uh, uh” en referencia a los primates) y de otros muchos que, al compartir color de piel, etnia o nacionalidad, sufren las mismas vejaciones con el menoscabo que conllevan en relación a su derecho a la dignidad y a la integridad física y moral:

(a) El contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión (especialmente si ya existen tensiones graves relacionadas con este discurso en la sociedad). Con respecto al caso que analizamos, la correlación odio-racismo no es un fenómeno nuevo en el ámbito del fútbol. A lo largo del tiempo hallamos numerosos ejemplos que demuestran que la tendencia sigue aumentando: desde las pintadas que realizó un grupo relacionado con los aficionados más radicales del Real

---

<sup>435</sup> Basta con que el lector introduzca en cualquier buscador de Internet los términos “Vinícius” y “racismo” para que se tope con una serie de episodios que el jugador sufre frecuentemente: el 24 de octubre de 2021, en un partido que disputaron el Real Madrid y el Fútbol Club Barcelona en el estadio blaugrana, un aficionado le espetó “macaco”, entre otras expresiones, cuando fue sustituido del partido. En marzo de 2022, en un partido contra el Real Club Deportivo Mallorca cuando Vinicius protestaba una acción se escuchó a parte de la grada imitar el característico “Uh, uh, uh...” en referencia a los monos, mientras que otros aficionados le increpaban con la frase “Vete a recoger plátanos”. El 18 de septiembre de 2022, una serie de vídeos mostraban cómo numerosos aficionados del Club Atlético de Madrid coreaban “Vinicius, eres un mono” y durante la celebración del partido se escucharon cánticos como “Vinicius, muérete” o “Uh, uh, uh” cada vez que el brasileño disputaba un balón. Todos los episodios descritos fueron archivados por la Fiscalía dada la imposibilidad de identificar a los autores o, en los sucesos ocurridos en el estadio del Atlético de Madrid, por ocurrir en un contexto de máxima rivalidad, durar pocos segundos y no ser, por tanto, constitutivos de delito. Los sucesos llegaron incluso hasta el Congreso de los Diputados, logrando el consenso de todos los grupos parlamentarios que firmaron una declaración institucional para repudiar los insultos y cánticos racistas que sufría continuamente el jugador. Con todo, los hechos alcanzaron un cariz más grave cuando el pasado 26 de enero de 2023, previo al partido de Copa del Rey entre el Real Madrid y el Atlético de Madrid, apareció una pancarta colgada de un puente que rezaba: “Madrid odia al Real”, junto a ella había un muñeco colgado con la camiseta de Vinícius. Mientras se redactan estas líneas, tanto la Policía Nacional como la Comisión Permanente de la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia tienen abiertas sendas investigaciones para dilucidar si existen indicios suficientes de un delito de odio como para abrir un procedimiento judicial.

<sup>436</sup> Tur Ausina, R., De Lara González, A. y Ortega Giménez, C. (2023). El Caso Vinícius Jr: ¿discurso de odio, discurso odioso... y pan y circo? *Diario La Ley*. Recuperado el 23 de abril de 2023 de <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2023/04/13/el-caso-vinicius-jr-discurso-de-odio-discurso-odioso-y-pan-y-circo>.

Madrid, los ‘Ultra Sur’, en las que se podía leer “Lucrecia jódete” en referencia al primer asesinato racista reconocido en España en 1992; pasando por la decisión del entonces jugador del Fútbol Club Barcelona, Samuel Eto’o, de abandonar un partido de fútbol en 2006 tras escuchar gritos racistas en el estadio del Real Zaragoza Club de Fútbol. O incluso los hechos acontecidos en un partido reciente que enfrentaba a las selecciones de Brasil y Túnez, donde un aficionado arrojó un plátano al delantero brasileño Richarlison mientras celebraba un gol.

De cualquier forma, la animadversión hacia colectivos específicos a los que pertenecen algunos futbolistas en base a su color de piel o a su origen, no es un episodio aislado, sino que está presente cada día en el contexto futbolístico.

(b) La capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás, de tal forma que el poder de incitación se elevaría si el orador goza de un estatus social alto o de reconocimiento suficiente entre la audiencia que lo escucha.

Los insultos que recibió Vinícius Jr. provienen de un grupo de aficionados de difícil identificación. Es evidente que la capacidad de influencia de este conjunto no es la misma que podría tener un líder político o un personaje público para acabar incitando a cometer actos violentos contra el delantero del Real Madrid. No obstante, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Vejdeland y otros contra Suecia*, de 9 de febrero de 2012, señaló que “*la incitación al odio no requiere necesariamente un llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo*”. Es decir, basta con que se cree una situación de riesgo para la víctima y, lo que es todavía más relevante, para el grupo al que esta pertenece. Por lo que la cuestión que realmente deberíamos plantearnos es si este ambiente de rechazo que vivió el futbolista en el derbi madrileño, podría influir en que el brasileño sea objeto de acciones violentas en un futuro. Por el momento, la ‘semilla’ de la hostilidad ya está plantada.

(c) La naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación). Las palabras racistas que más se repiten contra Vinícius Jr. son aquellas que lo equiparan a un primate. Esta comparación es uno de los estereotipos más utilizados a lo largo de la historia para discriminar a las personas negras. La directora del Centro de Educación e Investigación para la Paz (CEIPAZ), Manuela Mesa (2012, p. 65 y ss.), explica que desde finales del siglo XVIII hasta



principios del XX se consideraba que los europeos y los negros eran especies distintas, donde la última era una “población de bestias, un cruce entre el ser humano y el mono (...) con costumbres incivilizadas, indecentes y bárbaras”. De ahí la representación de las personas negras como “salvajes que viven en medio del caos, la anarquía y el desorden, frente a la civilización, adalid del orden y el dominio de la naturaleza por el hombre”. Por ello, se les denomina “monos” o “macacos”; y se les lanza plátanos en señal de sujeto salvaje, “como si la oposición civilización (Occidente) - barbarie (sur) siguiese viva”.

Corear durante varios minutos “Eres un mono, Vinicius, eres un mono” contribuye a la estigmatización de estas personas a las que coloca en una situación de inferioridad con respecto al resto de la sociedad. Estos actos podrían culminar en un estado de marginación social (efecto silenciador) para las personas negras, con el temor de que interioricen cierta conciencia de inadecuación: al sentirse avergonzadas por ser ‘diferentes’ a las expectativas dominantes, se aislen en guetos con graves consecuencias para su salud física y mental; y sin la posibilidad de acceder a los ámbitos de la educación y el empleo, tan relevantes para el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) al que tienen derecho como cualquier ser humano.

(d) El contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate). El racismo está presente en el fútbol desde que el balompié goza de una inmensa popularidad entre la ciudadanía. Como apuntábamos antes, en el caso de Vinicius Jr. tampoco es la primera vez que el brasileño es objeto de discursos racistas por parte del público: el 24 de octubre de 2021, en un partido que disputaron el Real Madrid y el Fútbol Club Barcelona en el estadio blaugrana, un aficionado le espetó “macaco”, entre otras expresiones, cuando fue sustituido del partido. La Liga denunció los hechos ante la Fiscalía Anticorrupción que cerró la investigación al no poder identificar al autor de los insultos.

En marzo de 2022, en un partido contra el Real Club Deportivo Mallorca cuando Vinicius protestaba una acción se escuchó a parte de la grada imitar el característico “Uh, uh, uh...” en referencia a los monos. Si a estos hechos, le sumamos el episodio vivido en el estadio del Club Atlético de Madrid, es indudable que nos hallamos ante una difusión prolongada de un discurso racista que humilla y menosprecia a una persona, a la vez que declara públicamente un rechazo manifiesto a todo lo que le es inherente: origen, etnia, rasgos físicos, etc.

(e) El medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo). Los insultos a Vinícius se producen en la celebración de un partido de fútbol que tiene lugar de forma pública (previo pago de entrada) y en directo. A ello hay que añadir que se trataba del clásico derbi entre los dos principales equipos madrileños. Estos encuentros se suelen caracterizar por profundas tensiones entre las aficiones de los dos equipos. Por esto, unos días antes la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte calificó el partido ‘de alto riesgo’ en virtud de la potestad que le otorga el artículo 13 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Dicha declaración exigía una mayor vigilancia policial y privada; y un control más exhaustivo a los seguidores de ambos clubes con el fin de evitar actos violentos.

En el ambiente descrito, y con una asistencia de más de 60.000 espectadores, es lógico pensar que la escucha continua de insultos racistas puede derivar en una respuesta inmediata por parte de la audiencia allí congregada.

(f) La naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios para o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación). La existencia de los denominados ‘ultras’ (aficionados radicales) siempre ha constituido uno de los principales problemas del fútbol. Partidarios de la ideología de extrema derecha (aunque con excepciones como los conocidos ‘Bukaneros’, los ‘ultras’ del Rayo Vallecano de Madrid que se autodenominan ‘firmes defensores de la izquierda antifascista’), son grupos propensos al odio contra las aficiones rivales o cualquiera que no comparta sus pensamientos. Prueba de ello fue el asesinato en 1998 del aficionado de la Real Sociedad de Fútbol, Aitor Zabaleta, a manos de un miembro del grupo ‘Frente Atlético’, los ‘ultras’ que apoyan al Club Atlético de Madrid. Desde entonces, en varias ocasiones la familia de Zabaleta ha denunciado cómo desde la grada del Atlético se han proferido cánticos contra el fallecido y de apoyo a su asesino (*Eldiario.es*, 18/01/2018).

A pesar de que hace años clubes como el Real Madrid y el Fútbol Club Barcelona tomaron la determinación de expulsar a estos grupos violentos de sus estadios, la realidad es que el resto de equipos siguen permitiendo su entrada, como es el caso del Atlético de Madrid a cuyos ‘ultras’ se responsabiliza de los cánticos contra Vinícius Jr. Por todo ello, entendemos que la audiencia sí sería susceptible de iniciar actos violentos y discriminatorios contra el jugador afectado o el colectivo del que forma parte.

Estos requisitos, analizados de forma práctica, se erigen como condiciones obligatorias a tener en cuenta por los tribunales cuando hayan de juzgar un caso relativo al discurso de odio que provoque una limitación en el campo de actuación de la libertad de expresión. Así lo ha hecho el TEDH en sentencias como el asunto *Vejdeland y otros contra Suecia*, de 9 de febrero de 2012; o *Féret contra Francia*, de 16 de julio de 2009<sup>437</sup>. En esta última, El Tribunal Europeo consideró especialmente algunos indicadores como el contexto electoral en el que se publicaron octavillas con mensajes racistas contra extranjeros, y refugiados, señalando que en este tipo de escenario “*el impacto del discurso racista y xenófobo se vuelve mayor y más dañino*”. También subrayó que los discursos racistas del Sr. Féret contenían eslóganes que estigmatizaban a ciertos colectivos con “*palabras poco claras e indocumentadas sobre causas y efectos y la creación de amalgamas irracionales haciéndoles responsables de delincuencia e incluso terrorismo*”. Además, en relación con la naturaleza de la audiencia, el TEDH advertía de que la cautela debe ser máxima cuando los mensajes suscitan “*sentimientos de desprecio, rechazo e incluso, para algunos, odio hacia los extranjeros entre el público, y particularmente entre el público menos informado*”.

Por ello, pese a la decisión de la Fiscalía de no continuar con la investigación del caso Vinicius Jr., creemos que sí existirían indicios suficientes para, al menos, haber iniciado un procedimiento judicial que examinase en profundidad la existencia de un discurso de odio tipificado, tal vez, en el art. 510.2 CP, en el que ahondaremos enseguida: “*Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito (...) de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas...*”.

Además, sin perjuicio de la actuación de la vía penal, la citada Ley 19/2007 contra la violencia en el deporte sanciona en su art. 2.2 (modificado por la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte; y por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI) los comportamientos racistas, xenófobos o intolerantes: “*c) Las declaraciones, gestos o insultos proferidos en los recintos deportivos con*

---

<sup>437</sup> El Sr. Daniel Féret era el presidente del partido político belga *National Front*, así como el editor de sus publicaciones. Entre julio de 1999 y octubre de 2001 se distribuyeron panfletos y carteles del *Front* que los tribunales nacionales entendieron que incitaban al odio, la discriminación y la violencia. Por citar un ejemplo, uno de ellos -que contenía el programa del partido- proponía “la repatriación de los inmigrantes”, la oposición a “la islamización de Bélgica” o “reservar el asilo político a los ciudadanos europeos realmente perseguidos por razones políticas”. Tras ser condenado en su país, el Sr. Féret acudió ante el TEDH alegando una violación del artículo 10 CEDH. Pero el Alto Tribunal no le concederá el amparo porque afirmará, entre otras conclusiones, que “*recomendar la discriminación racial como solución a los problemas derivados de la inmigración puede causar tensión social y minar la confianza en las instituciones democráticas*”.

*motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, que supongan un trato manifiestamente vejatorio para cualquier persona por razón de su origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, edad, sexo, orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución”.*

Igualmente, el apartado d) sanciona *“la entonación, en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, de cánticos, sonidos o consignas así como la exhibición de pancartas, banderas, símbolos u otras señales, que contengan mensajes vejatorios o intimidatorios, para cualquier persona por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, por la religión, las convicciones, su discapacidad, edad, sexo, orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución”.*

Cabe destacar, además, que el hecho de que parte de los cánticos se produjese fuera del estadio del Atlético de Madrid no imposibilita la aplicación del régimen sancionador, tal y como explicita el precepto: *“La entonación, en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores (...) de cánticos, sonidos o consignas...”.*

La comisión de estos actos es motivo suficiente para que el árbitro suspenda provisionalmente el encuentro o se ordene un desalojo total o parcial del aforo (art. 15 Ley 19/2007), pero ninguna de estas medidas se llevó a cabo durante el partido de fútbol comentado. De cualquier manera, el Club Atlético de Madrid como organizador del espectáculo y los aficionados que aparecen en los vídeos se enfrentarían a enormes sanciones económicas (de hasta 650.000 euros las calificadas como muy graves según el art. 24 de la citada norma).

Antes de finalizar este epígrafe, cabe señalar que la primera condena del Tribunal Supremo conforme a la redacción actual del art. 510.1.a) CP, fue la STS 72/2018, de 9 de febrero, que enjuiciaba unos comentarios publicados en la red social Twitter con claro ánimo discriminatorio hacia las mujeres. Algunos de ellos se transcriben a continuación:

*“53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas” (17/12/2015).*

“Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias” (31/12/2015).

El Tribunal Supremo apreció un delito de incitación pública grave (art. 510.1.a) CP) con aplicación del subtipo agravado del art. 510.3 CP por su gran difusión en Internet. En suma, se le impuso al autor una pena de 2 años y 6 meses de prisión, y multa de nueve meses con una cuota diaria de 40 €. Con respecto a la argumentación, entendió el Tribunal que el dolo básico que demanda el tipo penal se constató del contenido de las expresiones anteriores, “*siendo necesario confirmar que ha existido voluntariedad del acto y que dicho acto no emana de una reacción incontrolada o espontánea*”.

El hecho de que los tweets se publicasen en diferentes fechas es determinante para el TS para dar por válida la voluntariedad de los actos. De igual forma, esto parece indicar que el autor conoce y desea la realización de tales expresiones que “*rezuman agresividad y odio*”. Además, el Tribunal Supremo situó la fundamentación de la agravación del art. 510.3 en la proyección que se buscaba dar al mensaje.

Sin embargo, buena parte de la doctrina criticó la sentencia debido a la parquedad con la que el Tribunal argumentó la condena, pues solo negó cualquier sombra de limitación ilegítima de la libertad de expresión por castigar tales manifestaciones, ya que en virtud del derecho de igualdad aquel decaería en este supuesto concreto (con lo que entendemos que cumple el requisito del examen previo del ejercicio legítimo de la libertad de expresión). También se reprochó que el TS no apoyase su argumentación en los criterios del test de relevancia de riesgo para analizar, por ejemplo, la capacidad de influencia de un sujeto que contaba, según los antecedentes de hecho de la sentencia, con aproximadamente 2000 seguidores en una red social en la que publican mensajes de forma diaria más de cinco millones de usuarios.

A esto se le ha de sumar el escaso número de tuits publicados -criterio de contenido del discurso-, el reducido número de destinatarios a los que llegaron -criterio de audiencia- (Twitter permite medir estos datos). En base a estas apreciaciones, Landa Gorostiza (2018) cree que no es posible afirmar con la rotundidad que sí lo hace el TS que el sujeto haya incitado potencialmente a la comisión de delitos contra el colectivo de mujeres maltratadas. En todo caso, nos encontraríamos ante un supuesto que debería ser objeto de condena del segundo párrafo del art. 510 CP, dado el contenido injurioso y humillante hacia el género femenino.

No obstante, el mismo autor sostiene que esta sentencia constituye un claro ejemplo de que la distinción entre supuestos injuriosos e incitadores no es, *a priori*, sencilla. A veces los discursos de

odio tienden a combinar afirmaciones injuriosas con propuestas incitadoras. Por ello, obligar a los operadores jurídicos, de conformidad con el principio de taxatividad penal, a encontrar acomodo en las letras que en cada párrafo prevén los tipos básicos se desvela “como una de las mayores dificultades de aplicación del art. 510 CP” (Landa Gorostiza, 2018 p.100).

#### **5.4. Breve aproximación a los artículos 510.1 b) y 510.2 a) CP**

La letra b) del párrafo primero del art. 510.1 guarda estrecha relación con la ya analizada letra a). Esta dispone:

*“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:*

*b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.*

Como se puede observar, en este apartado se castigan acciones de propaganda para la realización de alguna de las conductas señaladas en la letra a) del precepto. Ciertamente, la infinidad de verbos típicos desorienta sobre el verdadero sentido de la prohibición: “*Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten [...] difundan, vendan...*”. Además, el objeto sobre el que se materializan es igualmente amplísimo: “*Escritos o cualquier otra clase material o soportes idóneos...*”.

Parece que siguiendo esta dirección se castigaría, por ejemplo, la conducta de un editor que se limita a reproducir o publicar en un medio de difusión un escrito con tendencia discriminadora, aunque dicho sujeto no se adhiera al contenido del mismo.

En base a estos dos elementos, gran parte de la doctrina critica la elaboración del precepto, pues de su tenor literal cabrían amplias interpretaciones que atentarían contra el núcleo esencial de los derechos fundamentales, particularmente el de la libertad de expresión. Portilla Contreras (2016, *passim*) no duda en tildar la redacción de la letra b) de “auténtica censura”, mientras que Alcácer

Guirao (2020, p. 209 y ss.) también critica el “efecto disuasorio” que produce para el ejercicio de la libertad de cátedra.

En un intento de realizar una interpretación *de lege lata* de dicho apartado, Landa Gorostiza (2018, pp. 242 y ss.) señala que para que una acción entrañe relevancia jurídico-penal será necesario probar que dichas conductas sean, en primer lugar, partes consolidadas de la cadena de difusión del discurso de odio, lo que vendría a significar que se ha distribuido un material listo para su consumo, es decir, para que un destinatario entre en “el círculo de la incitación” hacia un grupo diana señalado expresamente en dicha propaganda.

En segundo lugar, el contenido tendencial que se mueve a través de la cadena de difusión debe ser de tal intensidad que pueda colegirse que la hostilidad, el odio, la violencia se desplegarán -cuando se abra su contenido- para promover, fomentar o incitar (510.1a) su repetición hacia los miembros del grupo, de tal forma que estos no puedan gozar de forma plena de sus derechos fundamentales.

El propio Landa Gorostiza (2018) concluye afirmando que en este precepto se protege a las minorías de un futuro daño semejante a aquel que produciría “quien sirve un plato de comida caliente a punto de ser consumido y que, según el contexto, podemos prever que rápidamente encontrará comensales dispuestos a dar buena cuenta de él” (p. 245). De hecho, aunque el destinatario de los mensajes decidiese no acceder a ellos, la oferta queda permanentemente a disposición de cualquiera, y precisamente para prevenir su ejecución, con este apartado el legislador decide castigarla de forma temprana.

En otro orden de cosas, el art. 510.2 a), referido a la difamación de colectivos vulnerables, proclama:

*“2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:*

*a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos*

*mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos”.*

Siguiendo al Grupo de Trabajo sobre Libertad de Expresión (LIBEX), la redacción actual del art. 510.2 a) tipifica dos conductas: por un lado, aquellas que evocan las injurias colectivas por motivos discriminatorios o de odio que recogía el antiguo artículo 510.2 CP (“*Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito...*”).

Por otro lado, nos hallamos ante una nueva modalidad delictiva que sanciona la propagación en cadena de esas injurias colectivas o la cadena de difusión del discurso del odio injurioso (“*Produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito...*”).

De cualquier manera, el discurso prohibido en el art. 510.2 .a) CP se caracteriza por proferirse con el “*deliberado ánimo de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social*” (STS 437/2022, de 4 de mayo). Ahora bien, dicha prohibición debe interpretarse de modo restrictivo para garantizar la máxima eficacia de la libertad de expresión. Así lo ha señalado también el TEDH en su sentencia *Mariya Alekhina y otras v. Rusia*, de 17 de julio de 2018: “*Se debe acotar las restricciones de la libertad de expresión para impedir la aplicación arbitraria de las normas que prohíben la incitación a la discriminación, hostilidad o violencia*”.

Teniendo en cuenta lo antedicho, a la hora de analizar un posible delito subsumible en este precepto también se habrá de realizar un examen previo sobre la libertad de expresión, comprobar que las injurias se dirigen contra uno de los colectivos vulnerables a los que alude el artículo; y observar la capacidad del discurso en concreto para humillar o menospreciar al colectivo vulnerable y situarlo en una posición de inferioridad, mediante el citado Test de Rabat<sup>438</sup>.

A modo de ejemplo práctico, destaca la SAP de Madrid 380/2022, de 29 de junio, en la que se juzga cómo varios ciudadanos “subastan” a una persona de color negro que había hecho un comentario en

---

<sup>438</sup> Además, para que se aprecie el tipo penal, la SAP de Barcelona 787/2019, de 12 de diciembre, enumera otras tres condiciones específicas a valorar: a) que la conducta se proyecte sobre la seguridad de un colectivo vulnerable; b) la lesión de la dignidad de los afectados; c) la realización de conductas que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de dichos colectivos.



Twitter sobre lo racista que, según él, seguía siendo el Estado español después de tantos años de democracia. Algunos de los tuits que le dedicaron varios usuarios fueron los siguientes:

"Comenzamos con la subasta del mes, empezamos en 1000€. ¿Quién da más?"

"Si viene desparasitado y con la cartilla del veterinario te subo a 1200€".

"Lo veo y lo subo a 2000€ .

La Audiencia consideró que tales comentarios eran subsumibles dentro del artículo 510.2.a) CP "*por su más específico y completo ámbito de protección*"; e indicó que el discurso del odio puede manifestarse en "*la emisión de expresiones o realización de actos de menosprecio, descrédito o humillación*", como ocurría en este supuesto.

La importancia de sancionar el odio responde al descrito análisis del riesgo que este supone para el sector de la población al que va dirigido: "*Se trata de un odio que denota una cosificación de otro ser humano, un desprecio hacia su dignidad, por el mero hecho de ser diferente*". Y, por lo tanto, entienden los magistrados que su castigo es necesario para proteger la dignidad de los colectivos contra los que se ha actuado.

La condena interpuesta a los dos acusados se basó en un año y 3 meses de cárcel, inhabilitación -por un periodo determinado- para ejercer el sufragio pasivo y para desarrollar una profesión en el ámbito docente y deportivo. También se les impuso una multa y una indemnización conjunta a la víctima de 3000 euros por el malestar derivado de los insultos recibidos y la intranquilidad provocada por los mensajes vejatorios que le siguieron llegando días después de las publicaciones en Twitter. Asimismo, la Audiencia Provincial estimó que los hechos en sí, por sus características y significación, entrañaban un ataque a la dignidad de la víctima tan grave como para ser susceptibles de valoración pecuniaria.

### **5.5. La persecución de los delitos de odio a través de una segunda vía: la factibilidad de la tutela civil**

Como hemos observado, en la persecución del odio en sus distintas manifestaciones, nuestro país parece haber convertido la *ultima ratio* de la jurisdicción penal en una *prima ratio* a modo de política antidiscriminatoria (Landa Gorostiza, 2020). El auge del Derecho Penal para castigar los delitos de odio puede deberse, esencialmente, "a un factor emocional que impele al legislador a proteger a los más desfavorecidos de ataques injustos" (Valiente Martínez, 2022), por no hablar de que el fenómeno criminal siempre ha sido una de las principales cuestiones que ha ocupado la actividad de los medios de comunicación (Fuentes Osorio, 2005), por lo que, siguiendo al mismo autor, estos han promocionado excesivamente la utilización de la legislación penal como forma de

resolución de los conflictos sociales. Sin embargo, la razón llama a la cautela cuando el Estado ha de aplicar el recurso más lesivo con el que cuenta, como es la sanción penal; y nos impele a desarrollar mecanismos antidiscriminatorios no penales, pues su puesta en funcionamiento “sigue siendo en España la gran asignatura pendiente” (Landa Gorostiza, 2020, p. 30).

El empleo de la vía administrativa para castigar el discurso de odio ofrece serias dudas en lo relativo a la constitucionalidad de las sanciones (Teruel Lozano, 2018; Valiente Martínez, 2022), pues la libertad de expresión es un derecho fundamental y sus posibles restricciones deben ampararse en una ley orgánica<sup>439</sup>. Por ello, la vía civil, paradójicamente, se erige como una opción hasta ahora apenas considerada en lo relativo a esta materia, quizá debido a las desventajas propias de esta jurisdicción: los procesos son costosos, lentos y, en ocasiones, desiguales para las partes (Valiente Martínez, 2022). Pese a ello, no ha de olvidarse que, como se expuso en páginas anteriores, el primer caso de discurso de odio juzgado en España -el caso Violeta Friedman- fue un proceso civil.

Además, el apartado octavo de la La Recomendación de Política General nº 15, relativa a la lucha contra el discurso de odio (ECRI, 2016) prevé la exigencia de responsabilidades civiles por el uso

---

<sup>439</sup> Valiente Martínez (2022) afirma que es cuestionable que determinados organismos públicos, como por ejemplo los municipios, se arroguen la facultad de prohibir la difusión de mensajes en la vía pública a través de ordenanzas municipales “dispare y sometidas a los avatares propios de la política municipal”. En este sentido, el autor recuerda el polémico caso de la manifestación que la ‘Asociación Madrileña de Ateos y Librepensadores’ y la asamblea vecinal ‘La Playa de Lavapiés’ quisieron organizar durante la festividad católica del Jueves Santo de 2012. Esta consistía en la celebración de la procesión de la ‘Virgen del Santísimo Coño Insumiso’, perteneciente a la Hermandad del Santo Latrocinio. Dicha manifestación fue prohibida en esa fecha y en el itinerario previsto por la Delegación del Gobierno en Madrid, que argumentó que su celebración el mismo Jueves Santo supondría un problema de orden público, pues su fin era eminentemente ofensivo para quienes participarían en el culto católico. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en su STSJM 209/2014, de 14 de abril, avaló dicha decisión al entender, entre otras razones, que se había llevado a cabo en estricto cumplimiento del principio de proporcionalidad que debe regir toda limitación del derecho de reunión: con la prohibición de la procesión citada se logró la garantía del orden público sin peligro para personas o bienes. Además, no existía otra medida más moderada por la coincidencia de horarios, fechas y lugar con las celebraciones de Semana Santa llevadas a cabo por los practicantes católicos. Aquí, el Tribunal entendió que “*la resolución administrativa impugnada ya hace referencia a que la prohibición acordada lo es sin perjuicio de que se comunique otra fecha en la que no concurran las circunstancias expuestas en esta resolución*”. Por último, de la no celebración de la manifestación se derivaban más beneficios que perjuicios para el interés general, “*dada la posibilidad cierta para los actores de celebrar la reunión y manifestación en el ejercicio legítimo de su libertad de expresión en otras fechas diferentes, mientras que no es viable para los ciudadanos en general ni para los ejercientes de la religión católica en particular, la celebración de las procesiones y actos previstos para la fecha en cuestión en otro lugar o fecha*”. En suma, el Tribunal confirmó la resolución administrativa impugnada por ser conforme a Derecho y no vulnerar el derecho a la libertad de reunión y manifestación de las asociaciones recurrentes. No obstante, resulta controvertido que sean organismos públicos, como el del caso propuesto, los que limiten el ejercicio de derechos fundamentales o resuelvan, en primera instancia, conflictos de esta índole.

del discurso de odio, toda vez que el daño que este ocasiona “*es la mayoría de las veces un daño moral para los afectados*”, aunque pueden darse situaciones en las que se demuestre que dicho discurso también ha supuesto para las víctimas daños materiales: rechazo de una oportunidad de empleo o pérdida de la capacidad para trabajar por problemas de salud derivados, por ejemplo, de una incitación reiterada al odio contra alguien -o contra el grupo al que pertenece- en base a sus características personales o identitarias.

En cualquier caso, la figura del daño moral se encuentra consolidada en nuestra jurisprudencia y la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, igualmente alude a la compensación por daños morales en caso de intromisiones ilegítimas en el derecho al honor (art. 9). Cabría entonces preguntarse si es posible medir los daños que origina el discurso del odio para aplicar estos mecanismos.

En general, los procesos por responsabilidad civil se centran en la identificación del daño y su posible cuantificación, es decir, “la víctima y sus necesidades son el eje del proceso” (Valiente Martínez, 2022). El art. 1902 del Código Civil español reconoce la legitimación pasiva, ya que permite presentar acciones contra el que “*por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia*”, quien, además, “*está obligado a reparar el daño causado*”.

Por su parte, el legitimado activamente para dicha interposición sería el perjudicado, así como las personas designadas a tal efecto en su testamento, sus herederos legítimos o, a falta de todos los anteriores, el Ministerio Fiscal.

No obstante, la legitimación activa presentaría una serie de problemas en los supuestos en los que el discurso del odio se dirigiese contra un amplio grupo de personas, por ejemplo, el colectivo de los migrantes. Autores como Valiente Martínez (2022) se plantean si “¿todos los integrantes de un determinado grupo tendrían derecho a personarse como parte demandante y reclamar una indemnización por daños?”. Para solventar esta dificultad, el Tribunal Constitucional reformuló el concepto de ‘interés legítimo’ en el citado caso de Violeta Friedman y reconoció la legitimación procesal de todos los miembros de grupos étnicos y religiosos (Gascón Cuenca, 2012). Así, en la ya analizada STC 214/1991 de 11 de noviembre, el TC afirmó que “*nuestra Ley fundamental no otorga la legitimación activa exclusivamente a la víctima o titular del derecho fundamental infringido, sino a toda persona que invoque un interés legítimo*”. Es decir, los integrantes de un colectivo al que fuese dirigido un discurso de odio en cuestión, ostentaban el derecho a litigar ante los tribunales para reivindicar la protección del honor del grupo al que pertenecían.

Pero con el fin de evitar que cada afectado potencial presentase su propia reclamación en función del daño que entiende que ha sufrido y se generase una multitud de procesos, la Ley de

Enjuiciamiento Civil en sus artículos 11 y ss.<sup>440</sup> ofrece una posible solución: las denominadas *class actions* o demandas colectivas, en las que para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, se legitima a “*asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos*” (art. 11 bis).

Lo cierto es que cada vez existen más asociaciones para la defensa de los derechos de las víctimas, como la Fundación Secretariado Gitano o el Movimiento contra la Intolerancia (organismo que interpuso la denuncia contra los insultos racistas dirigidos al futbolista Vinícius Jr). Por ello, nada impediría aplicar esta figura a posibles procesos civiles por discurso de odio y ampliar su alcance a los daños morales (Valiente Martínez, 2022).

En lo referido a la cuantificación de la posible indemnización, Martínez-Calcerrada (2013, p. 66) plantea la siguiente problemática: “¿Qué suma, aparte de la reparación *in natura*, ha de satisfacer el autor de las lesiones por esas cicatrices residuales, o por esos quebrantos psicofísicos de la víctima debidamente acreditados?”. A la hora de medir económicamente los daños que puede producir un discurso de odio, según apunta el mismo autor: “Se observa una discordancia en el binomio de la restauración, ya que no se puede reparar con dinero algo que, en su naturaleza, no es así evaluable”. A pesar de ello, la indemnización no cumple únicamente una función resarcitoria, sino también una punitiva (Martínez-Calcerrada, 2013). Es por ello que Valiente Martínez (2022) propone una iniciativa que consideramos muy acertada: en lugar de que un ciudadano indemnice a miles de personas por un comentario racista, dicho resarcimiento podría dirigirse “a financiar acciones que fomenten la integración de los colectivos afectados”.

Encauzar la persecución de los delitos de odio mediante la vía civil comporta una serie de ventajas que, a nuestro juicio, superan a las citadas desventajas inherentes a los procedimientos civiles: se mantiene el control judicial en el ejercicio de los derechos fundamentales (lo que no sucede en las primeras fases de la vía administrativa), se pueden construir analogías a la hora de juzgar los distintos casos conflictivos -técnica expresamente prohibida por el artículo 4 del Código Penal-; y se proporcionaría una mayor seguridad jurídica en base a la consolidada jurisprudencia relativa al derecho de daños (Valiente Martínez, 2022).

Además, pese a su escasa utilización en la actualidad, consideramos que esta vía podría resultar adecuada para salvaguardar los derechos de los colectivos afectados y resarcir los daños morales

---

<sup>440</sup> Estos artículos han sido modificados por la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación; y la ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

derivados de vulnerarlos. A la misma vez, se evitaría interferencias desmedidas en la libertad de expresión protegida en el marco constitucional, pues la vía penal quedaría relegada para el castigo de las acciones más graves, como la expresa apología de la violencia.

## **6. Reflexiones finales sobre el binomio delitos de odio y libertad de expresión: la educación en derechos como vía preventiva para contrarrestar la discriminación**

Tras el estudio del tratamiento normativo y jurisprudencial de los delitos de odio en nuestro país, debemos hacer dos consideraciones: en primer lugar, tanto los actos de odio (22.4º) como el discurso de odio tipificado en las diferentes modalidades del art. 510 CP se erigen como los principales instrumentos con los que cuenta el operador jurídico para hacer frente a esta clase de delitos, toda vez que la vía administrativa presenta dudas en cuanto a la constitucionalidad de las sanciones; y la civil todavía ha sido “poco transitada” en esta materia (Valiente Martínez, 2022).

Pero ello no significa que deban aplicarse de forma indiscriminada. Consideramos que la comisión de delitos con palabras debería representar un complemento “simbólico, mínimo, residual y, en cualquier caso, blindado de cualquier sospecha de ilegítima interferencia ideológica” (Landa Gorostiza, 2018, p. 144). Por lo tanto, su empleo habría de quedar reducido únicamente a la condena de apología de la violencia contra colectivos vulnerables, como es el caso de la población migrante y refugiada.

De esta forma se evitaría el riesgo de intrusión en el ámbito esencial de los derechos fundamentales, y en particular en la esfera de la libertad de expresión donde su limitación siempre se expone a una sospecha de abuso del control ilegítimo del *libre mercado de las ideas*<sup>441</sup>. Esto, a su vez, puede derivar en un deterioro preocupante de la opinión pública libre y el pluralismo político, bases en las que deben asentarse las sociedades democráticas.

En segundo lugar, otra cuestión que subyace a lo largo del examen realizado sobre esta regulación es si el Derecho puede legalmente señalar determinados actos y discursos para castigarlos mediante sanciones -ya sean penales, civiles o administrativas-. Al respecto, García García (2017) opina que el uso del Derecho no siempre es lo más oportuno, a lo que Nastasache y Martín Jiménez (2021, p. 19) especifican que “el recurso al Derecho Penal se justifica por la necesidad de combatir el odio con la mayor contundencia posible, pero ello no significa que los pasos que se están dando en esta

---

<sup>441</sup> La alegoría del libre mercado de las ideas fue formulada en un célebre voto disidente por el juez O. W. Holmes, en el asunto *Abrams v. United States*, 1919.

dirección sean acertados”. El Tribunal Supremo ha reiterado en numerosas sentencias la función de *ultima ratio* que debe cumplir el Derecho penal: “*Convertir en dogma que la apelación al Derecho penal como instrumento para resolver los conflictos es la última razón a la que debe acudir el legislador que tiene que actuar, en todo momento, inspirado en el principio de intervención mínima de los instrumentos punitivos*” (STS 670/2006, de 21 de junio).

De lo contrario, una utilización excesiva del mismo incurriría en lo que Alcácer Guirao (2020, p. 262) denomina como “rechazable moralismo, al justificar la intervención del Derecho penal con el solo fin de defender valores, así como [en] un insoportable paternalismo, al pretender excluir de la esfera pública determinados discursos en virtud de que puedan inculcar determinadas opiniones, actitudes o emociones”. Y es que parece evidente que para luchar contra la propagación del odio es necesario contar con ciertos instrumentos legales, pero estas medidas no resolverán el problema si no van acompañadas de otras de carácter educativo y social (García García, 2017).

Además, como bien señalan varios autores como Fuentes Osorio (2017) y Alcácer Guirao (2020), acudir a sanciones jurídicas y, con ello, al sacrificio de la libertad de expresión, no ha garantizado el derecho que tienen las minorías “a expresar libremente su forma de ser y de sentir sin temor a ser agredidos simplemente por sus características identitarias” (Laurenzo Copello, 2021, p. 90); ni tampoco parece haber fomentado un ejercicio más responsable e integrador de la libertad de expresión por parte de la ciudadanía en general.

La alternativa a reprimir jurídicamente el discurso de odio, en cualquiera de sus modalidades, podría ser asegurar por otras vías que los grupos minoritarios, que constituyen potenciales víctimas del odio y la discriminación, “dispongan de posibilidades expresivas de respuesta, que accedan en condiciones de igualdad a los medios de comunicación, que puedan, en suma, hacerse oír socialmente” (Alcácer Guirao, 2020, p. 200 y ss.). Siguiendo al mismo autor, todos estos medios contribuirían a la construcción de un “discurso de defensa activo de las minorías” que podría resultar más efectivo que el Derecho para contrarrestar los mensajes discriminatorios y favorecer una cultura de los derechos humanos.

La pregunta que surge a colación es si es posible apostar por la prevención social que fomente un “discurso de defensa de las minorías”, en lugar de actuar únicamente de forma reactiva, para lograr la salvaguarda de una sociedad cuyos derechos fundamentales convivan en plena armonía; para conseguir que todos los seres humanos viajemos en “primera clase” y no existan “vagones de cola” (Landa Gorostiza, 2018). Llegados a este punto de la investigación, la respuesta es muy clara:

la educación en derechos humanos o “el derecho a ser educados en nuestros derechos”<sup>442</sup> (Rodino, 2015, p. 206) desempeña un papel trascendental en el ámbito de la prevención. Este tipo de educación constituye un proceso continuo mediante el cual los seres humanos aprenden a conocer sus derechos, a ejercerlos sin dañar al otro y a defenderlos de forma conjunta. Se trata, al fin y al cabo, del primer ladrillo sobre el que construir una sociedad democrática que tenga su fundamento en el respeto a la dignidad humana, especialmente de las minorías más desfavorecidas.

La Carta sobre la educación para la ciudadanía democrática y la educación en derechos humanos (2010)<sup>443</sup>, promulgada por el Consejo de Europa, consideraba indispensable “*formar*” y “*sensibilizar*” a los jóvenes para que fueran capaces de “*apreciar la diversidad*”, así como defender una “*cultura universal de los derechos humanos*” que tenga por objeto la consecución de un estado de bienestar para todos los ciudadanos de la Unión Europea. Por su parte, el TEDH ha recordado en varias ocasiones, como en el asunto *Nachova y otros c. Bulgaria*, de 6 de julio de 2005, que “*en democracia, la diversidad no ha de ser percibida como una amenaza, sino como una riqueza para la sociedad*”.

En base a todo esto, no resulta baladí creer en la educación en derechos, enseñada en las escuelas, institutos y universidades y reforzada por actores con determinante influencia social (los medios de comunicación), como una vía a transitar mucho más efectiva que el Derecho sancionador, como un instrumento de contención de movimientos xenófobos y racistas. Es más, si consideramos el odio hacia el diferente como una enfermedad que parece estar asentándose de forma permanente en la sociedad internacional (García-Planas et al., 2020), la educación se erige como la medicina más efectiva para erradicarla, para garantizar una sociedad “lo suficientemente madura como para no contaminarse por el más odioso de los discursos” (Teruel Lozano, 2018, p. 42).

La educación, a través de su principal arma -las palabras-, puede poner el foco de interés en las diferencias culturales y sociales existentes, y favorecer la discriminación y el enfrentamiento entre

---

<sup>442</sup> Rodino (2015, p. 201 y ss.) apunta que el trinomio educación, derechos humanos e inclusión social son las condiciones esenciales para alcanzar el desarrollo de las sociedades humanas y de las personas para que podamos llevar una vida libre, protegida y feliz, con la importancia que conllevan estos tres términos para cada uno de nosotros. La educación, afirma la autora, significa poder enseñar, aprender y crecer al máximo de nuestras posibilidades; los derechos humanos aluden a que se respete nuestra dignidad y todas las exigencias que de ella se derivan. Y, por último, la inclusión social se refiere a que seamos parte y partícipes plenos de una comunidad, con igualdad de oportunidades, para el disfrute de los bienes naturales y culturales disponibles.

<sup>443</sup> Esta Carta fue adoptada en el marco de la Recomendación CM/ Rec(2010)7 del Comité de Ministros. Texto recuperado el 20 de abril de 2023 de <https://rm.coe.int/1680487829>.

todos los grupos. O, por otro lado, es capaz de resaltar las similitudes que existen entre los migrantes y los autóctonos; y fomentar que se relacionen entre ellos desde los valores constitucionales de la igualdad, la tolerancia y el pluralismo.

## **7. El lenguaje de los medios de comunicación sobre los derechos de las personas migrantes**

Usad la libertad para servir con amor a los demás.

(Gálatas, 5:13)

### **7.1. Punto de partida: la responsabilidad de los medios de comunicación en la defensa y promoción de los valores éticos**

En el marco de las libertades consagradas en la CE, que constituyen la referencia necesaria para una sociedad plenamente democrática, el ejercicio profesional del Periodismo representa un importante baluarte para que se haga realidad el eficaz desarrollo de los derechos a la libre información y expresión de las ideas (Federación de Asociaciones de Periodistas de España, 2017<sup>444</sup>), cuya extensión se hace igualmente efectiva al resto de derechos. De hecho, la UNESCO (1983) en su Código Internacional de Ética Periodística<sup>445</sup>, comprendía la información no como un simple producto, sino como “un bien social” cuyo garante ha de ser el periodista. Es por ello que a los profesionales de la información les corresponde mantener una conducta responsable en cuanto se refiere a la ética y la deontología de la información (Código Europeo de Deontología del Periodismo, 1993<sup>446</sup>). De este modo, cuando hablamos de un código deontológico nos referimos a “una declaración de principios básicos que los periodistas han de observar en el ejercicio de su tarea, como expresión de la voluntad de defender unos medios de comunicación libres y

---

<sup>444</sup> La común denominada FAPE es, en la actualidad, la entidad más representativa del periodismo español. Cuenta con 50 asociaciones federadas y 16 vinculadas que, en conjunto, representan a más de 17.000 asociados. Como organización profesional sindical, la FAPE está acogida a la Ley 91/1977 de Asociaciones Profesionales, legalizada con el número 896. Código Deontológico recuperado el 14 de mayo de 2023 de <https://fape.es/home/codigo-deontologico/>.

<sup>445</sup> Código Internacional de Ética Periodística recuperado el 14 de mayo de 2023 de <https://www.comisiondequejas.com/otras-normas-eticas/codigos/codigo-internacional-de-etica-periodistica-unesco/>.

<sup>446</sup> Código Europeo de Deontología del Periodismo recuperado el 13 de mayo de 2023 de <https://periodistasandalucia.es/wp-content/uploads/2017/01/CodigoEuropeo.pdf>.



responsables en el marco de una sociedad plural y democrática” (Colegio de Periodistas y Consejo de la Información de Cataluña, 2016<sup>447</sup>).

Dada la ausencia de regulación de la profesión periodística (continúa en vigor la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta, que los tribunales han vaciado de contenido a lo largo del tiempo<sup>448</sup>), estos códigos de buenas prácticas adquieren especial relevancia<sup>449</sup>.

Teniendo en cuenta el Código Internacional de Ética Periodística (UNESCO, 1983) y el Código Europeo de Deontología del Periodismo (1993), la FAPE (2017) establece como principales principios éticos de la profesión el respeto a la verdad, a la intimidad e imagen de los afectados por las informaciones que publican, a la presunción de inocencia; y el compromiso en la defensa de los derechos de los “más débiles y discriminados”. Sobre esto último, dicha Federación afirma: “El periodista extremará su celo profesional (...) en los casos de informaciones u opiniones de contenido eventualmente discriminatorio o susceptibles de incitar a la violencia o a prácticas humanas degradantes”. Por ello, se les recomienda que se abstengan de aludir “de modo despectivo o con prejuicios” a la raza, color, religión, origen social, etc de una persona concreta<sup>450</sup>.

El resto de agrupaciones periodísticas y medios de comunicación han tomado como referencia estos principios para desarrollar los propios. Por ejemplo, el Consejo Audiovisual de Andalucía señala en su Código Ético que “los mensajes de carácter xenófobo están prohibidos en los medios audiovisuales que componen su organización”; y vela para que “la diversidad política, religiosa, cultural y social esté presente diariamente en sus medios”.

Por otro lado, el Colegio de Periodistas y el Consejo de Información de Cataluña (2016) también parte de la premisa de que “no se puede discriminar a ninguna persona debido a su origen étnico,

---

<sup>447</sup> Código Deontológico del Colegio de Periodistas y del Consejo de la Información de Cataluña, recuperado el 14 de mayo de 2023 de <https://fcic.periodistes.cat/es/codi-deontologic/>.

<sup>448</sup> Los intentos de que sea el Estado el que determine los criterios de funcionamiento de los medios de comunicación mediante su regulación legal o control público han fracasado a lo largo de las décadas. Dado que las libertades de información y expresión constituyen un rasgo esencial de las sociedades democráticas, Hugo Aznar (1998) explicaba que el ideal de que la comunicación se institucionalice a través del derecho es mínimo en las sociedades liberales: “La intervención del derecho tiende a restringirse al máximo en este campo (...) precisamente para garantizar el pleno disfrute de la libertad de expresión”.

<sup>449</sup> Un análisis de todos los códigos deontológicos escapa al objeto de estudio de esta investigación, pero si el lector desea profundizar en esta materia se recomienda, entre otras, la obra de Barroso Asenjo, P. (2011). Códigos de deontología periodística: análisis comparativo. *Universitas, Revista de Ciencias Sociales y Humanas, UPS-Ecuador*, 15, 141-176.

<sup>450</sup> Código Deontológico de la FAPE recuperado el 14 de mayo de 2023 de <https://fape.es/home/codigo-deontologico/>.

nacionalidad, etc”. Pero va un poco más allá al aseverar que se deben evitar prácticas discursivas como emplear “expresiones vejatorias que puedan incitar al odio y al uso de la violencia (...), y palabras relacionadas con la nacionalidad para designar en titulares a un individuo que ha cometido actos delictivos”, dada la fuerte carga discriminatoria que conllevan<sup>451</sup>. Ambas asociaciones catalanas abogan porque los periodistas se muestren especialmente sensibles con la diversidad y actúen con sentido de justicia y respeto a las personas y los grupos afectados. Sin duda, esta obligación deriva de la referencia que hace el Código Europeo de Deontología del Periodismo (1993) sobre que los medios de comunicación tienen la obligación moral de defender los valores de la democracia: “Nadie debe ser neutral (...), “han de oponerse, de forma clara, a la violencia y al lenguaje del odio”<sup>452</sup>.

Con respecto a la asunción de los principales principios éticos por parte de los medios, el diario generalista más leído en España (EGM, 2022<sup>453</sup>), *El País*, afirma en su Código Ético que “se compromete a guardar el orden democrático y legal establecido en la Constitución española”<sup>454</sup>, de lo que se desprende que sus informaciones deben respetar los derechos fundamentales que se reconocen a todas las personas sin que pueda prevalecer ningún tipo de discriminación. Por su parte, el segundo periódico más leído, *El Mundo*, alude en su Código Ético “al servicio a la sociedad mediante la búsqueda constante de la verdad y la consideración (...) del delicado equilibrio entre perjuicios para algunos y beneficios para el conjunto de la opinión” como valores

---

<sup>451</sup> Resulta de interés la recomendación específica que realizan estas asociaciones sobre el uso mediático del término ‘ilegal’: “Aplicado a inmigrantes es incorrecto y vulnera los criterios del Código Deontológico de la profesión periodística, porque (...) las personas nunca pueden ser ilegales, esto supondría negar a un ser humano la categoría de sujeto de derecho. Su aplicación implica desprecio a la dignidad y a la propia imagen de estas personas; y favorece estereotipos que criminalizan a estas personas en la conciencia colectiva” (Colegio de Periodistas y Consejo de la Información de Cataluña, 2016). Código Deontológico del Colegio de Periodistas y del Consejo de la Información de Cataluña, recuperado el 14 de mayo de 2023 de <https://fcic.periodistes.cat/es/codi-deontologic/>.

<sup>452</sup> Código Europeo de Deontología del Periodismo recuperado el 13 de mayo de 2023 de <https://periodistasandalucia.es/wp-content/uploads/2017/01/CodigoEuropeo.pdf>.

<sup>453</sup> Datos extraídos del último informe publicado por la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación (AIMC), y recuperados el 14 de mayo de 2023 de <https://reporting.aimc.es/index.html#/main/cockpit>.

<sup>454</sup> Código Ético del diario *El País*, recuperado el 14 de mayo de 2023 de <https://elpais.com/estaticos/codigo-etico/>.

esenciales; así como la defensa de la “democracia” y la “moralidad civil” que se traducen en la responsabilidad que debe guiar la labor de sus periodistas<sup>455</sup>.

También otros medios audiovisuales han recogido los principios éticos establecidos por la FAPE porque entienden que son premisas ineludibles para la defensa de los derechos humanos, como la Cadena COPE que afirma que entre los valores que impregnan su línea editorial se encuentra “la defensa de aquellos colectivos más débiles y vulnerables y menos favorecidos económica o socialmente”<sup>456</sup>. De manera más concreta, RTVE explica en su “Manual de Estilo”<sup>457</sup> que los profesionales de este medio deben evitar “la superficialidad y las visiones estereotipadas cuando se aborden asuntos referidos a la inmigración, el racismo y la xenofobia”; y, en su lugar, han de abordar las cuestiones de fondo que encierra el fenómeno migratorio (pobreza, cambio climático, desigualdad, etc).

A fin de cuentas, se les exige a los medios un comportamiento activo en el fomento de la convivencia y la promoción de valores éticos, pues lo contrario puede favorecer un contexto discriminatorio en el que los ciudadanos desarrollen una actitud negativa con respecto a la migración, en general, y a los migrantes en particular (Colegio de Periodistas y Consejo de la Información de Cataluña, 2016).

Sobre la responsabilidad de los periodistas en la percepción social de las personas migrantes, Van Dijk (1997; 2011) sostiene que si los discursos difundidos por los medios son racistas, también lo serán las actitudes e ideologías del grupo dominante (nativos) hacia los extranjeros.

En línea con esto, la European Anti Poverty Network (2020, p. 5<sup>458</sup>) advertía que “la imagen que se transmite a través de los procesos de comunicación puede crear sociedades de consenso y respeto, o de miedo y discriminación hacia las personas diferentes”. Y Robinson Salazar (2009, p. 107) afirmaba que, pese a la existencia de códigos éticos cuyos principios contribuirían al desarrollo de la educación constitucional, muchos medios han abogado por la construcción de una sociedad discriminatoria. Cada vez más sus informaciones buscan “producir miedo”, entre la población,

---

<sup>455</sup> Código Ético del diario *El Mundo*, recuperado el 14 de mayo de 2023 de <https://www.elmundo.es/em/codigo-etico.html>.

<sup>456</sup> Código Deontológico de la Cadena COPE recuperado el 14 de mayo de 2023 de <https://institucional.cope.es/linea-editorial-codigo-deontologico-etico/#:~:text=COPE%20fomentar%C3%A1%20un%20ambiente%20de,de%20los%20conflictos%20de%20inter%C3%A9s>.

<sup>457</sup> Manual de Estilo de la Corporación RTVE recuperado el 12 de mayo de 2023 de [https://www.cgtrtve.org/files/manual-de-estilo-rtve\\_0.pdf](https://www.cgtrtve.org/files/manual-de-estilo-rtve_0.pdf).

<sup>458</sup> Guía de Estilo sobre Aporofobia y Discurso del Odio (2020), reuperada el 14 de mayo de 2023 de [https://www.eapn.es/ARCHIVO/documentos/documentos/1609329076\\_guia-contraporofobia\\_4.pdf](https://www.eapn.es/ARCHIVO/documentos/documentos/1609329076_guia-contraporofobia_4.pdf).

sobre la existencia de un supuesto “enemigo oculto que vulnera nuestra seguridad personal y pone en riesgo el patrimonio social”: el migrante.

En base a ello, Blesa Aledo (2006, p. 30) consideraba que los medios ambicionados por el poder, se han convertido en un “instrumento de control social, adoctrinamiento cultural, electoral y palanca de aceleración y propagación de los valores de una sociedad consumista”. Lo que llevaba a Benítez-Eyzaguirre (2017, p. 6) a deducir que estos se han apropiado de “un régimen de verdad” en el que les es posible “denunciar el discurso de odio y disparar hacia afuera preservando lo propio, es decir, condenan el uso de este discurso a pesar de que lo utilizan constantemente”.

Consciente del escenario esbozado, el Consejo de Europa ha señalado en numerosas ocasiones la alarmante importancia de los medios de comunicación en la propagación del discurso de odio contra colectivos vulnerables como las personas migrantes y refugiadas. Así, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), a través de su Recomendación nº 15, asegura que “*en la inmensa mayoría de los casos, el uso de discurso de odio se produce en los medios de comunicación*” (p. 5). Benítez-Eyzaguirre (2017) va incluso más allá al considerar que el odio, como estrategia del poder que es, no solo se encuentra y construye en los discursos propuestos por los medios, sino que ya forma parte del ecosistema mediático a través de una política claramente definida, en la que los medios dan amplitud al discurso del odio con su expansión en la comunicación horizontal, donde se abrigan quienes se sienten impunes, pero también los que observan pasivamente.

## **7.2. Principales estrategias discursivas de propagación del discurso discriminatorio en los medios de comunicación**

Atendiendo a la advertencia del Consejo de Europa sobre el papel de los medios en la divulgación del odio como discurso, el Observatorio del Discurso de Odio en los Medios de Comunicación (2017)<sup>459</sup> llevó a cabo un estudio exhaustivo en el que analizaron 171 noticias sobre migración

---

<sup>459</sup> El Observatorio del Discurso de Odio en los Medios de Comunicación es una iniciativa creada por el grupo de periodistas ‘Ramon Barnils’, con el objetivo de fomentar ‘la bona tasca periodística entre professionals del sector’, así como de dotar a la ciudadanía de recursos para que puedan llevar a cabo ‘una lectura en clau crítica dels mitjans’. Todos los materiales, disponibles en catalán, se pueden encontrar aquí: <https://www.media.cat/discursodimitjans/>.

publicadas por nueve medios españoles<sup>460</sup>. El resultado fue la identificación de nueve estrategias de discurso discriminatorio que se repiten en las informaciones publicadas por la mayoría de ellos:

- 1) Aportan características de los actores (el origen, la etnia o la religión) que no siempre son relevantes para la noticia.
- 2) Atribución de acciones negativas a las minorías vulnerables (que no llegan a la injuria, pero pueden suponer un menosprecio o humillación del colectivo en cuestión).
- 3) Reproducción del esquema nosotros-ellos (cuadrante de polarización ideológica en el que hemos profundizado en capítulos anteriores).
- 4) Se publican datos personales inapropiados de los actores (por ejemplo, la nacionalidad cuando no aporta interés al caso).
- 5) Trato caritativo (paternalista) de los actores (especialmente en informaciones sobre la llegada de personas a costas europeas en embarcaciones defectuosas).
- 6) Publicación de informaciones contradictorias sin desmentir ni rectificar (los migrantes roban el trabajo a los autóctonos, pero también se aprovechan de su sistema público de ayudas).
- 7) Uso de fotografías o vídeos que no refuerzan el argumento del texto y tienen rasgos sensacionalistas.
- 8) Espectacularización de la información (imágenes en primer plano de menores fallecidos o de los cuerpos de migrantes amontonados).
- 9) Se usa un lenguaje que fomenta el odio (con incitación a la violencia, insultos o injurias) hacia el colectivo, mediante la denominación de los actores o las acciones que se les atribuyen.

En todas estas técnicas subyace una reflexión de importante calado que Benítez-Eyzaguirre (2017, p. 6) resume en los siguientes términos: “Los medios han olvidado la información y han decidido apostar por el entretenimiento como discurso, como si ello fuera inocuo (...). Se ha fomentado una idiotización que anula el espíritu crítico, y hace familiares y cotidianos mensajes que abonan el terreno de la posverdad”. Esto entronca con el pernicioso efecto del ya comentado

---

<sup>460</sup> Estos son *La Vanguardia*, *El País*, *20 minutos*, *Nació Digital*, *El Español*, *eldiario.es*, TV3, La Sexta y Telecinco.

infoentretenimiento, o “proceso de tabloidización” en el que Díaz Nosty (2015, p. 11) apuntaba que están inmersos los medios de un tiempo a esta parte<sup>461</sup>.

Es evidente que las condiciones en las que la mayoría de los periodistas se ven obligados a desempeñar su labor han contribuido sobremedida a esta especie de ‘crisis de credibilidad’ (Blesa Aledo, 2017) o “momento de degradación generalizada del periodismo en los medios” (Díaz Nosty, 2015, p. 12). La organización del trabajo no sujeta a horarios y pendiente de la actualidad, la estratificación salarial que prima la existencia de periodistas estrella o el abuso de becas y prácticas para cubrir puestos de trabajo fijos son algunas de las principales causas de precarización que García de Madariaga y Arasanz Esteban (2018) destacan del sector, sin olvidar la excesiva dependencia de la publicidad y las continuas injerencias de los poderes políticos y económicos en la labor de los medios de comunicación<sup>462</sup>.

Una coyuntura que la ECRI no aborda cuando en su Recomendación nº 15 trata de corregir dicho clima de hostilidad y polarización exhortando a los profesionales de la información a defender y cultivar “*un periodismo de raíces éticas*” (p. 9); pero no se dirige directamente a las empresas o conglomerados mediáticos que pueden asegurar las condiciones idóneas para que sus trabajadores, a la hora de informar, huyan de prácticas que favorecen el florecimiento de discursos de odio, como la desinformación.

Ibarra (2019, p. 9) define este fenómeno en auge como “un arma de destrucción de la convivencia y de la cohesión social, además de un instrumento estratégico de quienes promueven la radicalización y el extremismo violento”. Frente al poder de la desinformación, en cuya proliferación las redes

---

<sup>461</sup> Díaz Nosty (2015, p. 12) reflexiona que “los medios de referencia, especialmente en sus versiones *online*, se orientan cada vez más hacia el espectáculo y lo banal (...). Bajo una pretendida pátina periodística, desinforman y reducen la narración de la actualidad a debates polarizados por imperativo del guion... Periodistas de los medios de referencia pierden su crédito en debates devaluados por los formatos festivos del espectáculo. En estos espacios, la llamada prensa de calidad, a través de sus periodistas, se entrega con frecuencia al tabloide, a lo amarillo, a la adulteración de los nutrientes de la opinión pública”.

<sup>462</sup> A este respecto, se recomienda la lectura de Jiménez García, D. (2019). *El director*. Madrid: Libros del K.O, donde el autor, antiguo director del diario *El Mundo*, detalla las presiones que sufrió durante su mandato. También profundiza en cómo las causas citadas han influido en la ‘crisis de credibilidad’ de los medios, sin esperanzas de mejora a corto plazo.

sociales funcionan “como una especie de colaborador necesario”<sup>463</sup> (Herrero de la Fuente, 2022), la ECRI entiende que el periodismo ha de apostar por la veracidad informativa, elemento característico de la libertad de información en el que ahondamos en páginas anteriores. Pero, sobre todo, alude “a la autorregulación y a los códigos de conducta de voluntario cumplimiento como medios eficaces para prevenir y condenar el discurso de odio” (p. 5).

En este sentido, la FAPE cuenta con una Comisión de Arbitraje, Quejas y Deontología del Periodismo que se erige como el principal órgano de autocontrol interno de la profesión periodística. Si bien no posee poder sancionador (o quizá su capacidad coactiva es el eco que pueden producir sus resoluciones en la opinión pública), supone una alternativa a la apertura de un procedimiento judicial. Compuesta por diferentes miembros procedentes del periodismo, el derecho y la investigación académica, publica resoluciones de forma continua.

Por citar una de ellas, en diciembre de 2021 el organismo juzgó la labor del medio de comunicación *El Mira Jerez* que había titulado anteriormente: “Brutal pelea de jóvenes magrebíes en la Nochebuena de Jerez”<sup>464</sup>. Una asociación de apoyo a migrantes residentes en Jerez formuló una queja contra el periódico por entender que vulneraba el principio ético de búsqueda de la verdad. Entre otras razones, fundamentaba que el diario informaba en el titular sobre la nacionalidad de los jóvenes con intención de criminalizar al colectivo al que pertenecían, y que en el cuerpo de la noticia aportaba información sin contrastar.

La Comisión de Arbitraje consideró que el citado medio no había vulnerado el Código Deontológico de la FAPE porque el titular destacaba unos hechos que efectivamente habían ocurrido. Además, entendía que la exclusiva mención a la nacionalidad de los participantes, por un

---

<sup>463</sup> Las redes sociales, a las que autores como Pérez Escoda y Rubio Romero (2022) ya denominan “el quinto poder”, permiten la difusión a gran escala y a un ritmo vertiginoso de noticias falsas, “su efecto multiplicador se agrava en un contexto de polarización donde las medias verdades, los mensajes tergiversados o, directamente, la falsedad, crecen sobre terreno abonado” (Herrero de la Fuente, 2022). Esto es debido al acceso sin control, al anonimato, la sobreabundancia de datos y la falta de regulación para publicar en Internet. Estas estrategias, a su vez, favorecen el empleo de algoritmos y *bots* que generan el denominado ‘filtro burbuja’ (Pariser, 2011), una especie de aislamiento intelectual que atrapa a los ciudadanos en un espacio de confort ideológico donde dejan de estar expuestos a informaciones que cuestionen sus ideas. Entre todas las redes, Twitter -que destaca como la más usada con finalidad política (Pano Alamán, 2020)- es para Miró Llinares (2016) aquella en la que más prolifera la desinformación y donde más se concentran mensajes de odio y violencia hacia colectivos vulnerables. Todo esto conlleva “efectos devastadores” (Herrero de la Fuente, 2022) para la salud de nuestra democracia que parece estar perdiendo su carácter plural y diverso.

<sup>464</sup> Noticia recuperada el 3 de marzo de 2023 de <https://www.elmira.es/articulo/jerez/brutal-pelea-de-jovenes-magrebies-en-la-nochebuena-de-jerez/20191225090223167961.html>.

lado, era relevante para la comprensión de lo sucedido; y, por otro, no venía acompañada de consideraciones discriminatorias realizadas por el periódico<sup>465</sup>.

Este ejemplo manifiesta la complejidad de informar en el ámbito periodístico atendiendo a todas las aristas e implicaciones sociales relacionadas con los temas de interés público.

No obstante, el arbitraje (como la observancia previa de los códigos éticos y de los manuales de estilo) se erige como un método de resolución de conflictos extrajudicial que no solo respeta la autorregulación imperante en la profesión. Sino que, además, su cumplimiento constituye “una prueba de madurez de una sociedad cuyos miembros son capaces de asumir libremente responsabilidades y compromisos más allá de sus intereses particulares” (Hugo Aznar, 1998); y puede convertirse en un mecanismo idóneo para detectar y prevenir el florecimiento de discursos discriminatorios o de odio presentes en los medios de comunicación.

Pese a todo lo comentado, también existen ejemplos de un periodismo libre de odio y desinformación que reivindica sus raíces éticas, su “valor central como nutriente de la opinión pública informada (...), su condición crítica de contrapoder” (Díaz Nosty, 2015, p. 13). En materia migratoria, debemos referirnos obligatoriamente a la labor de “Maldita migración”, un proyecto periodístico que detecta y analiza bulos sobre inmigración valiéndose de herramientas de *fact-checking* (verificación de hechos basada en análisis textual y audiovisual del bulo en cuestión; consulta a textos legales, boletines oficiales y expertos jurídicos; contraste de fuentes, etc)<sup>466</sup>. La importancia de este medio ha sido estudiada en numerosos trabajos (Bernal-Triviño y Clares-Gavilán, 2019; Molina Cañabate y Magallón Rosa, 2019; Notario y Cárdenas, 2020; Narváez-Llinares y Pérez-Rufi, 2022). Precisamente, Molina Cañabate y Magallón Rosa (2019, p. 118) destacaron su buen uso del periodismo de datos y de verificación como “fórmula para redimensionar y salvar la profesión periodística”.

---

<sup>465</sup> Resolución 2021/180 recuperada el 8 de marzo de 2023 de [https://www.comisiondequejas.com/wp-content/uploads/2021\\_180.pdf](https://www.comisiondequejas.com/wp-content/uploads/2021_180.pdf).

<sup>466</sup> *Maldita Migración* es parte de *Maldita.es*, una organización sin ánimo de lucro cuyo objetivo es analizar el discurso político y verificar las informaciones que circulan en redes sociales. La sección dedicada exclusivamente a examinar noticias e información sobre migrantes y refugiados nació el 15 de enero de 2019, cuando los periodistas de *Maldita.es* advirtieron que, tras la llegada del barco humanitario “Aquarius” a España, un tercio de los bulos que circulaban por las redes tenía que ver con la inmigración. Sus contenidos han sido apoyados por el programa “Right, Equality and Citizenship 2014-2020” de la Unión Europea cuya pretensión era luchar contra la desinformación hacia migrantes, refugiados y grupos vulnerables. En el enlace se pueden visualizar algunos de los bulos que más desmienten relacionados con la islamofobia, los menores migrantes no acompañados y las subvenciones que reciben mujeres extranjeras: <https://maldita.es/migracion/informes/>



Otro modelo periodístico exitoso de *fact-checking* es el caso de *Newtral* (Ruiz-Alba y Sussi de Oliveira, 2019), una *startup* de contenido audiovisual fundada en 2018 por la periodista Ana Pastor y adherida a la International Fact Cheking Network (IFCN). La plataforma lleva a cabo una ardua tarea de desmentido sobre informaciones de índole migratoria: véase este reportaje que desmonta aquellas que vinculan la inseguridad y los crímenes con la llegada de menores no acompañados a España<sup>467</sup>; o este otro que muestra cómo las supuestas ayudas económicas que reciben los migrantes en nuestro país se ha convertido en uno de los bulos más presentes en Internet<sup>468</sup>. En una investigación anterior, Pozo Montes y León Manovel (2020, p. 114) calificaron a *Newtral* como un auténtico “referente de la información periodística de calidad”.

Dejando a un lado los medios dedicados a la verificación, también encontramos buenas prácticas de periodismo en los generalistas. En este sentido, cabe destacar la sección de *Eldiario.es* dedicada al tratamiento del fenómeno migratorio, la cooperación y los derechos humanos, “Desalambre”. Dentro de ella, destaca una subsección en la que se informa asiduamente sobre incidentes racistas. Como afirma el propio diario, “Los ataques racistas, xenófobos y contra la libertad de conciencia se repiten por todo el mundo. Nuestra misión es informar sobre ellos y controlar a las instituciones para que cumplan con su trabajo para evitarlo. También fomentamos el debate sobre el lenguaje, la historia y las maneras de construir una sociedad más inclusiva”<sup>469</sup>.

Por otro lado, varias investigaciones realizadas por el diario *El País* sobre migración han sido galardonadas por su calidad informativa y su compromiso en la denuncia de vulneraciones de los derechos, como la serie de reportajes “Frontera Sur. La frontera desconocida de América”, elaborada junto al periódico *El Faro* (El Salvador) que recibió en 2021 el “Premio Gabo” por “revelar la dramática complejidad de la frontera sur de México”<sup>470</sup>. También otra investigación, en colaboración con *Lighthouse Reports* sobre las muertes ocurridas en la valla de Melilla en junio de

---

<sup>467</sup> Sara González. La criminalización de los menores extranjeros que llegan solos a España (14/08/2019). *Newtral*. Texto recuperado el 2 de abril de 2023 de <https://www.newtral.es/menas-noticias-falsas/20190814/>.

<sup>468</sup> Álvaro Lorenzo. Los bulos *boomerang* que se comparten una y otra vez pese a ser desmentidos (20/09/2021). *Newtral*. Texto recuperado el 2 de abril de 2023 de <https://www.newtral.es/bulos-vuelven-una-otra-vez/20210920/>.

<sup>469</sup> Se pueden consultar todos los contenidos de “Desalambre” en el siguiente enlace: <https://www.eldiario.es/desalambre/>.

<sup>470</sup> *El País* gana el Premio Gabo a la mejor cobertura con una serie de reportajes sobre la frontera sur de México. Texto recuperado el 8 de mayo de 2023 de <https://elpais.com/cultura/2021-01-22/el-pais-gana-el-premio-gabo-a-la-mejor-cobertura-con-una-serie-de-reportajes-sobre-la-frontera-sur-de-mexico.html>.

2022, le valió el premio “Sigma Awards 2023” que reconocía “el mejor periodismo de datos hecho en todos los países”<sup>471</sup>.

Sin duda, estos ejemplos demuestran que un periodismo ético, combativo e implicado en la defensa de los vulnerables, en definitiva, “*perro guardián de la democracia*”<sup>472</sup>, es posible.

---

<sup>471</sup> Así lo reconocía la entidad que concedía tales galardones. Declaraciones recuperadas el 8 de mayo de 2023 de <https://sigmaawards.org/projects/>.

<sup>472</sup> TEDH, caso *Ziembinski contra Polonia*, de 5 de octubre de 2016.



## CAPÍTULO V. DE LA TEORÍA A LA PRAXIS: TRATAMIENTO PERIODÍSTICO DEL FENÓMENO MIGRATORIO A TRAVÉS DE LA TRAGEDIA DE NADOR

En griego antiguo, la palabra que se usa para designar al huésped, al invitado, y la que se usa para designar al extranjero, son el mismo término: *xénos*

GEORGE STEINER

En esta tesis doctoral hemos llevado a cabo un análisis exhaustivo de los elementos que influyen sobremanera en los derechos y libertades de los migrantes: comenzando por un estudio de la configuración legal de estas personas y de las figuras conexas (refugiado, apátrida); profundizando, posteriormente, en la importancia de la técnica normativa en la ampliación o restricción de los derechos del colectivo extranjero.

También aludimos a la interpretación jurídica del entramado normativo que se refiere a ellos; y ahondamos en la interpretación periodística de la migración a través de las principales teorías mediáticas, que explican cómo los medios son creadores de la realidad; y contribuyen a modelar las percepciones sociales dominantes sobre grupos vulnerables, como los migrantes.

En este sentido, también hemos examinado aquellos conflictos de derechos que surgen al legislar e informar sobre este colectivo (derecho a la información, libertad de expresión, derecho al honor...); y el fenómeno del discurso de odio que se erige como principal límite a estas libertades fundamentales. Por último, nos hemos referido a la responsabilidad de los medios ante la difusión de discursos discriminatorios y a su compromiso en el fomento y promoción de valores éticos. Todo este recorrido interdisciplinar lo hemos acompañado de una muestra de ejemplos seleccionados minuciosamente para lograr una mayor comprensión del fenómeno migratorio.

Creemos que ahora es el momento de llevar a la práctica la teoría analizada para aplicar, por un lado, las deducciones a las que hemos ido llegando a lo largo de esta investigación: qué palabras se deben emplear para hablar de estas personas (migrante, en lugar de inmigrante o irregular), la presencia de fobotipos que estigmatizan a este colectivo, el auge de discursos de odio -u odiosos- que ponen en peligro el ejercicio de sus derechos, etc. En suma, queremos analizar el lenguaje periodístico sobre la migración.

Por ello, esta parte práctica que presentamos a continuación selecciona un caso específico relacionado con la migración, la tragedia de Nador del 24 de junio de 2022, y estudia su tratamiento informativo en la prensa escrita más leída en España. El objetivo, a partir de un código de análisis de contenido<sup>473</sup> diseñado a partir de parámetros jurídico-periodísticos, es examinar, entre otros elementos, la terminología empleada, los enfoques predominantes en la elaboración de las noticias, las fuentes consultadas... a fin de cuentas, si las informaciones son respetuosas con los derechos de las personas migrantes y contribuyen a su inclusión en sociedad.

### **1. Justificación del caso seleccionado: la tragedia de Nador del 24 de junio de 2022**

La tragedia de Nador<sup>474</sup> se refiere al fallecimiento de decenas de personas que, el 24 de junio de 2022, intentaron entrar en España cruzando la valla de Melilla que separa este país de Marruecos. Según datos proporcionados por fuentes oficiales, de las 1700 que trataron de acceder a territorio español, murieron 23<sup>475</sup>, mientras que diversas organizaciones humanitarias elevaron las cifras a 37<sup>476</sup>. Además, un centenar de ellas resultaron heridas y todavía algunas siguen desaparecidas.

Hemos seleccionado este caso para nuestra investigación por las siguientes razones:

1. La situación de la valla de Melilla es de gran interés público: esta, que separa España de Marruecos, se ha convertido en una de las cuestiones más complejas en las relaciones entre nuestro país y el Reino de Marruecos (Acosta Sánchez, 2014). Además, junto con Ceuta, es el único punto de entrada terrestre a la Unión Europea desde el continente africano. Quizá por ello el enclave sufre “*una problemática de desbordamiento*” a la que han aludido los tribunales en reiteradas ocasiones (véase, a modo de ejemplo, la STC 172/2020, de 19 de noviembre); y se erige, según la cadena británica BBC (2019), como la frontera más fortificada de toda la UE.

---

<sup>473</sup> El Código se puede visualizar pinchando en el siguiente enlace: [https://docs.google.com/forms/d/1D3n933HeYom4EubgHnr4cra0dWNEJdoGD1Q\\_2SwYvbM/edit](https://docs.google.com/forms/d/1D3n933HeYom4EubgHnr4cra0dWNEJdoGD1Q_2SwYvbM/edit).

<sup>474</sup> La denominación se debe a que este intento de entrada en Melilla se produjo a través del paso fronterizo de Barrio Chino, ubicado en la localidad marroquí de Nador, a escasos kilómetros de España. Este es uno de los cuatro pasos fronterizos más pequeños que existen entre los dos países; y permanece cerrado desde el año 2020 debido a la pandemia por COVID-19.

<sup>475</sup> RTVE. Marruecos eleva a 23 los muertos en el salto a la valla de Melilla (26/06/2022). RTVE. Texto recuperado el 2 de abril de 2023 de <https://www.rtve.es/noticias/20220626/marruecos-eleva-23-muertos-salto-valla-melilla/2385440.shtml>.

<sup>476</sup> Eldiario.es. Las ONG elevan a 37 los migrantes muertos en su intento de saltar la valla de Melilla (24/06/2022). Eldiario.es. Texto recuperado el 2 de abril de 2023 de [https://www.eldiario.es/desalambre/cinco-migrantes-muertos-76-heridos-marruecos-saltar-valla-melilla\\_1\\_9116410.html](https://www.eldiario.es/desalambre/cinco-migrantes-muertos-76-heridos-marruecos-saltar-valla-melilla_1_9116410.html).

Con respecto al objeto de estudio de esta tesis doctoral, el análisis de lo que acontece en la valla de Melilla constituye una buena representación de la dimensión del fenómeno migratorio en España (Sánchez Ramírez y Albo Cos, 2022). Según estos autores, también supone “un acontecimiento clave para entender situaciones que suceden de manera cotidiana en otros pasos fronterizos del mundo” (p. 77).

2. Constantemente se producen intentos de entrada en España por vías no habilitadas a tal efecto. De hecho, 2022 ha sido el segundo año con más saltos a la valla, solo por debajo de 2014 (García y Montoto, 2022). Pero si hemos seleccionado los hechos ocurridos el 24 de junio de 2022 es porque han sido considerados como los más mortíferos registrados en la frontera hispano-marroquí hasta la fecha (Amnistía Internacional, 2022; BBC, 2022; Duva, 2022; Sánchez Ramírez y Albo Cos, 2022). Además, diversos autores también señalan la amplia cobertura mediática que han tenido en medios nacionales e internacionales (Sánchez Ramírez y Albo Cos, 2022).

3. La entrada en Melilla, en la mañana del 24 de junio de 2022, se diferencia de otros intentos anteriores en la violencia que la caracterizó (Sánchez Ramírez y Albo Cos, 2022). La mayoría que falleció fue por asfixia, aplastamiento o fuertes traumatismos que sufrieron al precipitarse de la valla. Todo ello sin que, supuestamente, recibieran asistencia sanitaria durante horas. En un documental que emitió la cadena británica BBC (noviembre de 2022) mostraba cómo muchas de las personas fueron golpeadas y gaseadas por los guardias fronterizos de ambos países<sup>477</sup>.

Lo cierto es que la tragedia evidenció la existencia de numerosas cuestiones controvertidas, como si se habían producido fallecimientos de migrantes en territorio español, por qué las personas heridas no recibieron auxilio de forma inmediata; y la posible devolución en caliente de centenares de personas, una práctica que vulnera el derecho internacional como ya se explicó en capítulos anteriores. En este sentido, Amnistía Internacional (2022<sup>478</sup>) identificó la comisión de varias violaciones de derechos humanos: 1. A la vida; 2. A la integridad física; 3. Trato cruel, inhumano y degradante; 4. Uso excesivo de la fuerza; 5. Vulneración del Principio de no devolución; 6. A solicitar asilo; 7. A la libertad personal.

---

<sup>477</sup> Documental titulado “Cómo ocurrió la tragedia de la valla de Melilla que separa España de Marruecos”, recuperado el 30 de marzo de 2023 de <https://www.youtube.com/watch?v=A6de61Bgdc0>.

<sup>478</sup> Informe recuperado el 1 de abril de 2023 de <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2022/12/melilla-between-silence-and-lies/>.

Todo ello llevó al Ministerio Fiscal a iniciar una investigación para constatar la responsabilidad de los agentes de la policía española en las muertes de los migrantes y refugiados. Sin embargo, a finales de diciembre de 2022, la Fiscalía archivó las diligencias al no apreciar indicios de delito en la actuación de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado<sup>479</sup>.

Posteriormente, en febrero de 2023, el Congreso de los Diputados reprobó al ministro del Interior, Fernando Grande-Marlaska, por su gestión de la tragedia, concretamente “por su falta de sensibilidad, la ocultación de información, los datos falsos facilitados y sus mentiras vertidas en sede parlamentaria”<sup>480</sup>. Y a finales de marzo, el ministro compareció ante la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo (LIBE) para explicar lo acontecido durante el 24 de junio de 2022. En su intervención, insistió en que no se habían producido fallecimientos en territorio español y que las devoluciones de migrantes a Marruecos se habían llevado a cabo en términos legales; y concluyó solicitando a los países miembros de la Unión Europea una mayor implicación en una “gestión responsable de la migración”<sup>481</sup>.

Como observamos, la relevancia que la tragedia ha adquirido, por diferentes motivos y en distintos ámbitos, es manifiesta y justifica su estudio en profundidad.

## **2. Objetivo e hipótesis de la investigación**

El objetivo principal de este estudio es examinar el tratamiento informativo de la tragedia de Nador en la prensa escrita más leída en España, de acuerdo con parámetros jurídico-periodísticos. Específicamente, las tres hipótesis a las que se busca dar respuesta son las siguientes:

- Los medios de comunicación no informan sobre los migrantes mediante una terminología que defina adecuadamente el estatus jurídico que poseen y respete los derechos que les son inherentes como personas.

---

<sup>479</sup> Paralelamente, el Defensor del Pueblo inició una investigación sobre lo sucedido y concluyó, a diferencia de la Fiscalía, que se habían realizado 470 devoluciones de personas sin respetar las previsiones legales (retorno individualizado, pleno control judicial y cumplimiento de las obligaciones internacionales suscritas por España en esta materia). Además recomendó, con carácter urgente, la elaboración de un reglamento de desarrollo del procedimiento de devolución de personas en frontera. Resolución recuperada el 14 de mayo de 2023 de <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/sucesos-melilla/>.

<sup>480</sup> Texto recuperado el 1 de abril de 2023 de [https://www.congreso.es/es/notas-de-prensa?p\\_p\\_id=notasprensa&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=normal&p\\_p\\_mode=view&notasprensa\\_mvcPath=detalle&notasprensa\\_notaid=44257](https://www.congreso.es/es/notas-de-prensa?p_p_id=notasprensa&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&notasprensa_mvcPath=detalle&notasprensa_notaid=44257).

<sup>481</sup> Comparecencia recuperada el 5 de abril de 2023 de <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/interior/Paginas/2023/220323-grande-marlaska-libe.aspx>.

- En el tratamiento informativo sobre la migración predominan ciertos enfoques del fenómeno, falta de contextualización y determinadas narrativas discursivas empleadas para abordarlo. Asimismo, las fuentes oficiales tienen un protagonismo destacado en el conjunto de fuentes que aparecen en estos contenidos.
- En general, la cobertura que realizan los medios sobre esta materia no incita a la violencia o al odio contra los migrantes ni es constitutiva de delito. Sin embargo, se advierten deficiencias y encuadres que subrayan la diferenciación nosotros-ellos (Van Dijk, 1997) que pueden germinar en futuros discursos de odio hacia este colectivo.

### **3. Metodología: análisis de contenido, medios objeto de observación y diseño de la muestra**

Para el estudio del tratamiento informativo sobre la tragedia de Nador, hemos recurrido a una metodología propia del ámbito de la comunicación, concretamente al método por excelencia de investigación en este campo (Riffe y Freitag, 1997): el análisis de contenido. Siguiendo a los mismos autores, este se define como un procedimiento de investigación cuantitativo centrado en el análisis de mensajes. Para Krippendorff (1990), se trata de una técnica destinada a formular inferencias reproducibles y válidas que puedan aplicarse a un contexto determinado.

Con respecto a los medios objeto de estudio, se ha elegido la prensa (en sus ediciones impresa y digital) porque se trata de un medio de referencia, en palabras de Crespo Fernández (2008, p. 46): “La prensa es el medio más fiable, invita en mayor medida que otros a la reflexión, además tiene mayor capacidad para fijar en el ciudadano determinados valores y modelos de referencia y para reproducir las ideologías imperantes y las concepciones sociales”. En concreto, se han seleccionado piezas periodísticas de los diarios *El País*, *El Mundo* y *20 minutos*, porque, de acuerdo con el Estudio General de Medios (AIMC, 2022<sup>482</sup>), fueron las tres cabeceras generalistas de España con más lectores diarios.

Asimismo, recordemos que la ONU (2012), a través del Test de Rabat, entendía que la posición social que ocupe el orador que difunda un discurso de odio debía ser tomada en cuenta, especialmente la reputación del individuo u organización en el contexto de la audiencia a la que se dirige dicho discurso. Si hemos decidido analizar el tratamiento informativo de los medios generalistas más leídos es porque entendemos que, dada su capacidad de influencia, las informaciones que publiquen sobre la tragedia de Nador tendrán un efecto significativo en la

---

<sup>482</sup> Datos extraídos del último informe publicado por la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación (AIMC), y recuperados el 14 de mayo de 2023 de <https://reporting.aimc.es/index.html#/main/cockpit>.



percepción social predominante sobre este suceso, en particular, y el fenómeno migratorio en general (Crespo Fernández, 2008).

Para la recogida del corpus se optó por la hemeroteca digital de prensa española MyNews, donde se realizó una búsqueda avanzada en la que se introdujeron los términos “Valla”, “Melilla” y “Nador”. Con respecto al periodo de tiempo establecido para realizar dicha búsqueda, se pensó en uno que fuese lo suficientemente representativo para explorar el tratamiento informativo sobre la tragedia. Finalmente, se optó por seleccionar la franja temporal que discurre desde el día que sucedieron los hechos, 24/06/2022, hasta el 9/02/2023, jornada en la que se reprobó al ministro del Interior en el Congreso de los Diputados. La base de datos arrojó, en primera instancia, 342 resultados publicados tanto en prensa escrita como digital. Tras eliminar aquellos repetidos, la muestra se redujo a 110 noticias, de las cuales 66 las publicó *El País*, 17 pertenecían al diario *20 minutos*; y 27 a *El Mundo*.

#### **4. Descripción del Código de análisis: parámetros de identificación**

A las 110 noticias arrojadas, se les aplicó un código de análisis, para cuya elaboración se tomaron como referencia los parámetros del Test de Rabat (ONU, 2012<sup>483</sup>), y se completaron con indicadores propios del análisis crítico del discurso periodístico (Van Dijk, 1997). El parámetro (2) referido al orador se tendrá en cuenta de forma general, dado que los tres medios son las cabeceras generalistas más leídas en España, por lo que su poder de influencia es muy significativo. De esta forma, se establecieron una serie de variables para evaluar si las informaciones analizadas incitaban al odio contra el colectivo migrante. A continuación, se explican cada una de ellas en detalle.

a) Terminología empleada para referirse a las personas migrantes:

Este parámetro se relaciona con el indicador (4) del Test de Rabat que propone tomar en consideración el contenido del discurso y la forma, como “elementos esenciales de la incitación al odio”. El análisis de la terminología también es uno de los elementos que tienen en cuenta Noriega e Iribarren (2009) y Tortajada, D’Argemir y Martínez (2014) para entender que existía lenguaje

---

<sup>483</sup> Los parámetros discursivos que componían la Prueba de Umbral de Rabat, analizada en epígrafes anteriores, eran los siguientes:

(1) El contexto: El contexto es de gran importancia al valorar la probabilidad de que determinadas declaraciones inciten a la discriminación, hostilidad o violencia contra el colectivo objetivo, y podría tener una relación directa con la intención y/o la causalidad. El análisis del contexto debería ubicar al discurso dentro del contexto social y político predominante en el momento en el que éste fue hecho y difundido;

(2) El/la oradora: La posición o estatus social de la o el orador debería ser tomada en cuenta, especialmente la reputación del individuo u organización en el contexto de la audiencia a la que se dirige el discurso;

(3) La intención: El artículo 20 del ICCPR prevé la intención. La negligencia y la imprudencia no son suficientes para que un acto constituya delito según el artículo 20 del ICCPR, ya que éste incluye disposiciones sobre la “apología” e “incitación” en lugar de la sola distribución o circulación de material. En este aspecto, requiere de la activación de una relación triangular entre el objeto del discurso, el sujeto del discurso y la audiencia;

(4) El contenido y la forma: El contenido del discurso constituye uno de los enfoques principales en las decisiones del tribunal y es un elemento esencial de la incitación. El análisis del contenido puede incluir el grado en el cual el discurso fue provocador y directo, así como la forma, estilo y naturaleza de los argumentos empleados en el discurso o el equilibrio entre los argumentos empleados;

(5) La extensión del discurso: La extensión incluye elementos tales como el alcance del discurso, su naturaleza pública, su magnitud y el tamaño de su audiencia. Otros elementos a considerar incluyen si el discurso es público, los medios de difusión empleados, por ejemplo, por un único folleto o transmisión en los medios convencionales o a través de Internet, la frecuencia, la cantidad y la extensión de las comunicaciones, si los destinatarios tenían los medios para responder a la incitación, si la declaración (u obra) es distribuida en un entorno restringido o es fácilmente accesible al público en general.

(6) La probabilidad, incluyendo la inminencia: La incitación, por definición, es un delito incipiente. La acción promovida a través de discursos de incitación no tiene que ser llevada a cabo para que dicho discurso sea un delito. Sin embargo, algún grado de riesgo de daños debe ser identificado. Esto quiere decir que los tribunales tendrán que determinar si existía una probabilidad razonable de que el discurso lograra incitar una acción real contra el colectivo objetivo, reconociendo que dicha causación debe ser bastante directa.

excluyente o de odio en los medios de comunicación. En particular, se debe examinar si se utilizan términos generalistas que homogeneizan a determinados colectivos, puesto que la generalización es un proceso mediante el cual se establece una conclusión universal a partir de una observación particular, si esta es descalificadora y se aplica a todo un grupo étnico, tendrá consecuencias discriminatorias (Tortajada, D'Argemir y Martínez, 2014).

También resulta relevante atender a la terminología cuando se emplean expresiones deshumanizadoras mediante el uso de términos despersonalizados para dirigirse a la población migrante: referirse a ellos a partir de las cifras que representan o valerse de giros retóricos que exageran el gran número de personas que llegan, y acentúan la idea de la hostilidad natural o cultural de los extranjeros y de lo nocivo de su influencia (Velasco, 2008).

Además, el léxico puede invisibilizar la diversidad étnica, lo que niega la pluralidad de las personas e ignora su procedencia. Normalmente se cometen errores a la hora de hablar del origen de los migrantes y se tiende a utilizar la palabra “africano” como si se hablase de un país en lugar de un continente conformado por 54 estados. Para Boris (2019) esta imposibilidad de distinguir los contornos de una realidad humana compleja -como es la africana- implica los peores prejuicios racistas que fomentan el clásico cliché de que ‘todos los migrantes son iguales’.

Para Van Dijk (2011), el modo en el que se emplean las palabras constituye la principal herramienta de la que se valen las élites simbólicas, entre las que se encuentran los medios, para estereotipar a la población migrante. Por todo ello, establecimos como primer parámetro de análisis el examen de la terminología utilizada por los tres medios para informar sobre la tragedia de Nador.

#### b) *Frames* predominantes:

A la hora de estudiar el fenómeno migratorio desde la óptica de las teorías de la comunicación, explicamos que el *framing* poseía una función estructuradora del mundo, pues hacía referencia a los encuadres noticiosos que empleaban los medios para decidir cómo y qué información debe conocer el público. Esto condicionaba la percepción de los receptores sobre los eventos de la sociedad multicultural (Sádaba Garraza, 2001).

En este sentido, nos hemos basado en el estudio y revisión del concepto y clasificación de *frames* en el ámbito periodístico (Neuman; Just; Crigler, 1992; Durham, 2001; De Vreese, 2005) para detectar los encuadres predominantes en cada una de las noticias publicadas por los medios sobre el acontecimiento objeto de estudio. Para ello hemos seleccionado aquellos que, según Neuman et al.,

(1992) y Semetko y Valkenburg (2000), suelen prevalecer en los análisis discursivos de las noticias<sup>484</sup>:

- *Frame* de consecuencias económicas: este enfoque fue definido, originalmente, por Neuman et al., (1992) como el énfasis que los medios hacen en las consecuencias económicas de algún problema o acontecimiento público para los ciudadanos.

- *Frame* de conflicto: prioriza la contraposición y la disputa entre dos o más ideas, personas o instituciones. En la presentación de los hechos se resaltan los elementos que dividen y separan a los actores sociales, en lugar de aquellos que los unen. Este encuadre, en el contexto del fenómeno migratorio, puede estar relacionado con el enfoque dicotómico “nosotros-ellos” (Van Dijk, 1997) que sirve para dividir a las personas en dos bandos: los autóctonos y los de fuera: los (in)migrantes.

- *Frame* de moralidad: se construye a partir del juicio moral o ético de los hechos o de los actores. Las informaciones en las que aparece suelen presentar opiniones, comentarios o adjetivaciones que suponen dicho juicio (SM Lavander, 2019).

- *Frame* de responsabilidad: el ángulo desde el que se estructura este enfoque enfatiza la atribución de responsabilidad a determinadas personas (identificación de los culpables), en lugar de realizar un análisis exhaustivo de las cuestiones de fondo.

- *Frame* de impacto humano: prioriza la dimensión emocional, las consecuencias humanas en las personas y en sus condiciones de vida. Las informaciones suelen otorgar prioridad, por ejemplo, al testimonio y a la opinión de los afectados por los acontecimientos.

Numerosos autores (entre los que destacan Igartua et al., 2005; Muñiz, 2011; Tirado Espín 2022) han estudiado el tratamiento informativo sobre la migración en base a estos cinco *frames*; y los resultados mostraron un predominio evidente de los que aluden a la atribución de “responsabilidad”, al “impacto humano” y al “conflicto”. Por todo ello, hemos establecido como segundo parámetro de nuestro Código de análisis el estudio del *frame* que prevalece de entre estos cinco expuestos.

c) Tipos de fuentes, extensión, material gráfico y descontextualización:

Autores como Dumortier (2009) definen el fenómeno de la ‘descontextualización’ como aquello que ocurre cuando se llevan a cabo comportamientos o se usan informaciones en entornos distintos

---

<sup>484</sup> Neuman et al., (1992) identificaron cinco tipos de enfoques que el público utilizaba para interpretar la información política: *frame* económico, *frame* de conflicto, *frame* de indefensión, *frame* de impacto humano y *frame* de moralidad. Basados en esta tipología, Semetko y Valkenburg (2000) establecieron los siguientes encuadres para el análisis de los discursos en las noticias: *frame* de conflicto, de consecuencias económicas, de impacto humano, de moralidad y de atribución de la responsabilidad.

de aquellos para los que se crearon. La investigación académica también ha comprobado que la ausencia de contexto es uno de los factores que lleva a que el público presente dificultades para relacionar el hecho concreto con la situación general o su significado (Kua et al., 2004, p. 320).

En línea con esto, Tena (2018) pone un ejemplo muy acertado sobre descontextualización en materia migratoria: rescatar a personas cuya vida peligra en el mar no es una cuestión humanitaria, enfoque que en ocasiones predomina en este tipo de informaciones en los medios: “España acepta recibir al Aquarius, el barco con 629 inmigrantes a la deriva que Italia y Malta se negaban a acoger” (BBC, 11/06/2018<sup>485</sup>) o “España y otros cinco países aceptan recibir a los 147 migrantes del Open Arms” (20 minutos, 15/08/2019<sup>486</sup>). Acoger a estas personas es una obligación fundamentada en los tratados internacionales ratificados por los países, y concretamente, en el respeto al *ius conservandi*: el derecho fundamental del ser humano a preservar su propio ser, que vence a cualquier otro que se le oponga como el de los Estados a proteger sus fronteras.

Otro ejemplo clásico de descontextualización es el que se refiere a la expresión ‘efecto llamada’<sup>487</sup> que relaciona (sin evidencias científicas) la acogida de población migrante y refugiada con un aumento de personas que llegan a las costas europeas. Este cliché, según Espelt (2011), contribuye a la cosificación de los grupos, pues supone su negación como sujetos, lo que los convierte en un colectivo indiferenciado; y permite tratarlos como mercancías y no como personas.

Dumortier (2009) señala varias características que favorecen la descontextualización en general, como son la simplificación del contenido que se transmite, la continua difusión de la información y los efectos de la globalización que facilitan una recepción instantánea de todo ello por parte de la audiencia. En cuestión migratoria, Tortajada, D’Argemir y Martínez (2014) explican que en ocasiones esta se construye mediante falta de argumentos, falacias, trampas argumentales e imprecisiones. Pero también mediante la simplificación de la información que, por un lado, puede servir para tergiversar los hechos principales o desviar la atención sobre la cuestión de fondo de la

---

<sup>485</sup> Noticia recuperada el 22 de marzo de 2023 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-44435047>.

<sup>486</sup> Noticia recuperada el 20 de marzo de 2023 de <https://www.20minutos.es/noticia/3733687/0/open-arms-no-se-fia-espana-acoger-inmigrantes-celebraremos-cuando-veamos-cumple/>.

<sup>487</sup> El ‘efecto llamada’ o efecto *Werther* toma su nombre de la novela *Las penas del joven Werther*, publicada en 1774. En este libro, el protagonista sufre tanto por amor que decide poner fin a su vida. Tras su publicación, numerosos jóvenes de la época decidieron imitar al protagonista ante el dolor del amor no correspondido. En materia migratoria, se trata de un concepto que el Partido Popular comenzó a utilizar para referirse al efecto principal que había causado la aprobación de la Ley de Extranjería 4/2000; y justificar la restricción de derechos a los migrantes en leyes posteriores aprobadas durante su mandato.

noticia. Este factor, de hecho, se relaciona con el indicador del Test de Rabat (2012) sobre la importancia de la extensión (“cantidad”) del discurso (5) para valorar la capacidad de incitación del mismo.

Por otro lado, la simplificación de la información denota ausencia de fuentes variadas que contrasten la noticia publicada por el medio en cuestión. En referencia a esto último, Rodríguez Rey y Bezunartea Valencia (2019) recuerdan que la calidad de la noticia depende de las fuentes en aspectos cuantitativos (número de fuentes por noticia) y cualitativos (idoneidad, diversidad, contexto, etc). Lo cierto es que el contexto que aportan las fuentes informativas legitima la noticia que publica el periodista, pues estas “aseguran la verosimilitud (...), la imparcialidad y pluralidad del relato periodístico; y refuerzan el lazo de confianza con el lector” (Rodolfo Huter, 2020, p. 3). Normalmente se aconseja consultar, al menos, tres fuentes para que todas las partes de un conflicto estén correctamente representadas (Héctor Borrat, 1989; Rodolfo Huter, 2020).

Por lo que se refiere al material gráfico que acompaña a la noticia, este contextualiza la información aportando credibilidad y permitiendo a los lectores hacerse una idea espacio-temporal de la realidad que se está narrando. En concreto, las imágenes y vídeos se erigen como vehículos de información y archivos para la memoria que incluso pueden convertirse en informaciones independientes del texto escrito que ilustran (Asociación de Medios de Información, 2020<sup>488</sup>). Sin embargo, otras veces, el material gráfico actúa como herramienta de desinformación y manipulación de la audiencia (Mayoral et al., 2019, p. 404) con el objetivo de “engañar, trastocar realidades, deformar hechos, ridiculizar a personajes, o quizá simplemente silenciar, ocultar, callar. En cada uno de esos casos, se pretende que los ciudadanos no conozcan algo que debieran saber”.

En base a todo lo comentado, hemos establecido como parámetros de nuestro Código de análisis el número y tipo de fuentes que los periodistas han utilizado en sus publicaciones sobre la tragedia, así como la extensión de la noticia y la incorporación -o no- de material gráfico. Todos ellos pueden ser indicios de una contextualización adecuada sobre la tragedia de Nador o, por el contrario, pueden convertirse en evidencias de descontextualización, variable que también hemos incorporado a nuestro Código.

d) Probabilidad razonable de incitación al odio o la violencia:

---

<sup>488</sup> Informe recuperado el 28 de marzo de 2023 de <https://www.ami.info/la-importancia-de-la-imagen.html>.

La probabilidad de que una incitación al odio se ejecute es el último indicador que tiene en cuenta el Test de Rabat (2012) para evaluar discursos o informaciones perjudiciales. Cabe recordar que la acción promovida no tiene que ser llevada a cabo para que dicha exhortación sea un delito. Sin embargo, los tribunales deben determinar si existe una probabilidad razonable de que se lograra provocar una acción real contra el colectivo objetivo.

Tras el examen de los indicadores anteriores, hemos fijado como último parámetro la probabilidad de que la información publicada sobre la tragedia de Nador promueva el odio o la violencia hacia las personas migrantes. De tal forma que, si se cumplen los parámetros correspondientes a un uso discriminatorio de la terminología, repetición de determinados enfoques, especialmente del relacionado con el conflicto, y presencia de descontextualización (basada en los tipos de fuentes consultadas, la extensión de la noticia o el aporte del material gráfico), podríamos decir que existiría una probabilidad razonable de que la incitación al odio se materializara en la comisión de un delito.

## **5. Resultados de la investigación**

### **5.1. Aspectos generales sobre la cobertura informativa de la tragedia**

De las 110 noticias analizadas en el periodo seleccionado, 66 las publicó *El País*, 27 el periódico *El Mundo*; y 17 el diario *20 minutos*. Aunque las tres sean cabeceras generalistas, es evidente la amplia cobertura que llevó a cabo *El País* a diferencia de los otros dos diarios. Esto denota un gran interés del periódico no solamente por este suceso, sino, en líneas generales, por el fenómeno migratorio. El rotativo considera la migración un tema de significativa importancia político-social. Por ello, le suele dedicar un espacio destacado entre sus páginas y considerables recursos para cubrirlo (Abella Vázquez, 2006; Schlumpf, 2019).

Por otro lado, en el tratamiento informativo de la noticia, destacan una serie de momentos (picos informativos) donde la cobertura de los tres diarios ha sido más amplia: en primer lugar, el día que sucede la tragedia, el 24 de junio de 2022, y las jornadas posteriores. De hecho, en los meses de junio y julio se concentran casi la mitad de las noticias publicadas, dado que el suceso acababa de ocurrir; y los medios informaban continuamente sobre aspectos novedosos que arrojaban luz a los primeros momentos de confusión e incertidumbre.

En el mes de agosto se aprecia una disminución en cuanto al interés informativo del caso, pero en septiembre, con la comparecencia del ministro del Interior en el pleno del Congreso, los medios lo retoman e informan exhaustivamente sobre las declaraciones del dirigente político (10% del total de noticias publicadas).

En noviembre, la cadena británica BBC publica un documental que señala la responsabilidad de las fuerzas de seguridad españolas en el fallecimiento de varios migrantes, y las tres cabeceras generalistas publican casi el 20% del total de noticias analizadas. Por último, se observa otro pico informativo a finales de diciembre de 2022, cuando el Ministerio Fiscal archiva las diligencias de investigación sobre la tragedia, al no apreciar indicios de delito por parte de la policía española (otro 20% del conjunto de informaciones).

El hecho de que la cobertura se concentre en cuatro picos informativos claros (los meses de junio-julio, septiembre, noviembre y diciembre) constituye un buen ejemplo práctico de la citada teoría de la “agenda setting”. Recordemos que McCombs y Shaw (1972) sostenían que la influencia que poseían los medios en la sociedad se producía porque los periodistas determinaban qué asuntos poseían interés informativo. En el caso que nos ocupa, las tres cabeceras coinciden en otorgar relevancia a la tragedia los días posteriores a que ocurra y cuando aparecen una serie de acontecimientos relacionados con ella.

No obstante, que durante algunos meses (agosto o enero, por ejemplo), los medios no le dediquen apenas espacio entre sus páginas, no significa que el asunto haya dejado de tener importancia o de que sus protagonistas no sigan sufriendo las consecuencias de la tragedia. Es más, los meses que no se publica información nueva constituyen un buen ejemplo de cómo, en general, los temas se tratan al ritmo veloz de la actualidad periodística y esto, en la mayoría de las ocasiones, no casa con el interés social de los mismos. Incluso se podría pensar que no cubrir durante un tiempo asuntos de trascendencia pública encajaría en la teoría de “la espiral del silencio” (1974) de Elisabeth Noelle-Neumann. La autora afirmaba que los medios limitan la percepción de los fenómenos sociales mediante la presentación de una serie de elementos que suelen ser los mismos, mientras que otros ni siquiera se exponen. Sin duda, la consecuencia de que los medios no hablen sobre ciertas cuestiones es que se omiten personas y acontecimientos; y desaparecen puntos de vista de la palestra pública.

Como ya hemos insistido a lo largo de esta tesis doctoral, el tratamiento periodístico que otorgan los medios a determinados fenómenos de interés (como la migración) influye en la percepción de la ciudadanía sobre ellos; y afecta a la formación crítica de la opinión pública, principal garantía de una verdadera democracia.



## 5.2. Terminología empleada

Las palabras empleadas por los tres diarios para referirse a los protagonistas de la tragedia de Nador pueden visualizarse a través del siguiente gráfico:

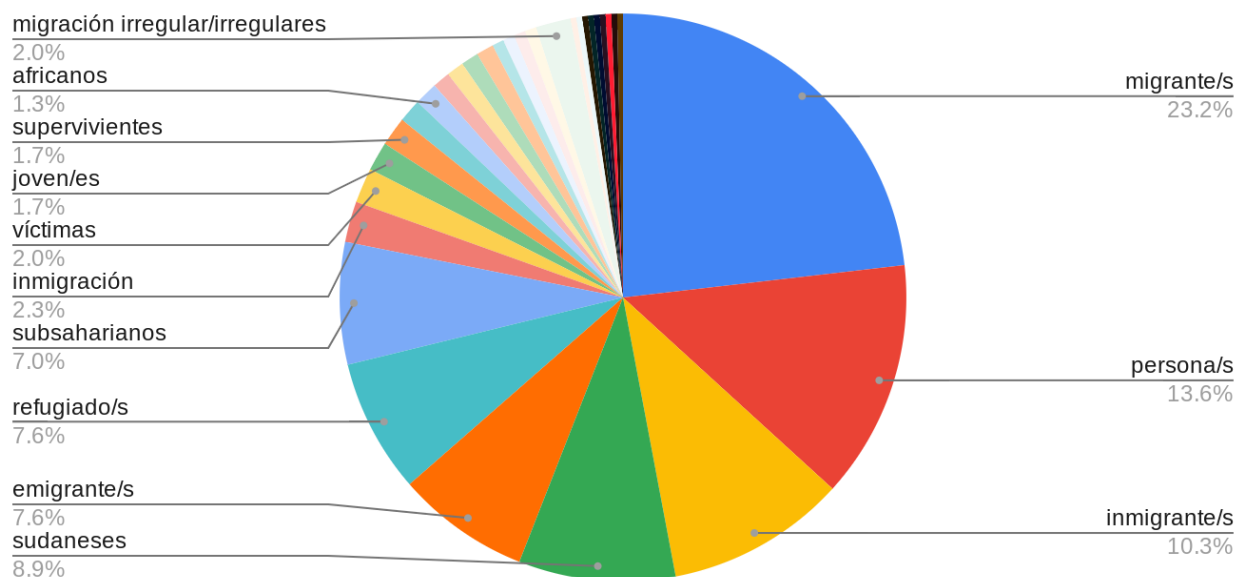


Figura 1. Términos empleados para referirse a los migrantes (Elaboración propia, 2023).

Sin duda, el término ‘migrante’ -ya sea en singular o en plural- es la expresión más utilizada por los medios (por delante del empleo de ‘personas’ que ocupa el segundo lugar) para aludir a aquellos que protagonizaron la mortal entrada en España el 24 de junio de 2022. La Organización Internacional para las Migraciones (2019) afirma que este concepto comprende “a toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones”<sup>489</sup>.

Mientras que, como ya hemos visto, la palabra ‘emigrante’ (7% del conjunto analizado) pone el foco en el país del que se trasladan sus nacionales para establecerse en otro; e ‘inmigrante’ (10%) se basa en la perspectiva del país que acoge a los que llegan de fuera, gran parte de la doctrina científica se muestra proclive a la utilización de ‘migrante’. Pues se trata de una palabra más aséptica y neutral que define el fenómeno del desplazamiento de poblaciones, grupos o personas individuales (Perceval, 2008; Bañón Hernández y Solves Almela, 2021). Para Quirós (2018) es el

<sup>489</sup> Definición recuperada el 14 de mayo de 2023 de <https://www.iom.int/es/definicion-de-la-oim-del-termino-migrante>.

término que mejor explica el proyecto vital de una persona que abandona su país por motivos políticos o económicos, y que intenta llegar a otro y se encuentra en tránsito”<sup>490</sup>.

El término ‘migrante’ constituye la palabra idónea porque engloba tanto a los emigrantes como a los inmigrantes y se centra, no en la perspectiva de los países que despiden o reciben a estas personas, sino en el tránsito en el que se encuentran todos los que inician un viaje de tal envergadura.

Pese a que la palabra aparece más de 100 veces en las informaciones publicadas por los tres diarios objeto de estudio (es el término más empleado, 23%), consideramos que la mayoría no utiliza ‘migrante’ con una finalidad neutra o inclusiva, sino como un sinónimo incorrecto de ‘inmigrante’ o ‘emigrante’. Observamos esta estrategia discursiva en una noticia publicada por el diario *El País* el 8 de julio de 2022. En el primer párrafo, el periodista afirma: “Tras la muerte hace dos semanas de al menos 23 migrantes”; y más adelante añade: “En el comunicado conjunto no se consagra ni una sola palabra a las causas de la muerte de los 23 emigrantes”<sup>491</sup>.

Lo mismo sucede en esta otra noticia publicada en el diario *20 minutos* el 27 de junio de 2022, cuyo titular reza: “Al menos 29 migrantes, ante la justicia marroquí por la tragedia de Melilla”<sup>492</sup>. Sin embargo, más adelante se puede leer: “Ascienden a 23 los emigrantes fallecidos en la valla de Melilla, según Marruecos”. Sin duda, esto denota confusión en cuanto a la conceptualización de las palabras migrante, emigrante e inmigrante.

También se percibe idéntica equivocación en las informaciones que utilizan como sinónimos ‘migrante’ y ‘refugiado’. A pesar de la controversia jurídica que rodea a este último término (en la que ya profundizamos en el capítulo dedicado a la técnica normativa), es evidente que para ser considerado como tal se debe cumplir alguna de las causas recogidas en el derecho internacional de

---

<sup>490</sup> También los medios de comunicación abogan por el uso de este vocablo. La cadena británica BBC afirma que utiliza la palabra ‘migrante’ para designar a todas las personas en movimiento que aún no han completado el proceso legal de solicitar asilo. Este grupo incluye a quienes huyen de países devastados por la guerra, a los que probablemente se les otorgará el estatus de refugiado; así como a personas que están buscando trabajo y mejores condiciones de vida, a quienes los gobiernos probablemente gobernarán como migrantes económicos.

BBC. Cómo es la valla de Melilla, la peligrosa frontera de España en África | Documental BBC Mundo (05/07/2019). BBC. Texto recuperado el 27 de marzo de 2023 de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-48856000>.

<sup>491</sup> Noticia recuperada el 3 de abril de 2023 de <https://elpais.com/espana/2022-07-08/marlaska-elogia-a-marruecos-y-su-trabajo-de-contencion-de-la-inmigracion-tras-la-muerte-de-23-subsaharianos-en-melilla.html>.

<sup>492</sup> Noticia recuperada el 19 de marzo de 2023 de <https://www.20minutos.es/noticia/5021814/0/migrantes-justicia-marroqui-tragedia-melilla/>.

los refugiados. Por citar un ejemplo, *El País*, en una noticia publicada el 30 de enero de 2023, se refiere a las personas que intentaron entrar en España en junio de 2022 como “migrantes atrapados en Marruecos”; pero después cuando alude a uno de ellos de forma individual, lo define como “un refugiado sudanés acostado en la mediana que separa los carriles del Boulevard de la Croix”<sup>493</sup>.

Sin embargo, este tema no deja de ser complejo porque aunque confundir estas figuras suponga una vulneración de los derechos que les corresponden según la categoría jurídica que ostenten durante un tiempo determinado, separar los términos ‘migrantes’ y ‘refugiados’ (*El País*, 21/09/2022 y 23/12/2022) supone yuxtaponerlos para transmitir la idea de que los últimos sí tienen derecho a una protección específica, mientras que los Estados no tienen obligación alguna respecto de quienes emigran al extranjero en busca de mejores oportunidades económicas (Organización Internacional para las Migraciones, 2019). Sobre esto, Bañón Hernández (2021) señala que la palabra ‘refugiado’ suele ir acompañada de valores positivos mientras que al término ‘inmigrante’ fácilmente se le adjuntan adjetivos descalificativos como ‘ilegal’ o ‘invasor’. Todo lo comentado es un reflejo de la existencia de un debate público que enfrenta estas categorías para dilucidar quiénes son merecedores de protección, al fin y al cabo, quiénes son inocentes; y quiénes no merecen ayuda porque son culpables de su situación (Ticktin, 2015).

También destaca en este análisis de la terminología, los diferentes gentilicios que emplean los medios para hablar sobre los protagonistas de la tragedia, tales como ‘subsaharianos’ (*20 minutos*, 25/06/2022; *El Mundo*, 18/08/2022), ‘sudaneses’ (*El Mundo*, 26/06/2022; *El País*, 21/09/2022); o directamente ‘africanos’ (*El País*, 09/07/2022; *20 minutos*, 28/12/2022). Llama la atención, especialmente, esta noticia de *20 minutos* (27/06/2022) en la que cuenta que “la tragedia ocurrió el pasado viernes cuando alrededor de 2.000 personas subsaharianas se dirigieron en bloque con palos y piedras hacia la valla de Melilla”. Sin embargo, la información concluye de la siguiente forma: “De momento, no hay informaciones sobre la nacionalidad de los fallecidos ni sobre cómo se les dará sepultura”<sup>494</sup>. Entonces, ¿cómo informa el periodista, al inicio de la noticia, de que los migrantes que trataron de entrar en España eran subsaharianos y luego afirma que todavía se desconoce la nacionalidad de los que fallecieron?

---

<sup>493</sup> Noticia recuperada el 19 de marzo de 2023 de <https://elpais.com/planeta-futuro/2023-01-28/la-vida-de-los-que-no-lograron-saltar-la-valla-de-melilla-hacinados-sin-luz-ni-agua-en-un-colegio-abandonado-de-casablanca.html>.

<sup>494</sup> Noticia recuperada el 18 de marzo de 2023 de <https://www.20minutos.es/noticia/5021814/0/migrantes-justicia-marroqui-tragedia-melilla/>.

Este uso de palabras tan genéricas, que invisibilizan la nacionalidad que posee cada persona ('subsaharianos' hace referencia a aquellos países del continente africano que no limitan con el mar Mediterráneo, pero no concreta si se trata de zonas como Angola, Zambia o Mozambique con idiosincrasias distintas) contribuye a homogeneizar a los migrantes como si todos fuesen los mismos o solamente se migrase desde un lugar (África que a menudo se confunde con un país, cuando es un continente con más de mil millones de habitantes).

Como se apuntaba al definir el parámetro de análisis, la terminología puede ocultar la diversidad étnica y negar la pluralidad de las personas. Si se ignora su procedencia (como parece que ocurre en algunas de las noticias analizadas), es preferible el uso del vocablo 'migrante'.

Por último, hemos hallado pocos ejemplos, pero aún existentes del uso peyorativo del vocablo 'irregulares' para referirse a los migrantes: "Se trata de la primera entrada masiva en Melilla de emigrantes irregulares desde que el Gobierno español dio un giro en marzo en su política sobre el Sáhara Occidental" (*El País*, 25/06/2022); o "Los entre 2.000 y 3.000 migrantes irregulares sudaneses en Marruecos se sienten (...) abandonados a su suerte" (*El País*, 13/11/2022).

También persiste el empleo de otras construcciones semánticas que desnaturalizan a este colectivo, como "salto masivo a la ciudad" (*20 minutos*, 24/06/2022); "bolsas de extranjeros" (término que cita *El Mundo* de una fuente anónima a la que consulta en una noticia publicada el 27/06/2022); "deriva migratoria" (*El Mundo*, 10/12/2022). Estas expresiones despojan de humanidad a las personas y las cosifican como si fuesen mercancía que se puede trasladar en bolsas o perderse a la deriva. Además, fomentan la contraposición nosotros-ellos, mostrando a las personas migrantes como diferentes que llegan en avalancha a arrebatarse a los autóctonos su calidad de vida, y a no respetar la legalidad (de ahí la designación de "irregulares", "inmigración irregular") instaurada en el país de acogida (Bauman, 2008).

### **5.3. Fuentes consultadas**

Entre las fuentes consultadas por los periodistas para informar sobre la tragedia de Nador, destaca el protagonismo que acaparan el Gobierno español y las organizaciones humanitarias. Ambas son las voces que más representación tienen en las informaciones publicadas (en conjunto, las dos aparecen en más de 60 noticias de las 110).

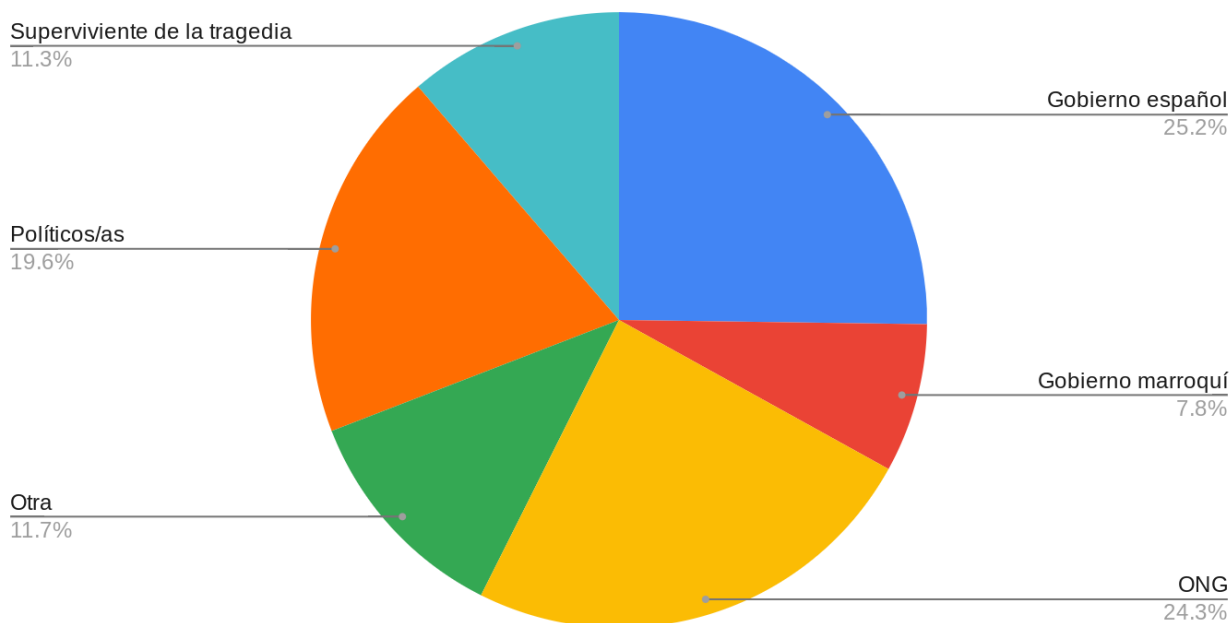


Figura 2. Fuentes referenciadas en las noticias de la muestra (Elaboración propia, 2023).

A pesar de que el protagonismo de ambas es similar (como muestra el gráfico, el Gobierno es consultado en un 25% de las noticias y las ONGs en un 24%), los tres medios suelen presentar primero las cifras de fallecidos que publican los gobiernos de España y Marruecos, colocando en un segundo plano los datos que aportan dichas organizaciones humanitarias. Esto induciría a pensar, por un lado, que se otorga mayor credibilidad a los datos de los organismos institucionales que a los facilitados por las organizaciones humanitarias. Pero, por otro lado, podríamos interpretar que los medios comparan continuamente las cifras que aporta cada fuente para subrayar la idea de que los organismos no transmiten (o desconocen) cuántas personas realmente perdieron la vida en la tragedia de Nador.

Esta estrategia discursiva se aprecia claramente en esta noticia de *El País*: “Las autoridades marroquíes han declarado que el viernes murieron 23 subsaharianos atrapados a los pies de la valla de Melilla (...). Varias organizaciones civiles elevan la cifra de muertes” (26/06/2022)<sup>495</sup>. Y también en esta otra de *20 minutos*: “Ascienden a 23 los emigrantes fallecidos en la valla de Melilla, según Marruecos (...). Las asociaciones de defensa de los migrantes elevan estas cifras a 27 personas

<sup>495</sup> Noticia recuperada el 16 de marzo de 2023 de <https://elpais.com/espana/2022-06-26/marruecos-se-apresura-a-enterrar-a-los-migrantes-del-asalto-a-la-valla-entre-criticas-por-la-posible-ocultacion-de-las-causas-de-la-muerte.html>.

mueras, según la Asociación Marroquí de Derechos Humanos (AMDH), y 37 fallecidos según la ONG Caminando Fronteras” (25/06/2022)<sup>496</sup>.

Si a estos datos le sumamos que los partidos políticos son la tercera fuente más consultada (aparece en un 19,6% del total de noticias examinadas), podríamos pensar que nos encontramos ante la tendencia imperante en los medios a elaborar sus informaciones basándose en fuentes institucionales (Pérez Curiel, 2008). Quizá por ello, actualmente, en el ámbito periodístico se habla de que “la institucionalización pública domina el aporte de datos” (Otero López y López García, 2012, p. 189). Al otorgar tal prioridad a este tipo de fuentes, se silencian otros puntos de vista, como los de profesores o investigadores universitarios especialistas en la materia. A este respecto, de las 110 noticias analizadas, apenas hemos hallado informaciones que recojan testimonios de esta índole (destaca una noticia de *El País*, 09/07/2022, en la que entrevistan a varios expertos en cooperación policial y derecho internacional).

En referencia a los supervivientes de la tragedia, llama negativamente la atención que estos sean una de las fuentes menos consultadas (por detrás del Gobierno español, ONGs, partidos políticos y “otras fuentes” que normalmente se corresponde con el testimonio de las fuerzas de seguridad). Aunque cabe suponer que las organizaciones humanitarias, que trabajan en defensa de los derechos de los migrantes y refugiados, actuarían como portavoces de estos. De tal manera que cuando los periodistas las utilizan como fuente, estarían representando indirectamente a los protagonistas del suceso, lo cual parece lógico, pues los migrantes no siempre quieren hablar con los medios por miedo a las represalias que puedan sufrir al hallarse en situación de irregularidad administrativa.

Algunos de ellos aluden a esta clase de temores en las informaciones que sí incluyen declaraciones de esta índole. Aunque el porcentaje de noticias que incorpora esta fuente informativa no llega ni al 15% del total, merece la pena destacar una pieza de *El País*, publicada el 13/11/2022, que lleva por título “Volveremos a intentar saltar la valla de Melilla”. El reportaje se apoya, exclusivamente, en testimonios de supervivientes, testigos que presenciaron los fallecimientos o migrantes que han intentado saltar la valla de Melilla anteriormente. Desde luego, aporta al lector una visión muy

---

<sup>496</sup> Noticia recuperada el 15 de marzo de 2023 de <https://www.20minutos.es/noticia/5021247/0/ascienden-emigrantes-fallecidos-valla-melilla-segun-marruecos/>.

cercana e interesante sobre las causas de la migración<sup>497</sup>. Desde esta perspectiva, se entendería que el protagonismo de las fuentes oficiales (alusiones a los gobiernos español y marroquí) tiene el mismo peso que la suma de los testimonios de los supervivientes y de las organizaciones no gubernamentales.

Por último, se ha de recordar que las fuentes y su identificación se erigen como un instrumento clave en el análisis de la profesionalidad de los periodistas y de la calidad de la noticia que ofrecen al lector (Otero López y López García, 2012). De tal forma que cuántas más aparezcan y más variadas sean, en lo que respecta al evento analizado, el público podrá hacerse una idea contrastada, completa y veraz del acontecer diario; y los medios estarán cumpliendo, más que nunca, la labor de servicio público que desempeñan respecto a la sociedad (Pérez Curiel, 2008).

#### **5.4. Enfoques predominantes**

Explicábamos anteriormente que diversos autores que han estudiado el fenómeno migratorio en la prensa destacaban como *frames* predominantes el que alude a la “atribución de responsabilidad”, el de “impacto humano” y el de “conflicto” (Igartua et al., 2005; Muñiz, 2011; Tirado Espín 2022). En nuestro análisis, los dos primeros son los que más se distinguen en el conjunto de las noticias examinadas.

---

<sup>497</sup> En el cuerpo del texto, el periodista se centra en indagar las razones que empujan a estas personas a entrar en España a través de vías irregulares. Para ello, describe concienzudamente las condiciones de vida que soportan en Marruecos e intercala impactantes testimonios que dan fe de ello: “Volveré a intentarlo, aunque sé lo que significa. En junio conté unos 25 cadáveres solo en una parte de la valla, pero si regreso a Sudán del Sur me espera un destino peor. No veo alternativa. Lo intentaré las veces que haga falta. Toda mi vida si es preciso”. Reportaje recuperado el 15 de marzo de 2023 de <https://elpais.com/espana/2022-11-13/volveremos-a-intentar-saltar-la-valla-de-melilla.html>.

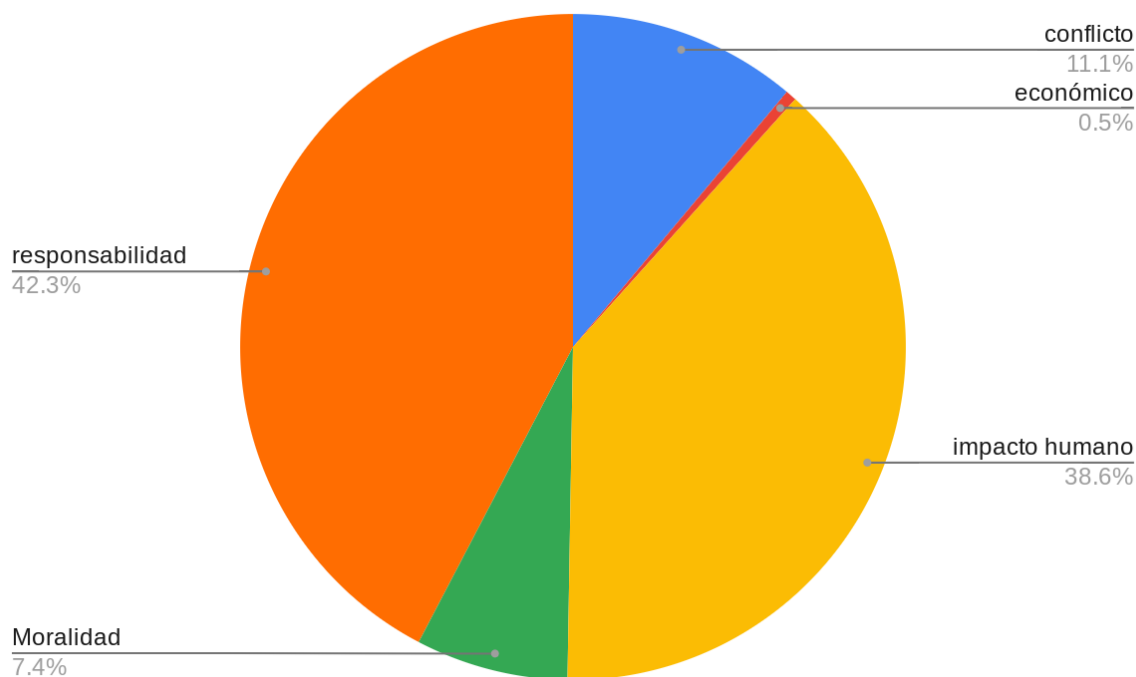


Figura 3. Sumatorio de los *frames* presentes en las piezas que componen la muestra (Elaboración propia, 2023).

Sin embargo, el encuadre de “conflicto” apenas aparece en un 11% de las informaciones transmitidas por los tres diarios. Sin duda, este hallazgo supone el mayor avance con respecto a investigaciones anteriores en las que al (in)migrante se le veía como una amenaza para la estabilidad de los nacionales (Bañón Hernández y Solves Almela, 2021). Las noticias que plantean la tragedia desde un enfoque basado exclusivamente en el conflicto o la disputa, lo hacen mediante el uso de titulares descontextualizados: “La Policía marroquí anuncia el arresto de 25 subsaharianos que iban en autobús con ganchos metálicos como los usados para saltar a Ceuta y Melilla” (*El Mundo*, 09/07/2022)<sup>498</sup>. El texto que lo acompaña conjetura sobre un posible salto a la valla de Melilla por parte de los detenidos, pero no aporta evidencias de que fuese a suceder, además, crea alarma social al comparar los “ganchos metálicos” que portaban los migrantes con los que, según el periodista, se utilizan para entrar de forma irregular en España.

Otras veces el *frame conflicto* se construye destacando información que apenas guarda relación con el fondo del asunto. Tómese como ejemplo el siguiente titular: “Una sentencia ejemplarizante eleva

<sup>498</sup> Noticia recuperada el 12 de marzo de 2023 de <https://www.elmundo.es/espana/2022/07/09/62c991c9fdddfbc928b4588.html>.



el control de la valla” (*El Mundo*, 19/08/2022), referida a que la justicia marroquí condenó a dos años y medio de prisión a 13 migrantes por su implicación en el salto a la valla el 24 de junio de 2022. En la información posterior, *El Mundo* añade que dicha sentencia “constata la contundencia de la política migratoria del país esta vez por la vía de la Justicia”. La realidad es que no queda claro para quién es ejemplarizante o por qué lo es. Sí parece dar a entender que la resolución permitirá reforzar el control de la valla para evitar intentos de entrada. No nos parece muy adecuado el uso del adjetivo “ejemplarizante” para calificar la condena de unas personas vinculadas a un acontecimiento en el que, a día de hoy, se desconoce el número total de personas que fallecieron y hubo más de un centenar de heridos. Es evidente que se aleja de las cuestiones o interrogantes principales sobre la tragedia: ¿qué ocurrió realmente el 24 de junio en la valla de Melilla?, ¿cuántas personas perdieron la vida?, ¿por qué no se les prestó auxilio?, ¿son responsables las fuerzas de seguridad de esos fallecimientos?, y un largo etcétera. Asimismo, la información puede inducir a la descontextualización cuya relación con el *frame* conflicto será abordada en el epígrafe siguiente.

Otra técnica propia del *frame* conflicto se basa en subrayar o incluso presentar los hechos desde la contraposición de las ‘armas’ que llevaba cada parte implicada en la tragedia, como si se tratara de una guerra donde algunos cuentan con más recursos para defenderse y dañar al adversario: “El material antidisturbios de los agentes que la custodian [la valla] tras haberse revelado obsoleto en el cuerpo a cuerpo con los migrantes (...). Otros tantos subsaharianos, que iban armados con palos, piedras y garfios (...)” (*El Mundo*, 19/10/2022). Esta antítesis también se aprecia en la siguiente noticia publicada por el diario *El País* (22/11/2022): “Cientos de personas se aglomeran en el patio interior. En menos de ocho minutos, les lanzan 20 botes de gas lacrimógeno. Los refugiados responden con piedras y palos mientras intentan forzar las puertas de acceso a España”.

Tras el uso de esta estrategia, subyace la idea de que el migrante es un ‘enemigo’ del que nos tenemos que proteger, y la restricción de sus derechos fundamentales es justificada como un mal menor en la lucha contra él (De Lucas, 2021).

En otro orden de cosas, ya adelantábamos que el *frame* “atribución de responsabilidad” era el que más aparecía en el análisis de las noticias. El enfoque que trata de responsabilizar a alguien de un acontecimiento puede convertirse en un arma de doble filo, porque es cierto que el periodista, atendiendo a su labor de servicio público, ha de informar a la ciudadanía sobre los responsables de la vulneración de derechos humanos en la frontera hispano-marroquí. Por ejemplo, *El País*, junto a

otros medios, lleva a cabo un documental en el que muestra cómo migrantes fallecieron en la zona española de la frontera (*El País*, 29/11/2022)<sup>499</sup>. El vídeo, de unos 17 minutos de duración, contradice las declaraciones del ministro del Interior, Grande-Marlaska, en las que afirmaba que nadie perdió la vida en suelo español (*El País*, 22/09/2022). También resultan de sumo interés público aquellas noticias que cuestionan los informes realizados por autoridades marroquíes sobre la tragedia, en los que concluyen que se actuó con proporcionalidad y respeto a la dignidad de las personas. Así, cabe destacar una noticia de *El Mundo* (03/07/2022) que testimonia cómo las personas que trataron de cruzar la valla de Melilla fueron “golpeadas”, “disparadas” y “abandonadas a su suerte” por las fuerzas de seguridad de ambos países.

No obstante a todo lo comentado, el hecho de que casi la totalidad de las informaciones se enfoquen a partir de la búsqueda de la atribución de responsabilidad supone, a nuestro juicio, tratar la cuestión migratoria como un contratiempo que se ha de resolver identificando a sus culpables. La migración no es un problema, sino un fenómeno global (Díaz Revorio, 2021) cuya complejidad no puede ser simplificada mediante informaciones que subrayan que “solo había 16 agentes españoles para frenar el asalto en Melilla” (*El Mundo*, 25/06/2022); o que “la oposición pide explicaciones al presidente Pedro Sánchez” (*El País*, 28/06/2022). Consideramos que esta perspectiva favorece, en parte, la contraposición nosotros-ellos, donde los de fuera siempre serán una preocupación para los nacionales (Van Dijk, 2011); y la dicotomía inocentes-culpables (Ticktin, 2015) que contribuye a preservar la idea de que los Estados europeos no pueden proteger ni acoger a todas las personas, la cual los “descarga” de dicha responsabilidad o culpa (Bañón Hernández, 2021, p. 106). Pero lo más peligroso es que enfocar cuestiones migratorias desde una óptica fundamentalmente política, desvía la atención de una cuestión esencial: la migración es consustancial al ser humano y está lejos de desaparecer (Bauman, 2016).

Por otro lado, el *frame* “impacto humano”, que es el segundo que más aparece en el análisis de las noticias, contribuye a una mejor comprensión de la migración como un fenómeno global y permanente. Pero no es menos cierto que al centrarse en la dimensión emocional y buscar historias emotivas que resulten impactantes para el público (obsérvese como ejemplo esta noticia de *20 minutos*, 14/12/2022, “La odisea del joven de 17 años que sobrevivió a la tragedia de Melilla”), los medios pueden caer en el error de no acudir al origen que dio lugar a la tragedia de Nador: ¿por qué

---

<sup>499</sup> Documental recuperado el 11 de marzo de 2023 de <https://elpais.com/videos/2022-11-29/documental-tragedia-en-la-frontera-de-melilla-el-papel-de-marruecos-y-espana-en-las-muertes-del-24-j.html>.

hay tantos intentos diarios de saltar la valla de Melilla?, ¿por qué a veces la policía marroquí desatiende la vigilancia de la frontera y otras actúa con tanta contundencia? ¿Por qué la Unión Europea gasta el triple en fortificar sus fronteras que en ayudar a las personas que solicitan refugio?<sup>500</sup>.

Se trata de cuestiones de interés público que no se han planteado en ninguna de las 110 noticias examinadas, pese a la importancia que conlleva responderlas. Puede que esto se deba al predominio de los dos *frames* comentados (responsabilidad e impacto humano) que impide reflexionar en otros sentidos.

### **5.5. Descontextualización y otros elementos destacados**

De las 110 noticias examinadas, solo cinco han sido clasificadas como descontextualizadas. Tres de ellas tienen como único encuadre el conflicto, donde se informa sobre los migrantes como un ente homogéneo que constituye un enemigo para la paz social: “Alerta máxima en Melilla por el movimiento descontrolado de 5.000 inmigrantes al otro lado de la valla” (*El Mundo*, 17/10/2022). O una amenaza para la convivencia debido a su carácter violento: “La Policía marroquí anuncia el arresto de 25 subsaharianos que iban en autobús con ganchos metálicos como los usados para saltar a Ceuta y Melilla” (*El Mundo*, 09/07/2022); y “Enfrentamientos en monte Gurugú cerca de Melilla dejan 17 inmigrantes detenidos” (*20 minutos*, 16/10/2022).

Las tres piezas ofrecen solamente una visión de los hechos, donde sobresale claramente la contraposición “nosotros-ellos” sin aportar explicación que ayude a entender la problemática. Se trata de un enfoque reduccionista que corre el peligro de potenciar el enfrentamiento entre los actores sociales (autóctonos vs. extranjeros) mostrando la alteridad desde un ángulo negativo y estereotipante (descontrol de personas, violencia por las armas que llevan y por cómo se comportan, lo que da lugar a que sean detenidos). En la primera noticia sobre el “movimiento” al otro lado de la valla, se echa en falta que el medio mencione las circunstancias que rodean a las personas que deciden arriesgar su vida para entrar de forma irregular en un país, en lugar de centrarse únicamente en cómo afrontan los policías que vigilan la valla un nuevo intento de entrada.

La segunda noticia ya ha sido comentada anteriormente al hablar sobre la falta de evidencia que atestigüe que los detenidos se dirigían a saltar la valla de Melilla. Las suposiciones y los

---

<sup>500</sup> Datos recuperados de varios informes elaborados por Amnistía Internacional y recuperados el 22 de marzo de 2023 de <https://sputniknews.lat/20140709/Europa-gasta-el-triple-en-fortificar-sus-fronteras-que-en-ayudar-a-los-refugiados-160726896.html>; y de <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2021/10/eu-new-evidence-of-systematic-unlawful-pushbacks-and-violence-at-borders/>.

paralelismos imaginarios solo influyen, negativamente, en la percepción social de los nacionales sobre este colectivo.

Por último, la tercera noticia relata los enfrentamientos que han tenido lugar en el monte Gurugú, sin profundizar en las condiciones de vida que soportan los que subsisten allí. Esta perspectiva es relevante porque ayuda a entender las causas que motivan la movilidad humana y las condiciones que caracterizan las rutas migratorias. Por su parte, el diario *El País* destaca por su esfuerzo en mostrar la realidad de este monte peninsular, como en 2004 con la publicación del reportaje “Miseria e ilusiones en el monte Gurugú” (Octavio Toledo, 2004<sup>501</sup>), en el que explicaba que las personas que allí esperaban comían lo que encontraban en el vertedero. También en 2019 publicó una serie de reportajes que contaban la historia del joven guineano Jean Koulio que, al ser preguntado por la vida en el monte, lo definió como “un infierno” en el que sufrían maltrato continuo de las autoridades marroquíes (Lola Hierro, 2019<sup>502</sup>).

Cabe pensar que existe una correlación entre el *frame* conflicto y la descontextualización, pero esta última también aparece cuando priman enfoques diferentes. En las otras dos noticias que se han marcado como descontextualizadas predomina el *frame* de “atribución de responsabilidad”: una de ellas alude a la ya comentada noticia que informa sobre una “sentencia ejemplarizante” para el fenómeno migratorio (*El Mundo*, 19/08/2022) con un lenguaje confuso y sesgado. La otra información alude al inicio de esos mismos hechos que acabarán en condena para algunos de los implicados: “Al menos 29 migrantes, ante la justicia marroquí por la tragedia de Melilla” (20 minutos, 27/06/2022). La gravedad de esta última reside en que el periodista cuenta que declaran ante los tribunales marroquíes por estar “implicados en un incidente”, pero posteriormente informa de que “están arrestados”. Pese a que el titular induce a pensar que dichos migrantes han sido los autores de algún tipo de delito, luego no deja claro si han declarado en calidad de testigos del suceso, de investigados o de imputados.

Todo ello confunde al lector e induce a la descontextualización informativa, como también sucede en la narración de los últimos párrafos donde dice que la tragedia de Nador se produjo cuando “alrededor de 2000 personas subsaharianas se dirigieron en bloque con palos y piedras hacia la valla de Melilla”; pero culmina la noticia con la siguiente afirmación: “De momento, no hay

---

<sup>501</sup> Reportaje recuperado el 23 de marzo de 2023 de [https://elpais.com/diario/2004/08/13/espana/1092348017\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2004/08/13/espana/1092348017_850215.html).

<sup>502</sup> Reportaje recuperado el 21 de marzo de 2023 de [https://elpais.com/elpais/2019/09/26/migrados/1569518752\\_345263.html](https://elpais.com/elpais/2019/09/26/migrados/1569518752_345263.html).

informaciones sobre la nacionalidad de los fallecidos ni sobre cómo se les dará sepultura” (*20 minutos*, 27/06/2022). Si todas las personas que trataron de saltar la valla eran subsaharianas, ¿cómo desconoce la nacionalidad de los fallecidos?

La extensión de las noticias también puede ser un signo de descontextualización, puesto que una materia tan compleja como es la migratoria y un suceso rodeado de tanta incertidumbre como fue la tragedia de Nador, no pueden ser abordados de forma reduccionista. Entendemos que, a mayor extensión de la pieza, mayor cabida a la explicación. En este sentido, hemos de destacar que el diario *El País* es el medio que publica informaciones más extensas y con mayor profundidad, cuya media se sitúa entre los 7000 y los 8000 caracteres, en algunos casos llegan a superar los 15.000. Normalmente son investigaciones exhaustivas que cuentan con numerosas fuentes informativas, crónicas de los periodistas que se han trasladado al lugar donde acontecieron los fallecimientos de los migrantes, y un material gráfico que aporta calidad a la información que acompaña.

En contraposición a esto, el diario *20 minutos* es el que ofrece informaciones más cortas, con una media de 1500 caracteres y, con frecuencia, mencionando que el contenido publicado es originario de agencias de noticias como *EFE* o *Europa Press*. Por su parte, el diario *El Mundo* se sitúa en un término medio entre los dos periódicos, pues sus noticias suelen presentar entre 4000 y 5000 caracteres, salvo que se traten de crónicas de reporteros que están cubriendo la tragedia desde Marruecos, contenidos que entonces ocupan un espacio parecido al que les dedica *El País*.

Por último, hemos de comentar que casi la totalidad de las noticias van acompañadas de material gráfico consistente en fotografías o vídeos que muestran o reconstruyen el momento exacto en el que se produjo la tragedia (como el documental de *El País* que recrea en 3D los sucesos, 29/11/2022). Salvo aquellas que ofrecen la opinión de algún periodista del medio sobre la tragedia, el resto de informaciones exhiben a migrantes apelotonados en el paso fronterizo en el que ocurrió la tragedia de Nador, o en los campamentos de los bosques en los que malviven. A este respecto, resulta significativo un reportaje publicado por *El País* (30/01/2023) en el que relata cómo es la vida de aquellos que no lograron entrar en España tras el 24 de junio de 2022. La información incorpora numerosas fotografías de los migrantes, pero estos posan frente a la cámara, sonríen e incluso muestran algunas de sus pertenencias. Esto invita a pensar que no solo son conscientes de que los están fotografiando, sino que han otorgado su consentimiento previo.

Una situación muy diferente a la que se aprecia en la mayoría de las noticias que muestran a migrantes heridos, asustados o amontonados (*El País*, 18/08/2022; *20 minutos*, 09/11/2022).

Publicar material de esta índole constituye un rasgo propio de la espectacularización informativa, estrategia discursiva que el Observatorio del Discurso de Odio en los Medios de Comunicación (2017) asociaba al tratamiento informativo de la migración. Igualmente supone una vulneración del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen de las personas (art. 18 CE), pero la protección de este decae en favor de la libertad de información (art. 20 CE) que ejercen tanto los periodistas que informan, como la ciudadanía que tiene derecho a ser informada de temas de interés como este. Aunque, como hemos observado en páginas anteriores, esta pueda utilizarse como medio para minar las bases de la democracia.

Un asunto distinto es que, desde la perspectiva ética, nos planteemos si debe publicarse la fotografía de una persona a la que se le acaba de desplomar una valla encima o ha sido pisoteada repetidamente por sus compañeros. ¿El deber de informar del periodista (o del fotógrafo en este caso) legitima la publicación de estas imágenes? Villatoro (2002, p. 4), miembro de la Comisión de Estudio sobre la Inmigración del Parlamento de Cataluña, señala que los medios son importantes “constructores de sentido, quienes abastecen al conjunto de la población de los modelos de interpretación de la realidad”, lo que los sitúa ante dos formas diversas de responsabilidad social:

a) Tienen la responsabilidad social de procurar que los valores contribuyan a la convivencia, al respeto mutuo, a la consolidación de formas democráticas de libertades y participación.

b) Y tienen la responsabilidad social de responder al derecho de los ciudadanos a obtener la información que consideren relevante: “El problema se presenta cuando los medios pueden tener dudas entre estas dos responsabilidades sociales, que en algunos casos son complementarias, pero que en otros pueden aparecer como alternativas: ofrecer determinados hechos o determinados datos puede ser una manera de cumplir la propia responsabilidad social de informar y de ofrecer al ciudadano todo aquello que al mismo ciudadano le parece relevante, pero puede entrar en colisión con la responsabilidad social de no alimentar estereotipos, actitudes o percepciones que dificulten la convivencia y favorezcan el conflicto” (Villatoro, 2002, p. 4).

Se trata de un debate que afecta no solo al fenómeno migratorio, sino a multitud de ámbitos informativos de temáticas sociales muy complejas. Una de las herramientas fundamentales para equilibrar estas dos responsabilidades es la autorregulación y la construcción de códigos deontológicos concretos en los que, entre otras directrices, se publiciten los límites que cada medio pone a su libertad de informar y opinar.

Por otra parte, si comparamos la cobertura fotográfica de este suceso con otros de calado diferente pero también con tratamiento de imágenes impactantes, se perciben sensibilidades distintas. Por ejemplo, la cobertura periodística de los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils en 2017 generó un intenso debate sobre la conveniencia de haber publicado ciertas fotografías e informaciones. El análisis sobre el uso de imágenes en la cobertura de atentados permite observar que los medios suelen respetar gran parte de los principios recogidos en los códigos deontológicos. Los problemas más graves se detectan en el ámbito de la protección de menores, en el que los medios extreman la precaución, especialmente para proteger a las víctimas. Las investigaciones en este sentido concluyen que los medios suelen conciliar correctamente el derecho a saber (información) y los derechos individuales del público (honor, intimidad), ya que evitan la difusión de imágenes de extrema crudeza innecesarias para la comprensión de los hechos (López-Meri et al., 2020). Durante la cobertura de los atentados de Barcelona (2017) fue significativo el hecho de que varios establecimientos y kioscos de Cataluña se negaran a vender ejemplares de algunos periódicos, ya que consideraban que las imágenes publicadas eran irrespetuosas con las víctimas (Díaz-Campo et al., 2018).

Sin embargo, este debate no se ha planteado ni una sola vez sobre las imágenes impactantes que han acompañado las informaciones sobre el suceso de Nador. Tampoco sobre si las víctimas que aparecían en las fotografías podían ser menores o estar en situación de extrema vulnerabilidad, lo cual exigía proteger aún más su derecho a la privacidad.

## **6. Discusión y conclusiones**

Con la presente investigación, esperamos contribuir a la identificación temprana del odio en el ámbito de los medios de comunicación a través de la propuesta metodológica de un código de análisis que aúna elementos jurídicos y periodísticos.

El estudio de las 110 noticias señala que existen deficiencias a la hora de informar sobre la tragedia de Nador, en particular, y en materia migratoria en general. Principalmente, hemos subrayado la confusión de términos existente en la mayoría de las noticias (migrante, emigrante, inmigrante, refugiado... son empleados como sinónimos cuando designan realidades distintas). Esto influye negativamente en la garantía de protección de los derechos del colectivo migrante y refugiado; y condiciona la percepción social sobre ellos. Esta idea confirma la primera hipótesis de que los medios no informan sobre los migrantes mediante una terminología que defina adecuadamente el estatus jurídico que poseen y respete los derechos que les son inherentes como personas.

Con respecto a la segunda hipótesis, acerca de que en el tratamiento informativo sobre la migración predominan ciertos enfoques, falta de contextualización y determinadas narrativas discursivas empleadas para abordarlo, cabe señalar que sí se repiten dos de los cinco enfoques que se planteaban en la hipótesis de partida (“responsabilidad” e “impacto humano”). Esto impide reflexionar desde diferentes perspectivas y sobre otras cuestiones. Por otro lado, aunque el empleo del *frame* “conflicto” no es muy elevado, sí que se construye a partir de narrativas discursivas clásicas, en las que se presenta al migrante como una amenaza, un invasor, en definitiva, un enemigo del que protegerse. Por el contrario, no se observa que las informaciones publicadas estén descontextualizadas como se preveía. En su gran mayoría, los tres medios analizados publican informaciones sobre la tragedia que sí recogen en mayor o menor medida el contexto del suceso.

Respecto al tratamiento de las fuentes, se percibe que el protagonismo de las fuentes oficiales (la suma de las fuentes provenientes de los gobiernos español y marroquí) tiene el mismo peso que la suma de los testimonios de los supervivientes y de las organizaciones no gubernamentales. Esto refuta la hipótesis de partida en la que se preveía un mayor protagonismo de las fuentes oficiales y muestra una apuesta, especialmente en el caso del diario *El País*, por presentar el acontecimiento desde la óptica de las personas migrantes.

Por último, en cuanto a la tercera hipótesis sobre que la cobertura que realizan los medios no incita a la violencia o al odio contra los migrantes ni es constitutiva de delito, hemos de señalar que, de las 110 piezas analizadas, ninguna ha cumplido este parámetro final, lo que confirma nuestra hipótesis. Sin embargo, se advierten deficiencias importantes que pueden germinar en desinformación, antesala del florecimiento de discursos discriminatorios o de odio hacia colectivos vulnerables. Con una llamada de atención sobre la necesidad de subrayar una cuestión esencial: la migración es inherente al ser humano (Bauman, 2016).

Por lo tanto, es preciso seguir investigando en torno al tratamiento informativo de la migración; atendiendo a su naturaleza transversal e interdependiente que obliga a abordarlo desde múltiples perspectivas.





## CONCLUSIONES

Si no hay guerra en tu interior,  
¿no será por haber concertado una paz vergonzosa?

SAN AGUSTÍN

En la presente tesis doctoral “El lenguaje de los derechos de las personas migrantes: entre la libertad y la discriminación” establecemos las siguientes conclusiones:

**PRIMERA.-** La migración es un rasgo inherente al ser humano (Bauman 2008; 2016) que la globalización ha convertido en un desafío crucial para las sociedades contemporáneas. El aumento continuo de la interconexión entre las naciones, potenciado por el avance tecnológico, la polarización sociopolítica y la transferencia instantánea de conocimientos, ha desdibujado las fronteras internacionales y ha favorecido el desplazamiento de personas a lo largo del mundo.

A pesar de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) reconoce la libertad de movimiento como un auténtico derecho (artículo 13), la protección y acogida de aquellos que arriesgan su vida en busca de un futuro más digno supone un complejo y permanente reto que exige diferentes respuestas para abordarlo.

Ello justifica la interdisciplinariedad de esta tesis doctoral, que parte de la observación de los interrogantes que plantean los acontecimientos desde distintas disciplinas de las ciencias sociales y humanas (Charaudeau, 2009). En este sentido, Siri Hustvedt (2019) reflexionaba que si queríamos comprender mejor el mundo que nos rodeaba era necesario, por un lado, “abandonar enfoques restringidos” a los que abocaba la utilización constante del “conocimiento especializado”. Por otro, plantearnos cuestiones que aunque quedasen “fuera del marco de referencia” de nuestras investigaciones eran fundamentales para entender las múltiples formas que adoptan los fenómenos, como la migración. Es por ello que, en nuestra investigación, hemos escogido las herramientas que ofrecen dos campos de estudio que suelen trabajar de espaldas el uno al otro (Bañón Hernández y Solves Almela, 2021): la ciencia jurídica y la ciencia de la información.

La importancia del Derecho reside en que, desde su origen consustancial a la naturaleza del hombre, ha tratado de dar respuesta a los problemas corrientes de la ciudadanía, asumiendo un compromiso de transformación de la realidad (Bobbio, 2002). Por su parte, el Periodismo, como servicio público que es, adquiere una responsabilidad capital al informar sobre cuestiones de interés público con

finalidades determinadas, así como de los derechos que pertenecen a los ciudadanos y de qué manera resuelve la disciplina jurídica los conflictos que surgen en torno a ellos. Sin olvidar su función vital de *perro guardián de la democracia*, que tantas veces han reconocido los tribunales a los periodistas.

De esta forma, ambas disciplinas comparten el uso de la palabra como medio para llegar a la ciudadanía y orientar sus actitudes: el Derecho emplea el lenguaje jurídico para regularizar conceptos, según los intereses de las ideologías políticas que ostenten el poder. Así, hemos comprobado cómo en determinadas épocas los textos jurídicos han omitido a ciertos colectivos condenándolos a una suerte de ostracismo (migrantes en situación de irregularidad) o mediante deformaciones lingüísticas han legalizado situaciones que vulneran los derechos humanos (devoluciones en caliente). Igualmente, el Periodismo utiliza el lenguaje según le convenga destacar o modular ciertos temas, o abordarlos desde enfoques sesgados (noticias que reiteran la peligrosidad de los menores extranjeros no acompañados o que insisten en la fragilidad de las mujeres migrantes como si fuese inherente a su condición). El Derecho impone realidades jurídicas y el Periodismo persuade sobre la existencia de las mismas o de otras que fabrica; pero, a fin de cuentas, las dos pueden influir y condicionar las percepciones y comportamientos de la ciudadanía sobre temas de relevancia como la migración.

El uso simultáneo de las dos ciencias sociales nos ha proporcionado un conocimiento más consciente, crítico y preciso del entramado legislativo y mediático que nos rodea, así como de los métodos que ejercen, respectivamente, para guiar las relaciones sociales y establecer una jerarquía de clases donde los autóctonos suelen disfrutar del viaje ‘en primera’ mientras que los migrantes parecen abocados a subsistir en el ‘vagón de cola’ de la sociedad. El Derecho y el Periodismo tienen el poder de transformar este escenario, de cambiar las palabras que seleccionan para nombrar realidades y personas; y, con ello, normalizar sociedades de consenso, respeto y participación igualitaria.

En nuestro caso, como investigadores, hemos de adoptar una postura holística si pretendemos analizar y comprender, en su totalidad, fenómenos que inciden permanentemente en el presente y futuro de la humanidad. Si bien en este trabajo hemos optado por el estudio del Periodismo y del Derecho, en un futuro deberíamos dirigir la mirada hacia otras disciplinas que igualmente dan protagonismo a la palabra en sus investigaciones e inciden en las actuaciones de la ciudadanía, como la Sociología, la Historia, la Criminología o la Ciencia Política.

**SEGUNDA.-** De la regulación jurídica del fenómeno migratorio se advierte una evolución en cuanto a la garantía de los derechos de los migrantes, pero con matices. Es cierto que se ha pasado de la redacción de leyes restrictivas que entendían a estas personas como una amenaza para la seguridad del país y solo permitían su entrada en situaciones excepcionales (LO 7/1985 y LO 8/2000), al actual régimen jurídico que les reconoce la condición de sujetos titulares de derechos en las mismas condiciones que los autóctonos cuando se trata de aquellos ligados a la dignidad de la persona (LO 4/2000 y disposiciones conexas). De hecho, pese a que la CE establezca numerosas referencias literales “*a los españoles*”, se observa una evidente mutación constitucional debida, principalmente, a la labor de interpretación amplia y garantista de los derechos fundamentales que ha venido haciendo el Tribunal Constitucional en los últimos años (entre otras, STC 236/2007, de 7 de noviembre, y STC 259/2007, de 17 de diciembre). No obstante, la integración plena de los migrantes, en un entorno cada día más líquido, sigue estando sujeta a situaciones administrativas específicas, a la utilidad que puedan aportar al país, así como a las necesidades que muestre la economía de mercado.

En línea con lo anterior, el reconocimiento de estatus temporales en los que, en ocasiones, pueden encontrarse las personas que participan de las migraciones (refugiado, apátrida, protección subsidiaria) no presenta las suficientes garantías; y depende, en exceso, del arbitrio ideológico de las políticas migratorias imperantes. Estas abogan, cada vez más, por la restricción y control de fronteras hasta el punto de que, tres décadas después de la caída del Muro de Berlín, la Unión Europea parece más decidida que nunca a blindar su territorio (Acuerdo UE-Turquía, legalización de las devoluciones en caliente en las puertas de entrada a la Unión, aumento del presupuesto para la vigilancia y detección fronteriza, etc). Y, con ello, a abandonar los valores que abanderó desde su creación: libertad, igualdad y solidaridad.

En el tratamiento periodístico de la migración, se percibe una cobertura sesgada de las personas que participan en ella. Esto es debido a que se publican informaciones basadas en cuestiones jurídicas relacionadas con la acogida de personas que llegan diariamente a las costas europeas, los flujos en los que se entremezclan migrantes y refugiados sin profundizar en los motivos que dan lugar al reconocimiento de diferentes estatus. También se aprecia la existencia de noticias vinculadas al modo en que gestionan los distintos países el retorno de los migrantes o su reclusión en centros de internamiento para extranjeros, o el gasto excesivo que generan estos colectivos para el sistema sociosanitario español. En definitiva, se advierte, tal y como ha sucedido en el análisis del ámbito

jurídico, una representación del migrante como amenaza, problema u obstáculo para la estabilidad del país de acogida.

No obstante, en la actualidad también se ha constatado el auge de un periodismo especializado más humanitario que enfoca la migración desde un punto de vista positivo (quizá aún demasiado utilitario), y que se apoya en un lenguaje pro persona para otorgar protagonismo a aquellos que migran o a las asociaciones que trabajan en defensa de sus derechos. En este ámbito cabe destacar informaciones y reportajes que denuncian prácticas que vulneran las libertades de los migrantes (centrados en la protección excesiva de la frontera terrestre que separa Melilla de Marruecos, en las similitudes entre los CIE y los centros penitenciarios, en la advertencia de episodios de racismo en algunas zonas locales de España, etc). Sin embargo, es necesario seguir profundizando en estas cuestiones y poner el foco informativo en otras relacionadas con la migración, como el ejercicio de los derechos de las personas migrantes y su integración en sociedad.

**TERCERA.-** Los ordenamientos jurídicos intervienen en la construcción y metamorfosis de determinados fenómenos, legitimándolos o incluso prohibiéndolos. Igualmente, orientan -o desorientan- los comportamientos y actitudes de los ciudadanos hacia ellos. Lo mismo sucede con el poder del Periodismo para moldear la realidad social, de tal forma que la opinión pública suele debatir sobre unos temas concretos y a partir de unos enfoques previamente establecidos, como si no existiesen más perspectivas desde las que abordar los acontecimientos sociales (Lippmann, 2003). El poder de ambos campos de estudio estriba, precisamente, en el lenguaje del que se sirven para “imponer el sentido de las palabras o incluso de inventar otras para perpetuar la idea de quiénes somos, en qué consiste la normalidad y cuáles son las conductas desviadas o peligrosas” (De Lucas, 2021, p. 299).

Así, el lenguaje jurídico en el ámbito migratorio ha preservado la ideación homogeneizadora y negativa de la alteridad, mediante el tradicional enfrentamiento “nosotros-ellos” (Van Dijk, 1997; 2011). Además, ha favorecido la creación de categorías jurídico-sociales -inmigrante, refugiado y apátrida- que no responden a la realidad actual de las migraciones: flujos mixtos, exclusión inherente a la apatridia, nuevos tipos de refugiados que no encajan en los supuestos contemplados en la normativa internacional, etc. Y también ha propiciado la oposición dicotómica refugiado-inmigrante para delimitar quiénes son merecedores de protección por parte de los Estados europeos -refugiado/inocente- respecto a quiénes no lo son y, por lo tanto, no existe obligación alguna de acogerlos -migrante/culpable- (Ticktin, 2015).

Por otro lado, se ha detectado la presencia de fobotipos, eufemismos o disfemismos, esto es, estrategias discursivas que estereotipan y excluyen a determinadas personas de la legalidad (ilegales, irregulares, MENAS).

Todas estas estrategias también se han detectado en el tratamiento informativo de las migraciones en los medios de comunicación, donde destaca la apuesta por la construcción de un “discurso de la diferencia cultural” (Agrela, 2002, p. 93) basado en fobotipos, descontextualización y encuadres restringidos. Recuérdense, como ejemplos, la cobertura periodística local de los sucesos de El Ejido (Almería), que presentaba la convivencia entre españoles y marroquíes como un problema para la identidad nacional y para el desarrollo de la economía del municipio (lo que nos recuerda a la contraposición nosotros-ellos); el tratamiento periodístico del Brexit, en el que los medios británicos lograron que la inmigración se convirtiera en el centro del debate de la nación, lo que contribuyó a que se votase a favor de la marcha de Reino Unido de la Unión Europea.

Además, destaca la acogida del barco humanitario ‘Aquarius’ por parte del Estado español, donde los editoriales de la Cadena Cope reforzaban el estereotipo del ‘efecto llamada’, ponían en duda la condición de refugiados de los solicitantes y las obligaciones internacionales de España en materia de asilo.

Consideramos que la utilización continuada de estos recursos lingüísticos, en el ámbito jurídico-periodístico, puede redundar en una ampliación o restricción de los derechos de los migrantes porque las palabras, a fin de cuentas, crean, mutan y transforman realidades.

**CUARTA.-** La falta de comprensión del fenómeno migratorio y de los términos que designan a las poblaciones que se desplazan es otra de las conclusiones que pone de relieve este trabajo. En el ámbito jurídico hemos observado un empleo confuso, ambiguo e interesado de las palabras ‘inmigrante’, ‘emigrante’, ‘refugiado’ (LO 9/1994 reguladora del derecho de asilo) o incluso expresiones que niegan la humanidad de las personas, como ‘ilegales’ o ‘irregulares’ (LOEx 8/2000). Además, el Derecho también ha configurado otras que en la práctica no cuentan con una protección efectiva (‘apátrida’, ‘desplazado’).

Asimismo, los periodistas utilizan indistintamente los términos ‘migrante’ e ‘inmigrante’ como si fueran sinónimos, apuestan por el enfrentamiento dicotómico de los vocablos migrante-refugiado, con un uso excesivo de la etiqueta institucional ‘inmigrante económico’ pese a que no existe base jurídica que la legitime. Por todo ello, a lo largo de esta investigación hemos utilizado y proponemos el uso del vocablo ‘migrante’, con carácter general y sin perjuicio de que las

circunstancias singulares permitan el empleo de otros más específicos como refugiado o apátrida. Las razones que sustentan manejar esta palabra se basan, en primer lugar, en que la expresión acentúa un rasgo que todos compartimos sin importar de dónde venimos o a dónde nos dirigimos: la libertad de movimiento. En segundo lugar, resulta ineludible la búsqueda de unos parámetros que salven el escollo que supone observar siempre la migración desde el punto de vista exclusivo de los Estados de acogida, y de los flujos migratorios concebidos como viajes unidireccionales que llegan para asentarse y residir en el nuevo Estado, obviando la circularidad inherente a la migración (González Cámara, 2010). En línea con esto, ‘migrante’ es una palabra neutra, científica (Bañón Hernández, 2021) que explica adecuadamente “el proyecto vital de una persona que abandona su país por motivos políticos o económicos y que intenta llegar a otro, y se encuentra en tránsito” (Quirós, 2018).

Otro de los motivos que justifica la necesidad imperiosa de emplear este término es la obligación de favorecer la interculturalidad en un Estado constitucional, como el nuestro, que propugna el pluralismo como uno de sus valores fundamentales. La multiculturalidad determina la multiplicidad de culturas que existen dentro de un espacio común sin que necesariamente tengan relación entre sí. Sin embargo, la interculturalidad va mucho más allá y promueve un proceso de comprensión e intercomunicación social que surge cuando dos o más culturas entran en interacción de una forma horizontal y sinérgica, sin relacionarse desde las diferentes categorías jurídicas que podrían ocupar los individuos (autóctono, migrante...), sino simplemente desde la condición humana que comparten (personas).

Por lo tanto, un Estado verdaderamente constitucional ha de ser, por fuerza, un Estado intercultural donde la diversidad no sea percibida como una amenaza, sino como una auténtica riqueza para sus miembros. Al fin y al cabo, la Constitución va mucho más allá de su tenor literal y de las fronteras del país al que sirve de guía y referencia; los textos constitucionales pueden entrelazarse con otros ámbitos como el europeo o internacional y alcanzar, incluso, un valor global. Este pensamiento concuerda con la idea de crear una “Constitución para la Tierra” (Ferrajoli, 2022) como solución transversal para afrontar los problemas que amenazan la supervivencia de la humanidad. Entre los más alarmantes, el mismo autor subraya la desigualdad social y el creciente número de migrantes que se ven obligados a huir de sus casas en busca de una vida digna.

Por consiguiente, resulta esencial la refundación de un pacto de convivencia y solidaridad global que se materialice en una Constitución mundial. Entre otros cimientos, esta se fundamentaría en la noción de nacionalidad como tutela de la identidad cultural de los pueblos, es decir, en el respeto de

todas las diferencias. Lo cierto es que Ferrajoli (2019, p. 192) siempre ha entendido a los migrantes como el pueblo constituyente de un nuevo orden mundial, en el que el *ius migrandi* se configuraba como un “derecho auténtico a tener derechos”, un presupuesto básico para el ejercicio del resto de libertades; y “la condición elemental” de la indivisibilidad y de la efectividad del resto de derechos fundamentales.

En definitiva, la interculturalidad, la diversidad y el pluralismo son premisas básicas sobre las que construir un constitucionalismo global. Su consecución puede parecer una utopía pero, parafraseando a Ferrajoli, la verdadera utopía es creer que las comunidades pueden subsistir sin mezclarse entre ellas.

**QUINTA.-** En las percepciones que desarrollamos sobre los otros, el proceso de interpretación nos permite atribuir un significado a la alteridad para comprenderla, asimilarla y actuar ante ella. Los métodos clásicos de interpretación jurídica sirven para conectar el sentido original de la ley con la realidad práctica del Derecho. De todos ellos, destaca la interpretación teleológica porque muestra cómo todas las disposiciones, teóricamente, propugnan y hacen realidad los valores que contiene nuestra Constitución. En concreto, la hermenéutica constitucional, dada su condición de derecho de Igualdad y de Libertad, se erige como el mecanismo más garantista del reconocimiento de los principios, ideales y derechos a todas las personas. Anteriormente ya se ha señalado que la Constitución no es solamente un texto escrito, sino que actúa como “expresión de un estado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación de un pueblo, un espejo de su herencia cultural y un fundamento de sus nuevas esperanzas” (Häberle, 2002, p. 194). Entonces, interpretar a partir de la Constitución que los derechos fundamentales corresponden a todas las personas -sin distinción- es un paso efectivo hacia la consecución de un tipo de sociedad en la que el ‘otro’ no sea entendido como una dificultad a afrontar.

En el ámbito mediático, las diferentes teorías de la comunicación analizadas explican cómo la representación de la migración se lleva a cabo de forma polarizada. Ahondar en el funcionamiento de ‘la teoría de la agenda setting’ o de ‘la teoría del framing’ resulta clave para conocer por qué el fenómeno migratorio se suele asociar a ciertos elementos que son, en definitiva, los que se destacan en las noticias elaboradas desde idénticas perspectivas (los inmigrantes delincuentes que abusan de las ayudas sociales, pero que a la misma vez arrebatan el trabajo a los nacionales). Este relato nutre así una “espiral del silencio” (Noelle-Neumann, 1993) perversa y perdurable en el tiempo acerca de otras cuestiones relacionadas con los migrantes, sobre las que es importante informar (la



vulneración sistemática de sus derechos en los países de origen y en los de acogida, la aportación que hacen a la cultura e identidad del pueblo que los recibe y los integra en su comunidad, etc). En suma, la forma en la que los medios de comunicación interpretan y transmiten a la audiencia toda información referida al fenómeno migratorio repercute en el proceso de construcción jurídico-social de las personas migrantes, hasta el punto de que los medios pueden fabricar un “pseudo entorno” (Lippmann, 2003, p. 33) en base a una imagen sesgada e incompleta de ciertos grupos que alimentan continuamente (Aierbe, 2001).

Por ello, cuando hablamos de desarrollar una “cultura constitucional” (Häberle, 2022) nos referimos a legislar con un lenguaje de los derechos humanos, que se valga de una descripción y conceptualización realista e integral del fenómeno migratorio; y que actúe como herramienta que identifique respuestas oportunas, eficaces y fundamentadas en la garantía y respeto irrestricto de los derechos humanos. La promoción de la “cultura constitucional” también exige que los medios, en el marco de la labor de servicio público que desempeñan, practiquen un periodismo alejado de encuadres sesgados o fines manipuladores para resaltar unos temas y silenciar otros que no le convengan o desconozcan por falta -quizá- de cultura jurídico-política. Se trata de poner en práctica un periodismo comprometido con el desarrollo libre e igualitario de los ciudadanos a los que se dirigen, ciertamente beligerante (como el Derecho constitucional) en el reconocimiento y salvaguardia de los derechos fundamentales para todas las personas.

**SEXTA.-** Un buen lenguaje de los derechos humanos, impulsado y empleado en el ámbito jurídico-periodístico, debe cumplir las siguientes premisas:

1. Ha de ser sencillo, claro, preciso y sin ambigüedades. Estos presupuestos favorecen el derecho de los ciudadanos a comprender los textos que regulan sus vidas (dicha comprensión constituye una extensión indivisible del derecho a la tutela judicial efectiva); y a la misma vez supone una protección más eficaz de sus libertades, puesto que no habría lugar para la presencia de estrategias discursivas que distorsionen el lenguaje (fobotipos, disfemismos, eufemismos, omisiones, descontextualización, enfoques sesgados) con fines espurios.

2. El lenguaje de los derechos debe ser accesible y adaptado a todo tipo de personas, lo que obliga al operador jurídico y al periodista a tener presente que se dirigen a una sociedad plural y diversa, donde las personas migrantes también forman parte de los destinatarios de sus textos. Las normas, disposiciones, noticias o cualquier tipo de información han de designar correctamente las realidades migratorias existentes y las situaciones administrativas en las que pueden encontrarse las personas

en momentos concretos de su vida. Tampoco se debería hacer uso de artificios literarios que ponen en duda o dejan vacíos de contenido ciertos derechos imprescindibles para el desarrollo de los seres humanos como el refugio o la protección internacional.

3. Un lenguaje de los derechos efectivo tiene que ser neutral, inclusivo y no discriminatorio. No hay cabida para expresiones peyorativas como ‘ilegales’, ‘irregulares’ o ‘indocumentados’; y el uso del término ‘migrante’ no puede estar sujeto al arbitrio de ideologías o a la sensibilidad del que legisla o informa sobre estas cuestiones. El empleo de un lenguaje inclusivo significa que la realización del principio constitucional de igualdad se extiende a la elaboración, interpretación y práctica del Derecho y del Periodismo. Asimismo, la redacción de los textos normativos y periodísticos puede facilitar el tránsito a una comunidad intercultural, donde el acceso a la igualdad de oportunidades esté más asegurado.

4. El lenguaje de los derechos ha de estar contextualizado, lo que significa que la palabra empleada responda, fielmente, a la realidad del entorno y de las personas a las que denomina. Si la sociedad a la que se dirige es plural también han de serlo los enfoques que determinan la elaboración de las narrativas jurídico-periodísticas. Resulta necesario hablar sobre las personas migrantes desde otras ópticas alejadas de su posible utilidad y valor práctico, la dimensión emocional que suele romantizar las historias de supervivencia de los refugiados; o los conflictos existentes entre nacionales y migrantes en regiones multiculturales. Se han de buscar otras perspectivas que incidan, ante todo, en que son seres humanos y como tal, no pueden renunciar al ejercicio de sus derechos.

En resumen, el empleo de un lenguaje de los derechos humanos que sea claro, accesible, neutral (no discriminatorio) y esté contextualizado constituye una exigencia ineludible de nuestro Estado social y democrático de Derecho (Moreu Carbonell, 2020), puesto que fortalece la confianza en las instituciones que reglan y ordenan la vida de los individuos, fomenta la coexistencia pacífica y la tolerancia entre ellos; y, lo más importante: garantiza la libertad en igualdad para todas las personas.

**SÉPTIMA.-** La era de la posverdad o la “emotivización de la política” (Sartori, 2012) -que implica una distorsión deliberada de la realidad primando las emociones y creencias frente a los hechos objetivos- ha puesto el foco de atención en el Derecho penal como la solución más efectiva para la erradicación de discursos discriminatorios. Aun cuando el fenómeno criminal siempre ha sido una de las principales cuestiones que ha ocupado la actividad de los medios de comunicación (Fuentes Osorio, 2005), hoy día parece que vivimos en la “Sociedad de la cultura criminal” (Fuentes Osorio, 2005, 16:2), pues los medios muestran una predisposición clara a producir noticias asociadas al

delito y el castigo penal porque, precisamente, estas cautivan y conmocionan al público en lo inesperado, espectacular y morboso.

Esto explica, en parte, el interés que ha suscitado en los últimos tiempos el delito de discurso de odio (art. 510 CP) que se erige como principal límite al ejercicio de las libertades de información y expresión. No obstante, dada la importancia de ambos derechos como fundamento de nuestra democracia, creemos que su castigo penal debería representar un complemento mínimo, reducido únicamente a la condena de apología expresa de la violencia contra alguno de los colectivos considerados históricamente como vulnerables.

Pese a los efectos de la era de la posverdad, el Derecho penal tiene que conservar su identidad de *ultima ratio*, pues de lo contrario corremos el riesgo de convertir en dogma la utilización de instrumentos punitivos para imponer un determinado moralismo en la sociedad, que puede derivar en la generación de un *efecto desaliento* sobre los derechos afectados. Y, por ende, en un deterioro en la formación de una opinión pública que ha de ser lo suficientemente crítica y responsable como para identificar, por sí misma, aquellos discursos que atentan contra los valores constitucionales y luchar para erradicarlos.

La atracción que genera el Derecho penal y su conversión en “héroe” que soluciona el conflicto y muestra la capacidad del gobierno que lo utilizó (Fuentes Osorio, 2005, 16:42) revela, en cierta manera, por qué se han empleado tan poco otras vías como la administrativa para sancionar los delitos de odio. Aunque no es menos cierto que su utilización presenta bastantes dudas en cuanto a la constitucionalidad de las sanciones. Por su parte, la factibilidad de la vía civil no ha sido suficientemente abordada por la doctrina. Sin embargo, ello no es óbice para seguir investigando acerca de la viabilidad de sancionar al autor de un discurso de odio con la obligación de financiar acciones que fomenten la integración de los colectivos afectados por sus palabras (Valiente Martínez, 2022). De esta manera, se sustituiría la utilización de la vía penal (o administrativa) por una alternativa propia de la justicia restaurativa fundamentada en un resarcimiento de los daños que sirviese, en lugar de indemnizar al perjudicado, para apoyar la inclusión de grupos vulnerables en sociedad. E incluso se podría pensar en la puesta en marcha de actividades interculturales que contasen, entre otros, con la participación de la víctima y el ofensor para generar un diálogo horizontal dirigido a reparar los perjuicios que causan los discursos de odio, así como a entender y abordar las causas estructurales que los motivan.

Pese a la propuesta de estas iniciativas propiamente jurídicas, se ha de señalar que lo que se esconde tras esta clase de delitos es “una sociedad inmadura, con escasa formación emocional, educación

crítica y cultura cívica” (Benítez Eyzaguirre, 2017, p. 4). Este fondo de la cuestión no se solucionará endureciendo las penas ni ampliando los casos en los que el Derecho penal, administrativo o civil deba intervenir. Si queremos generar un cambio de pensamiento en la sociedad, dicho compromiso pasa por hallar otras herramientas de corte educativo y social.

**OCTAVA.-** La alternativa a reprimir jurídicamente el discurso de odio es la educación en derechos, entendida como un proceso continuo mediante el cual la población es consciente del significado de los derechos adquiridos, y aprende a ejercerlos sin dañar al otro. Uno de los pilares en los que se asienta dicha educación es en la utilización correcta del lenguaje que empleamos para referirnos a la población migrante, y en la conceptualización que se esconde tras él. Otro iría encaminado a la construcción de un “discurso de defensa activo de las minorías” que resultaría más efectivo que el Derecho para contrarrestar los mensajes intolerantes y favorecer una cultura de los derechos humanos. Este tipo de discurso facilita que las víctimas del odio y la discriminación “dispongan de posibilidades expresivas de respuesta, que accedan en condiciones de igualdad a los medios de comunicación, que puedan, en suma, hacerse oír socialmente” (Alcácer Guirao, 2020, p. 200 y ss.). Un paso en esta línea podría ser la prohibición generalizada de los perfiles y comentarios anónimos en redes sociales y en las noticias publicadas en los canales web de los medios de comunicación, lo que conllevaría la obligación de que los usuarios se identificasen mediante algún tipo de mecanismo certero (nombre y apellidos, correo electrónico, etc). A pesar de las dificultades que esto podría generar (con respecto a la publicación de datos personales o incluso la facilidad para burlar dichos sistemas de identificación), sería un buen punto del que partir para fomentar el autocontrol y evitar valerse de las posibilidades de *feedback* que otorgan las redes sociales y los medios para transmitir odio o discriminación hacia ciertos colectivos.

Otra práctica a llevar a cabo sería incorporar a las noticias que versen sobre discriminación, información de denuncia para que, aquellos que hayan sido víctimas de un delito de odio (tanto actos como discursos), puedan dar traslado ante las autoridades competentes. Al respecto se adjunta una guía<sup>503</sup> elaborada por el Ministerio del Interior de España sobre los teléfonos a los que se puede llamar, oficinas especializadas por territorios, pasos a seguir para dar traslado del delito, etc.

Al final, los medios de comunicación, como educadores en derechos y democracia (Ramón Reig, 2009), deben asumir el cometido de aportar valor a las relaciones cultivando dicho discurso de

---

<sup>503</sup> Guía de Buenas Prácticas para la denuncia de los delitos de odio, elaborada por el Ministerio del Interior de España. Recuperada el 9 de mayo de 2023 de <https://www.infocoponline.es/pdf/BUENAS-PRACTICAS-DELITOS-ODIO.pdf>.

defensa activo de las minorías en su labor diaria. De igual modo, existen otros contrapoderes que, dada la especial posición que ostentan como garantes del orden constitucional, han de actuar como educadores en derechos y democracia. Nos referimos a los docentes y a los investigadores académicos a los que Häberle (2002, p. 198) exhortaba a “desempeñar la tarea permanente de acercar y hacer comprender los derechos a la ciudadanía, en interés de la normalidad civil y de la sociedad civil democrática”.

No obstante, el concepto de ‘educadores’ o ‘formadores’ en derechos humanos es amplio y alude a todos los ciudadanos que, a lo largo de nuestra vida, actuaremos como formadores y aprendices en derechos. De todos nosotros se espera que eduquemos en derechos, que fomentemos un ejercicio autorresponsable e igualitario de los mismos y que sirvamos como escudo contra cualquier tipo de discriminación identitaria. Todo ello sí que constituye una técnica de carácter preventivo mucho más efectiva que los instrumentos reactivos que vendan ‘la herida’, pero no detienen ‘el foco de infección’ del que provienen las manifestaciones de odio, violencia o discriminación.

**NOVENA.-** La educación en derechos también se erige como un mecanismo adecuado para detectar la existencia de discriminación líquida, de discursos odiosos basados en el empleo de un lenguaje sibilino que se escuda en una zona gris aparentemente neutral, ubicada entre la libertad y la discriminación; pero que merma la dignidad de los colectivos a los que se dirige como si se tratase de un lenguaje de odio abiertamente excluyente. Como hemos visto, el Ordenamiento Jurídico tan solo da respuesta a los delitos de odio, “la punta del iceberg de las conductas discriminatorias” (Gómez et al., 2021, p. 102); pero no aborda los incidentes que no encajan en los tipos penales y que son más difíciles de detectar dada la sutileza que los caracteriza. A lo largo de la tesis, hemos puesto varios ejemplos relacionados con microracismos presentes en el ámbito periodístico e incluso político; pero también existen ejemplos de discriminación líquida en comportamientos que incluyen abuso verbal, gestos de intimidación o amenaza, lanzamiento de objetos, etc.

Aunque todos ellos sean percibidos como actitudes “antisociales de importancia menor” (Gómez et al., 2021, p. 102), su repetición en el tiempo comporta efectos devastadores para quienes los sufren. Siendo conscientes de la necesidad de encontrar otros mecanismos de abordaje para enfrentarlos, en el capítulo práctico de esta tesis doctoral hemos propuesto un código de análisis del lenguaje que aúna elementos jurídicos y periodísticos, con el objeto de contribuir a la identificación temprana del odio o la discriminación en los medios de comunicación. Para su diseño, se tomaron como

referencia los parámetros que componían el Test de Rabat (ONU, 2012), y se completaron con indicadores propios de análisis crítico del discurso periodístico (Van Dijk, 2011). Entre las categorías establecidas, se prestó especial atención a la terminología empleada para referirse a las personas migrantes, a los enfoques predominantes o al grado de descontextualización que presentaran las informaciones examinadas.

El cumplimiento de todos los parámetros del Código podría indicar que nos hallamos ante un eventual discurso odioso (antesala del discurso de odio), con la posibilidad de frenar y prevenir su propagación en lugar de reaccionar de forma tardía. Con todo, debemos seguir profundizando en la validez de esta propuesta metodológica y en su conversión futura en una guía de buenas prácticas para medios de comunicación u otros agentes educativos. Se requiere, asimismo, perfeccionar los elementos que componen el código de análisis y valorar agregar otros nuevos que puedan servir para detectar discriminaciones menos intensas y en ocasiones casi imperceptibles.

**DÉCIMA.-** El lenguaje de los derechos de las personas migrantes es una línea de investigación que nos ha suscitado tal interés que continuaremos profundizando en ella durante los próximos años. Por ello, esta tesis doctoral no ha de ser comprendida como un punto de llegada que pone fin al estudio exhaustivo de un tema complejo, transversal y apasionante, sino como un auténtico punto de partida para seguir indagando las conexiones y divergencias que presenta el trinomio regulación-lenguaje-información con relación al fenómeno migratorio. Por supuesto, desde la convicción de que todos tenemos cabida en la sociedad, y con la esperanza de que la realidad cambie si lo hacen las palabras que escojamos para vivir en ella.



## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Abella Vázquez, C. M. (2006). *Los discursos mediáticos acerca de la inmigración y el multiculturalismo en España: análisis de los editoriales de ABC, El Mundo y El País, 1994-2002* (Tesis doctoral). Universidade da Coruña.
- Aba Catoira, A. (2002). El derecho a la libre información y sus diversas manifestaciones en el nuevo contexto tecnológico. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 6, 13-52.
- Abati García, M. y Sixto García, J. (2019). Libertad de expresión y derecho al honor en España. Conflictos, evolución histórica y perspectiva internacional. *Revista Mexicana de Comunicación*, 143, 1-25.
- Acosta Sánchez, M. A. (2014). Las fronteras terrestres de España en Melilla: Delimitación, vallas fronterizas y tierra de nadie. *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, 28, 7-34.
- Agrela, B. (2002). La política de inmigración en España: reflexiones sobre la emergencia del discurso de la diferencia cultural. *Migraciones Internacionales*, 2, 93-121.
- Aguilar García, M. A. (2015). *Manual práctico para la investigación y enjuiciamiento de odio y discriminación*. Catalunya: Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.
- Aierbe, P. (2001). No soy racista, pero... *Revista Mugak*, 15. Recuperado 13 de diciembre de 2022, de <http://mugak.eu/revista-mugak/no-15/no-soy-racista-pero>.
- Alcácer Guirao, R. 2012. Discurso del odio y discurso político. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-02, 02:1-02:32.
- Alcácer Guirao, R. (2020). *La libertad del odio. Discurso intolerante y protección penal de minorías*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Allué Buiza, A. Los derechos fundamentales en Turquía, un claro retroceso. (2016). *Teoría y realidad constitucional*, 38, 471-485.



- Alonso García, E. (1984). *La interpretación de la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Álvarez Álvarez, E. (2020). Capítulo I. Indiferencia y extrañidad: Distancia social y resentimiento como origen del discurso del odio. Reflexiones desde la sociología de Zygmunt Bauman. En Z. Combalía y M.P. Diago y A. González-Varas (Eds.), *Libertad de expresión y discurso de odio por motivos religiosos* (pp. 42-62). Zaragoza: Ediciones del Licregdi.
- Álvarez Conde, E. y Tur Ausina, R. (2021). *Manual de Derecho Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- Álvarez-Gálvez, J. (2017). Modelos teóricos sobre los efectos de los medios de comunicación de masas. *Repositorio Institucional de la Universidad Complutense de Madrid*.
- Álvarez Rodríguez, A. (2000). La nueva ley española de extranjería. ¿Ruptura e incumplimiento de Tampere. ¿Innovación o seguimiento del modelo italiano? *Revista Migraciones*, 7, 89-135.
- Álvarez Rodríguez, I. (2018). Lenguaje inclusivo y Derecho. *Derecho y Cambio Social*. 1-24.
- Anchondo Paredes, V. E. (2012). Métodos de interpretación jurídica. *Quid Iuris*, 16, 33-58.
- Andreu, E. (2019). Estirpes transterradas. En Comité Especializado de Inmigración (Ed.), *El fenómeno migratorio en España. Reflexiones desde el ámbito de la Seguridad Nacional* (pp. 13-17). Madrid: Ministerio de la Presidencia (Gobierno de España).
- Arcos Urrutia, J. M., Mhanna Mhanna, E. y Solves Almela, J. (2021). Tratamiento periodístico de las personas refugiadas en la prensa española (2015-2017). En A. M. Bañón Hernández y J. Solves Almela (Eds.), *Discurso lingüístico y migraciones* (pp. 265-299). Madrid: Arco/libros.
- Arendt, H. (1943). We Refugees. *The Menorah Journal*, 31(1), 69-77.

- Arteaga Martín, F. (2019). Las lecciones aprendidas de la crisis de los “cayucos” de 2006. *El fenómeno migratorio en España: reflexiones desde el ámbito de la Seguridad Nacional / Comité Especializado de Inmigración (aut.)*, 245-251.
- Atienza Rodríguez, M. (2009). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Aya Onsalo, A. (2018). Capítulo 7. Delitos de odio, evolución legislativa y perspectiva actual. En J.M. Landa Gorostiza y E. Garro Carrera (Eds.), *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española* (pp. 303-322). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ayestarán, M. (2021). *Jerusalén, santa y cautiva. Desde el corazón de la Ciudad Vieja a la eternidad*. Madrid: Ediciones Península.
- Aznar, H. (1998). La autorregulación de la comunicación: entre el Estado y el mercado. *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, 1.
- Balaguer Callejón, F. (2004). La construcción del lenguaje jurídico en la Unión Europea. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 1.
- Balaguer Callejón, F. (2021). *Manual de Derecho Constitucional. Volumen II Derechos y libertades fundamentales. Deberes constitucionales y principios rectores. Instituciones y órganos constitucionales*. Madrid: Tecnos.
- Balaguer Callejón, M. L. (2008). Género y lenguaje. Presupuestos para un lenguaje jurídico igualitario. *Revista de Derecho Político*, 73, 71-100.
- Balaguer Callejón, M. L. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Barber, B. (2004). *Democracia fuerte: política participativa para una nueva época*. España: Editorial Almuzara.

- Bárbulo, T. (2004). Gobierno y PP insisten en luchar contra la entrada ilegal en España. *El País*. Recuperado 13 de mayo de 2022, de [https://elpais.com/diario/2004/01/14/espana/1074034816\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2004/01/14/espana/1074034816_850215.html).
- Baño León, J. M. (1988). La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución Española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 24, 155-179.
- Bañón Hernández, A. M. (1996). *Racismo, discurso periodístico y didáctica de la lengua*. Almería: Universidad de Almería.
- Bañón Hernández, A. M. y Solves Almela, J. (2021). *Discurso lingüístico y migraciones*. Madrid: Arco/libros.
- Barraca Mairal, J. (2009). El lenguaje de los derechos humanos y la cuestión de los límites: Algunas sugerencias de E. Lévinas. *Prisma Jurídico*, 2, 315-336.
- Bauman, Z. (2008). *Archipiélago de excepciones*. Madrid: Katz Editores.
- Bauman, Z. (2016). *Extraños llamando a la puerta*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Beck, U. (2006). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Benítez Eyzaguirre, L. (2017). Enredados en el odio y sus discursos. *Contar sin odio, odio sin contar. Visibilidad y contranarrativas del discurso del odio en los medios para futuros periodistas*, 4-12.
- Bernal-Triviño, A. y Clares-Gavilán, J. (2019). Uso del móvil y las redes sociales como canales de verificación de fake news. El caso de maldita.es. *Profesional De La información*, 28(3). <https://doi.org/10.3145/epi.2019.may.12>.
- Berger, G. (2020). Los periodistas, más que la tecnología, son la clave para abordar el discurso del odio. Recuperado 16 de abril de 2023, de <https://www.unesco.org/es/articulos/los-periodistas-mas-que-la-tecnologia-son-la-clave-para-abordar-el-discurso-del-odio>.

- Berrocal Gonzalo, S., Redondo García, M. y Campos Domínguez, E. (2012). Una aproximación al estudio del infoentretenimiento en Internet: origen, desarrollo y perspectivas futuras. *AdComunica, Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, 4, 63-79.
- Bhabha, J. (2020). *Time for a reset: Implications for child migration policies arising from COVID-19*. Geneva: International Organization for Migration (IOM).
- Blesa Aledo, P. (2006). La crisis de credibilidad de los medios de comunicación en las democracias occidentales: poder y globalización *BOCC*.
- Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho*. Bogotá: Editorial Temis.
- Bogado Bordazar, L. (2012). Perspectiva histórica de la evolución migratoria en el ámbito de la Unión Europea. *Relaciones Internacionales*, 43, 89-114.
- Boira, P. (2021). España y los apátridas saharauis: 45 años de un conflicto sin resolver. *Newtral*. Recuperado 22 de junio de 2022, de <https://www.newtral.es/apatridas-espana-saharauis-conflicto-cuantos/20210821/>.
- Bonet Pérez, J. (2004). La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. En F. Gómez Isa (Ed.), *La protección internacional de los derechos humanos en los albores del siglo XXI* (pp. 309-353). Bilbao: Universidad de Deusto.
- Boris, B. (2017). África no es un país. Recuperado 12 de abril de 2019, de: <https://www.altairmagazine.com/360/contarnos/africa-no-es-un-pais/>.
- Borrat, H. (1989). El Periódico: actor del sistema político. *Anàlisi: Quaderns de comunicació i cultura*, 12, 67-80.

- Bustos, R. (1994). El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 85, 261-289.
- Cabanellas, G. (1989). *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Tomo IV*. Buenos Aires: Editorial Heliasta.
- Capilla, M. (2015). Los nuevos ‘gabilondos’. Los periodistas que crean opinión y marcan tendencia electoral. *El siglo de Europa*, 31-38.
- Cardoso Carballo, J. M. (2001). Violencia, inmigración y xenofobia: el periodismo, frente a los grandes retos informativos. *Revista Latina de Comunicación Social*, 41.
- Carrera, S. (2020). The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain. A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders? *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Research Paper, Working Papers RSCAS*.
- Carrillo, M. (1988). Derecho a la información y veracidad informativa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 23, 187-206.
- Casero Ripollés, A. (2007). Discurso mediático, inmigración e ilegalidad: legitimar la exclusión a través de la noticia. En R. Zapata Barrero y T. Van Dijk (Eds.), *Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones* (pp. 69-92). Barcelona: Edicions Bellaterra.
- Castaño Madroñal, A. (2000). Una sociedad ahogada en un “mar de plásticos”: factores precipitantes de una persecución étnica. *Actas del II congreso inmigración en España*.
- Castells, M. (1998). *The Rise of the Network Society (The Information Age: Economy, Society, Culture; v.1)*. Oxford: Blackwell Publishers.
- Castillo Blanco, F. A. (2003). El principio de seguridad jurídica, especial referencia a la certeza en la creación del Derecho. *Documentación administrativa*, 263-264, 21-72.

- Catalá, L. y Nieto, M. (2018). Identidad supranacional europea en un contexto de crisis. *OBETS. Revista de Ciencias Sociales*, 13(1), 15-43. doi: 10.14198/OBETS2018.13.1.01.
- Cebolla Boado, H. y González Ferrer, A. (2008). *La inmigración en España (2000-2007): del control de flujos a la integración de los inmigrantes*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ceriani Cernadas, P. (2016). El lenguaje como herramienta de la política migratoria. *Revista SUR*, 23, 97-112.
- Cervati, A. A. (2006). El Derecho Constitucional entre método comparado y ciencia de la cultura (El pensamiento de Peter Häberle y la exigencia de modificar el método de estudio del Derecho Constitucional). *ReDCE*, 5, 297-326.
- Champeil-Desplats, V. (2020). *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, 22, 119-134.
- Charaudeau, P. (2009). Análisis del discurso e interdisciplinariedad en las ciencias humanas y sociales. En L. Puig (Ed.), *El discurso y sus espejos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Checa, J. C. y Arjona, A. (2011). Españoles ante la inmigración: el papel de los medios de comunicación. *Comunicar*, 19(37), 141-149.
- Chocrón Giráldez, A. M. (2011). Víctimas extranjeras de violencia de género: derechos y medidas de protección. En F. J. García Castaño y N. Kressova. (Eds.), *Actas del I Congreso Internacional sobre Migraciones en Andalucía* (pp. 2159-2167). Granada: Instituto de Migraciones.
- Cicerón, M. T. (2002). *De Oratore*. España: Editorial Gredos.
- Climent Gallart, J. (2016). La jurisprudencia del tedh sobre el “interés público” como el elemento fundamental de la libertad de expresión. *Actualidad jurídica iberoamericana*, 5(1), 285-293.

- Climent Gallart, J. (2017). De nuevo sobre el reportaje neutral: el TEDH lo ampara bajo la libertad de prensa. Recuperado 20 de febrero de 2020, de <https://idibe.org/noticias-legales/de-nuevo-sobre-el-reportaje-neutral-el-tedh-lo-ampara-bajo-la-libertadde-prensa/>.
- Cohen, B. C. (1963). *The Press and Foreign Policy*. Princeton: Princeton University Press.
- Correcher Mira, J. (2020). Discurso del odio y minorías: redefiniendo la libertad de expresión. *Teoría y Derecho*, 28, 166-191.
- Cortina, A. (2016). Somos un diálogo. Recuperado 11 de abril de 2023, de <https://aniversario.elpais.com/somos-un-dialogo/>.
- Cortina, A. (2016). Para qué sirve la democracia. Recuperado 11 de junio de 2020, de [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1154013](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1154013).
- Cortina, A. (2017). *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la sociedad democrática*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Cortina, A. (2017). ¿Cómo superar los conflictos entre el discurso del odio y la libertad de expresión en la construcción de una sociedad democrática? *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1, 77-92.
- Crespo Fernández, E. (2008). El léxico de la inmigración: atenuación y ofensa verbal en la prensa alicantina. En M. Martínez Lirola (Ed.), *Inmigración, discurso y medios de comunicación*. (pp. 45-64). Alicante: Instituto Alicantino de Cultura Juan Gil Albert.
- Cuchumbé Holguín, N. J. (2008). Reconocimiento de las identidades colectivas: aproximación desde la perspectiva de Jürgen Habermas. *Praxis Filosófica*, 27, 103-120.
- Cué Barberena, R. (2022). Argelia suspende tratado de cooperación con España por disputa del Sahara Occidental. *France 24*. Recuperado 18 de mayo de 2022, de <https://>

[www.france24.com/es/europa/20220608-argelia-suspende-tratado-de-cooperaci%C3%B3n-con-espa%C3%B1a-por-disputa-del-sahara-occidental](http://www.france24.com/es/europa/20220608-argelia-suspende-tratado-de-cooperaci%C3%B3n-con-espa%C3%B1a-por-disputa-del-sahara-occidental).

- De Castro Sánchez, C. (2013). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos - TEDH - Sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Jamaa y otros. c. Italia, 27765/09. Artículo 3 y 13 del CEDH; Artículo 4 del Protocolo no 4 - Tortura y tratos inhumanos y degradantes - derecho a un recurso efectivo - prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1746, 1119-1135.
- De Domingo, T. D. (2001). *¿Conflictos entre derechos fundamentales? Un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- De Lara González, A. (2022). Retos de la divulgación de la inteligencia artificial en los cybermedios españoles. *Contratexto: revista de la Facultad de Comunicación de la Universidad de Lima*, 38, 205-226.
- De Lucas Martín, J. (2016). *Mediterráneo: el naufragio de Europa*. Valencia: Tirant Humanidades.
- De Lucas Martín, J. (2016). Refugiados e inmigrantes: Por un cambio en las políticas migratorias y de asilo. *Pasajes: Revista de pensamiento contemporáneo*, 50, 92-113.
- De Lucas Martín, J. (2018). Es muy sencillo: educar en derechos humanos. Recuperado 14 de noviembre de 2022, de <https://ctxt.es/es/20180808/Firmas/21172/Javier-de-Lucas-ESO-asignatura-civica-etica-derechos-humanos.htm>.
- De Lucas Martín, J. (2019). La cultura de los derechos. Recuperado 20 de marzo de 2020, de [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1185855](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1185855).
- De Lucas Martín, J. (2020). Devoluciones en caliente: la hora del legislador. Recuperado 12 de diciembre de 2022, de [https://www.infolibre.es/opinion/luces-rojas/devoluciones-caliente-hora-legislador\\_1\\_1184241.html](https://www.infolibre.es/opinion/luces-rojas/devoluciones-caliente-hora-legislador_1_1184241.html).



- De Lucas Martín, J. (2020). El derecho contra los derechos. Recuperado 13 de diciembre de 2022, de [https://www.infolibre.es/opinion/luces-rojas/devoluciones-caliente-hora-legislador\\_1\\_1184241.html](https://www.infolibre.es/opinion/luces-rojas/devoluciones-caliente-hora-legislador_1_1184241.html).
- De Lucas Martín, J. (2021). Capítulo 11. Cara y cruz del lenguaje del derecho ante las manifestaciones de movilidad humana. De la precisión conceptual al fobotipo. En A.M. Bañón Hernández y J. Solves Almela, *Discurso lingüístico y migraciones* (pp. 299-313). Madrid: Arco/libros.
- De Miguel Bárcena, J. (2023). Lenguaje y Constitución. *Claves de Razón Práctica*, 287, 20-30.
- Desantes-Guanter, J. M. (1991). De la libertad de expresión al derecho a la información. *Revista Persona y Derecho*, 24, 23-48.
- De la Quadra-Salcedo, A. (2021). Límites a la libertad de expresión, un análisis técnico-jurídico. Recuperado 28 de febrero de 2022, de <https://www.fieldfisher.com/es-es/locations/espana2/actualidad/limites-a-la-libertad-de-expresion-un-analisis-te>.
- De Verda y Beamonte, J. R. y Parada, O. (2012). La colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (deber de veracidad y reportaje neutral). *Revista boliviana de derecho*, 14, 122-139.
- De Verda y Beamonte, J. R. (2015). Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿una nueva sensibilidad de los tribunales? *Derecho Privado y Constitución*, 29, 389-436. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/dpc.29.10>.
- De Vreese, C. (2005): News framing: Theory and typology. *Information Design Journal*, 13(1), 51-62.

- Díaz-Campo, J., Chaparro-Domínguez, M.A. y Rodríguez-Martínez, R. (2018). Los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils en la prensa online. Tratamiento informativo en El periódico, El País y The guardian. *El profesional de la información*, 6, 1358-1367.
- Díaz López, J. A. (2012). *El odio discriminatorio como circunstancia agravante de la responsabilidad penal* (Tesis doctoral). Universidad Autónoma de Madrid.
- Díaz López, J. A. (2015). La reforma de la agravante genérica de discriminación. Recuperado 12 de marzo de 2020, de <http://litigacionpenal.com/reforma-agravante-generica-discriminacion/>.
- Díaz Nosty, B. (2015). La banalización del periodismo, *Cuaderno de Periodistas*, 31.
- Díaz Revorio, F. J. (2016). Interpretación de la Constitución y juez constitucional. *IUS: revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 37, 9-31.
- Díaz Revorio, F. J. (2021). De la dignidad a las medidas antidiscriminatorias: reflexiones sobre los derechos de los migrantes. En J. M. Porras Ramírez y M. D. Requena de Torre (Eds.), *La inclusión de los migrantes en la Unión Europea y España. Estudio de sus derechos* (pp. 93-116). Navarra: Aranzadi.
- Dobbs, D. (2013). Genes inquietos. *National Geographic España*, 3201, 16-29.
- Doherty, B. (2015). Call me illegal: The semantic struggle over seeking asylum in Australia. Recuperado 20 de abril de 2023, de <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/>
- Domingo Oslé, R. (2009), Patriotismo constitucional. Recuperado 29 de junio de 2022, de <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derechoconstitucional/patriotismo-constitucional-2009-06-11/>.
- Dopico Gómez-Aller, J. (2005). Delitos cometidos por motivos discriminatorios: una aproximación desde los criterios de legitimación de la pena. *Revista General de Derecho Penal*, 4.

- Dumortier, F. (2009). Facebook y los riesgos de la descontextualización de la información. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, 9, 25-41.
- Durham, F. (2001). Breaching Powerful Boundaries: A Postmodern Critique of Framing”. En S. Reese, O. Gandy, A. Grant (Eds.), *Framing public life. Perspectives on media and our understanding of the social world* (pp. 123-136). Mahwah, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.
- Eagleman, D. (2013). *Incógnito. Las vidas secretas del cerebro*. Barcelona: Anagrama.
- El Bakkali, M. A. (2018). Devolución en caliente hispano-marroquí. *Revista Barataria*, 445-460.
- El Mundo. (1996). *Libro de estilo*. Madrid: Temas de Hoy.
- El País. (2021). *Libro de estilo*. Madrid: Editorial Aguilar.
- Entman, R. (1993). Framing: Toward a clarification of a fractured paradigm. *Journal of Communication*, 3, 51-58.
- Escobar Roca, G. (2008). La libertad de expresión y el derecho a la información en la era de Internet. Recuperado 25 de marzo de 2023, de <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/la-libertad-de-expresion-y-el-derecho-la-informacion-en-la-era-de-internet>.
- Eseverri Mayer, C. (2007). La "revuelta urbana" de los hijos de los inmigrantes en Francia. *Migraciones Internacionales*, 4(2), 189-200.
- Espelt, E. (2011). La construcción del discurso racista hacia “los inmigrantes”. *Revista Mugak*, 57, 20-26.
- Esquivel Gámez, I., Umaña Aguilar, J. y Domínguez Sánchez, N. A. (2021). Plataformas de redes sociales: Mecanismos de Persuasión y de Protección. En REDINE (Ed.), *Conference Proceedings CIVINEDU* (pp. 744-749). Madrid, Spain: Redine.

- Estrada Villaseñor, C. (2019). ¿Cuál es el papel de los medios de comunicación al hablar de inmigración? *The Conversation*.
- Fazio Vengo , H. (2003). Globalización y guerra: una compleja relación. *Revista de Estudios Sociales*, 16, 42-56.
- Fernández-Arias, F. (2007). Iniciativas lideradas por el Estado para acabar con la discriminación racial: La experiencia de España. Recuperado 7 de marzo de 2023, de <https://www.un.org/es/chronicle/article/iniciativas-lideradas-por-el-estado-para-acabarcon-la-discriminacion-racialla-experiencia-de-espana>.
- Fernández Artiach, P. y Ortiz Gisbert, R. (2021). Arraigo social. *Clinica Jurídica per la Justicia Social*. 8(21).
- Fernández Pérez, A. (2016). *Los derechos fundamentales y libertades públicas de los extranjeros en España. Una visión desde la doctrina del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Fernández Pérez, A. (2021). La ilegalidad del rechazo en frontera y de las devoluciones “en caliente” frente al Tribunal de Derechos Humanos y al Tribunal Constitucional. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2, 190-208. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6255>.
- Ferrajoli, L. (2019). Políticas contra los migrantes y crisis de la civilidad jurídica. *Revista Crítica Penal y Poder*, 18, 182-193.
- Ferrajoli, L. (2022). *Por una Constitución de la Tierra*. Madrid: Trotta Editorial.
- Ferrari, V. (1987). *Funzioni del diritto*. Roma/Bari: Editorial Laterza.
- Ferré, M. (2016). Turquía, el verdugo de la UE. Recuperado 19 de marzo de 2022, de <https://static1.squarespace.com/static/5298cdf1e4b069bc9bebdca6/t/56e596769f726641586f791e/1457886841003/MIREIA+FERRÉ+-+TURQUÍA%2C+EL+VERDUGO+DE+LA+UE.pdf>

- Festinger, L. (1957). *A theory of cognitive dissonance*. Estados Unidos: Stanford University Press.
- Figueroba, Á. (2017). Espiral del silencio: ¿qué es y cuáles son sus causas? Recuperado 10 de diciembre de 2022, de <https://psicologiaymente.com/social/espiral-del-silencio>.
- Fogg, B. J. (2009). A behavior model for persuasive design. *Proceedings of the 4th international Conference on Persuasive Technology*, 1-7.
- Forsthoff, E. (1973). *Estado de Derecho en mutación. Trabajos constitucionales 1954-1973*. Madrid: Tecnos. Última reedición: 2015.
- Freidenberg, F. (2004). Los medios de comunicación de masas: ¿también son actores? *USAL*, 1-17.
- Freixes Montes, J. (1996). La protección constitucional de la libertad de expresión en Estados Unidos: ¿Un modelo para Europa? *Derecho Privado y Constitución*, 10, 269-296.
- Frosini, V. (1995). *La letra y el espíritu de la Ley*. Barcelona: Ariel Derecho.
- Fuentes Osorio, J. L. (2005). Los medios de comunicación y el Derecho Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 07-16, 16:1-16:51.
- Fuentes Osorio, J. L. (2017). El odio como delito. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 19, 1-52.
- Galiana Saura, Á. (2000). La relevancia de la técnica legislativa en la elaboración de las leyes: un análisis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre Extranjería. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 17, 247-272.
- Gallego-Díaz, S. (2016). La era de la política posverdad. Recuperado 17 de marzo de 2023, de [https://elpais.com/elpais/2016/09/23/opinion/1474647422\\_293415.html](https://elpais.com/elpais/2016/09/23/opinion/1474647422_293415.html)
- Garcés-Mascareñas, B. (2015). Por qué Dublín no funciona. *Notes Internacionals CIDOB*, 135.

- Garcés-Mascareñas, B. (2019). Ser o no ser: deficiencias del sistema estatal de acogida. *CIDOB*, 214.
- Garcés-Mascareñas, B. (2021). Las migraciones como arma política. *CIDOB Opinión*, 669.
- Garcés-Mascareñas, B. (2022). Por qué esta crisis de refugiados es distinta. *CIDOB Opinión*, 708.
- Garcés-Mascareñas, B. y López-Sala, A. (2021). Inmóviles, varados y excluidos: los efectos de la COVID-19 en el régimen internacional de asilo. *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, 129, 7-2. [doi.org/10.24241/rcai.2021.129.3.7](https://doi.org/10.24241/rcai.2021.129.3.7).
- García-Avilés, J. A. (2015). *Comunicar en la sociedad red. Teorías, modelos y prácticas*. Barcelona: Editorial UOC.
- García-Avilés, J. A. (2016). La información ya no es lo que era. Diez propuestas sobre el periodismo en la Sociedad Red. *RAE-IC: Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, 5(3), 1-8.
- García de Madariaga, J. M. y Arasanz Esteban, I. (2019). Aprendices explotados: Precarización del trabajo periodístico a través de una lógica abusiva de becas y prácticas. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 37(1), 49-66.
- García-Escudero Márquez, P. (2018). 40 años de técnica legislativa. *Revista de las Cortes Generales*, 104, 179-213.
- García España, E. (2017). Centros de Internamiento de extranjeros. Motivos para su desaparición. *Boletín criminológico*, 172, 1-6.
- García García, J. (2017). Respuestas y problemas jurídicos frente al discurso del odio. *Contar sin odio, odio sin contar. Visibilidad y contra-narrativas del discurso del odio en los medios para futuros periodistas*, 73-84.

- García, L. y Montoto, L. (2022). 2022 ya es el segundo año que más saltos a la valla de Melilla ha registrado en la última década. Recuperado 23 de marzo de 2023, de <https://www.newtral.es/saltos-vallas-melilla-ceuta/20220625/>.
- García Magariño, S. (2019). La cuestión de la identidad y de los migrantes, *Entre Letras*.
- García Mahamut, R. (2010). Reflexiones constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: el régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y en España a la luz de la nueva ley de asilo y de la protección subsidiaria. *Revista de Derecho Político*, 78, 43-93.
- García Mahamut, R. y Galparsoro, J. (2010). *Régimen jurídico del derecho de asilo en la Ley 12/2009*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García Majado, P. (2022). Capítulo 3. La regulación jurídica del odio. En Favieres. P. (Ed.), *Igualdad de trato y no discriminación: discurso de odio y delito de odio hacia la población migrante y refugiada* (pp. 54-97). Madrid: Comisión Española de Ayuda al Refugiado.
- García-Planas, P. (2020). *Crónicas de larga distancia. Odio*. Barcelona: Colectivo 5W.
- García Ruiz, A. (2019). Los olvidados de la movilidad humana: migración y desplazamiento de personas frente al desafío climático y medioambiental. *Crítica penal y poder: una publicación del Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos*, 18, 134-144.
- García Vitoria, I. (2018). Una década sin reglamento de asilo en España. Obstáculos e interpretaciones divergentes. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 116-128. [doi.org/10.24241/AnuarioCIDOBInmi.2018.116](https://doi.org/10.24241/AnuarioCIDOBInmi.2018.116).
- Garro Carrera, E. (2018). Capítulo 1. Los discursos de odio en el ordenamiento jurídico penal alemán: el “laberinto dogmático” del tipo de incitación a la población del 130 StGB. En J. M. Landa Gorostiza y E. Garro Carrera (Eds.), *Delitos de odio: Derecho comparado y regulación española* (pp. 27-76). Valencia: Tirant Lo Blanch.

- Gascón Cuenca, A. (2012). Evolución jurisprudencial de la protección ante el discurso del odio en España en la última década. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 26, 310-340.
- Gascón Cuenca, A. (2015). La nueva regulación del discurso del odio en el Ordenamiento Jurídico español: la modificación del artículo 510 CP. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 32, 72-92.
- Gerbner, G. y Gross, L. (1976). Living With Television: The Violence Profile. *Journal of Communication*. <https://doi.org/10.1111/j.1460-2466.1976.tb01397.x>
- Gerbner, G., Gross, L., Morgan, M. y Signorielli, N. (1986). Living with television: The dynamics of the cultivation process. In J. Bryant & D. Zillman (Eds.), *Perspectives on media effects*. Hilldale, NJ: Lawrence Erlbaum Associates.
- Giardina, F. y Márquez-Lepe, E. (2021). La representación de la mujer migrante musulmana en la prensa italiana. *Migraciones, Publicación Del Instituto Universitario De Estudios Sobre Migraciones*, 2.
- Giberti, E. (2008). Sexismo. Recuperado 20 de marzo de 2023, de <https://salud.gob.ar/dels/entradas/sexismo>.
- Gil-Bazo, M. T. (1998). The role of Spain as a gateway to the schengen area: Changes in the asylum law and their implications for human rights. *International Journal of Refugee Law*, 1-2, 214-229.
- Gil-Bazo, M. T. (1999). *El derecho al asilo como derecho subjetivo del individuo en derecho internacional: especial referencia al derecho europeo* (Tesis doctoral). Universidad de Deusto.
- Gimeno Presa, M. C. (2003). La interpretación literal de la Ley. *Anuario de filosofía del derecho*, 20, 131-150.



- Giró, X. y Jarque, J. M. (2007). El discurso editorial sobre inmigración de El País, La vanguardia, El Periódico y Avui, desde El Ejido hasta la cumbre europea de Sevilla (1999-2002). En R. Zapata Barrero y T. Van Dijk (Eds.), *Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones* (pp. 17-44). Barcelona: Edicions Bellaterra.
- Glucksmann, A. (2005). *El discurso del odio*. Madrid: Taurus.
- Gómez, N., Palacios, A. y Pérez, L. (2021). *Justicia restaurativa en casos de odio y discriminación*. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya.
- Gómez Zamora, L. J. (2018). Comentario al Real Decreto-Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud. *Revista Gabilex*, 15.
- González Cámara, N. (2010). De indeseables a ilegales: una aproximación a la irregularidad migratoria. *Arbor: Ciencia, pensamiento y cultura*, 744, 671-687.
- González-Castro, J. (2023). La comunicación del miedo en la política de Vox: elecciones en Castilla y León y Andalucía 2022. *Revista ICONO 14. Revista Científica De Comunicación Y Tecnologías Emergentes* 21(1). <https://doi.org/10.7195/ri14.v21i1.1912>.
- González-Domínguez, C. (2017). Líder de opinión y opinión pública. Hacia una reflexividad epistemológica de los conceptos. *Revista mexicana de opinión pública*, 22, 15-32.
- González-Enríquez, C. (2016). La inmigración y el Brexit: un referéndum inútil. Recuperado 14 de diciembre de 2022, de <https://www.realinstitutoelcano.org/comentarios/la-inmigracion-y-el-brex-it-un-referendum-inutil/>.
- González Pérez, J. (1993). Honor y libertad de información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 1, 315-340.
- Gorjón Barranco, M. A. (2020). *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

- Greenhill, K. M. (2015). *Weapons of mass migration: Forced Displacement, Coercion, and Foreign Policy*. Estados Unidos: Cornell Studies in Security Affairs.
- Gutiérrez David, M. E. y Alcolea Díaz, G. (2010). El "discurso del odio" y la libertad de expresión en el Estado democrático. *Derecom*, 2.
- Häberle, P. (2000). Métodos y principios de la interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. Recuperado 20 de abril de 2023, de <https://www.ugr.es/~redce/REDCE13/articulos/Haeberle.htm>.
- Häberle, P. (2002). *La Constitución como cultura*. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- Habermas, J. (1989). *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos.
- Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro: estudios de teoría política*. Barcelona: Editorial Paidós.
- Harari, Y. N. (2014). *Sapiens. De animales a dioses: Una breve historia de la humanidad*. España: Debate.
- Herías Fernández, B. M. (2012). *Los apátridas como grupo vulnerable: concepto y regulación*. Oviedo: Repositorio Institucional digital de la Universidad de Oviedo.
- Hernández Melgar, C. (2016). *Derechos fundamentales y migración internacional* (Tesis doctoral). Universidad de Castilla-La Mancha.
- Hernando Bernardino, M. (1990). *Lenguaje de la prensa*. Madrid: Editorial Eudema.
- Herrero de la Fuente, M. (2022). Cómo hemos llegado a esta posverdad: redes sociales y desinformación. Recuperado 19 de marzo de 2022, de <https://elobrero.es/opinion/88479-como-hemos-llegado-a-esta-posverdad-redes-sociales-y-desinformacion.html>.
- Hesse, K. (1983). *Concepto y cualidad de la Constitución, Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

- Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hobbes, T. (2003). *Leviatán*. Buenos Aires: Losada.
- Hustvedt, S. (2019). Discurso pronunciado en el Premio Princesa de Asturias de las Letras 2019, en la ceremonia de entrega. Recuperado 30 de abril de 2023, de <https://www.fpa.es/multimedia-es/videos/discurso-de-siri-hustvedt-en-la-ceremonia-de-2019.html>
- Huter, R. (2020). Las fuentes de información periodística. Recuperado 22 de marzo de 2023, de <https://perio.unlp.edu.ar/catedras/taideportivo/wp-content/uploads/sites/113/2020/09/Huter-Las-fuentes-de-informacion-periodistica.pdf>.
- Ibarra, E. (2019). Desinformación, Intolerancia y Discurso de Odio en las Redes Sociales e Internet. *Cuadernos de análisis*, 67, 5-34.
- Igartua, J. J. y Muñiz, C. (2004). Encuadres noticiosos e inmigración: Un análisis de contenido de la prensa y televisión españolas. *Revista de Estudios de Comunicación*, 16.
- Igartua, J. J., Muñiz, C. y Cheng, L. (2005). La inmigración en la prensa española. Aportaciones empíricas y metodológicas desde la teoría del encuadre noticioso. *Migraciones, Publicación Del Instituto Universitario De Estudios Sobre Migraciones*, 17, 143-181.
- Igartua, J. J., Muñiz, C., Otero, J. A. y de la Fuente, M. (2007). El tratamiento informativo de la inmigración en los medios de comunicación españoles. Un análisis de contenido desde la Teoría del Framing. *Estudios Sobre El Mensaje Periodístico*, 13, 91–110.
- Iglesias Lozano, I. (2021). Los medios tienen la palabra. *La República*. Recuperado 20 de marzo de 2021, de <https://www.larepublica.co/analisis/ignacioiglesias-lozano-2561915/los-medios-tienen-la-palabra-3169183>.
- Iturralde, V. (1989). *Sistema legal y lenguaje jurídico*. Madrid: Tecnos.

- Jarvis, J. (2015). *El fin de los medios de comunicación de masas. ¿Cómo serán las noticias del futuro?* Barcelona: Gestión 2000.
- Jiménez Campos, P. A. (2003). Refugiados y apátridas, su inserción laboral en España. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, 72, 105-116.
- Jiménez García, D. (2019). *El director*. Madrid: Libros del K.O.
- Jiménez de Parga, M. (2003). Justicia constitucional e Inmigración. *Iustel*. Recuperado 2 de mayo de 2022, de [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1002366](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1002366).
- Kantt, N. (2016). Banlieues, los barrios sensibles de París. *La Nación*. Recuperado 3 de noviembre de 2022, de <https://www.lanacion.com.ar/lifestyle/banlieues-los-barrios-sensibles-de-paris-nid1862441/>.
- Kappler, J. T. (1960). *The Effects of Mass Communication. An Analysis of Research on the Effectiveness & Limitations of Mass Media in Influencing the Opinions, Values & Behaviour of Their Audiences*. New York: Free Press.
- Katz, E., Blumler, J. y Gurevitch, M. (1974). Utilization of mass communication by the individual. En E. Katz, J. G. Blumler y M. Gurevitch (Eds.), *The uses of mass communications: Current perspectives on gratifications research* (pp. 19-32). London: Sage.
- Katz, E., Gurevitch, M. y Haas, H. (1973). On the use of the mass media for important things. Recuperado 18 de diciembre de 2022, de <https://repository.upenn.edu/cgi/>.
- Katz, E. y Lazarsfeld, P. (1970). *La influencia personal, el individuo en el proceso de comunicación de masas*. Hispano-Europe.
- Kaya, A. (2017). Populismo e inmigración en la Unión Europea. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 52-79.

- Kazyrytski, L. (2013). Revueltas urbanas de jóvenes inmigrantes: Francia y España. Un análisis comparativo. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-32.
- Kelsen, H. (1979 a) *Teoría general del derecho y del estado*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (1979 b): *Teoría pura del derecho*. México: Editorial Porrúa.
- Klapper, J. T. (1960). *The effects of mass communication*. New York: Free Press.
- Klatt, M. (2017). *Hacer el derecho explícito. Normatividad semántica en la argumentación jurídica*. Madrid: Marcial Pons.
- Krippendorff, K. (1990). *Metodología de análisis de contenido. Teoría y Práctica*. Barcelona: Paidós Comunicación.
- Kua, E., Reder, M. y Grossel, M. J. (2004). Science in the News: A Study of Reporting Genomics. *Public Understanding of Science*, 13, 309–22.
- Lawlor, A. y Tolley, E. (2017). Deciding Who's Legitimate: News Media Framing of Immigrants and Refugees. *International Journal of Communication*, 11, 967-991.
- Landa Gorostiza, J. M. (2018). *Los delitos de odio*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Landa Gorostiza, J. M. y Garro Carrera, E. (2018). *Delitos de odio: Derecho Comparado y Regulación Española*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Landa Gorostiza, J. M. (2020). Delitos de odio y estándares internacionales: una visión crítica a contra corriente. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22(19), 1-34.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2010). La libertad de expresión tenía un precio. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 69-78.

- Lasswell, H. D. (1971). The structure and function of communication in society. In Schramm, W. & Roberts, D. F. (Eds.), *The Process and Effects of Mass Communication* (pp. 84-99). Urbana: University of Illinois Press. Original published in Lyman Bryson (1948) (Ed.), *The Communication of Ideas*. New York: The Institute for Religious and Social Studies.
- Laurenzo Copello, P. (2019). La manipulación de los delitos de odio. En G. Portilla Contreras y F. Velásquez Velásquez (Eds.), *Un juez para la democracia: libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez* (pp. 453-468). Madrid: Dykinson.
- Laurenzo Copello, P. (2021). Un delito en busca de justificación: la humillación o descrédito de colectivos discriminados. *Revista Azafea*, 23, 83-106. <https://doi.org/10.14201/azafea20212383106>.
- Lavander, S. M. (2019). Patrones de cobertura periodística: frames genéricos y frames de nivel en las elecciones presidenciales peruanas del 2016. *Conexión*, 11, 13-36. <https://doi.org/10.18800/conexion.201901.001>.
- Lazarsfeld, P., Berelson, B. y Gaudet, H. (1944). *The People's Choice*. New York: Duell, Sloan and Pearce.
- Lippmann, W. (2003). *La opinión pública*. Madrid: Cuadernos de Langre.
- López de Lera, D. (1995). La inmigración a España a fines del siglo XX: los que vienen a trabajar y los que vienen a descansar. *Reis*, 71-72(95), 225-245.
- López Flores, E. (2013). La Pobreza y su relación con la Migración como problema social. *La Revista De Derecho*, 32, 85–117. <https://doi.org/10.5377/lrd.v32i0.1252>.
- López-Meri, A., Rodríguez-Martínez, R. y Ramón-Vegas, X. (2020). Ética periodística y uso de imágenes en los atentados terroristas de Barcelona y Cambrils. Un análisis comparado de 14 medios digitales nacionales e internacionales. *Anàlisi: Quaderns de Comunicació i Cultura*, 63, 19-34. <https://doi.org/10.5565/rev/analisi.3275>.

- López Ortega, A. I. (2022). Vox y la inmigración: por qué crear un problema que no existe. Recuperado 12 de diciembre de 2022, de <https://agendapublica.elpais.com/noticia/18223/vox-inmigracion-crear-problema-no-existe>.
- López-Sala, A. (2021). Luchando por sus derechos en tiempos de COVID-19. Resistencias y reclamaciones de regularización de los migrantes sinpapeles en España. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 61, 83-96. <http://dx.doi.org/10.1590/1980-85852503880006106>
- Lozano Maneiro, B. (2008). Inmigrantes: el viaje hacia la exclusión social. Recuperado 13 de abril de 2023, de <https://webs.ucm.es/centros/cont/descargas/documento23588.pdf>.
- MacCormick, N. (2011). Argumentación e interpretación en el Derecho. *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 33, 65-78.
- Macioce, F. (2022). El valor y la importancia política de los grupos vulnerables. *Revista de Estudios Políticos*, 195, 245-265. <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.195.09>
- Magallón Rosa, R. (2021). La agenda que queda fuera de los medios. Desinformación y fact-checking sobre (in)migración. *Migraciones*, 52.
- Manchón, F. (2020). El Pacto sobre Migración y Asilo ¿una nueva oportunidad para Europa? *Instituto Español de Estudios Estratégicos*, 152.
- Manzanedo, C. (2019). Diversas perspectivas de la relación entre pobreza y migraciones. Recuperado 20 de mayo de 2022, de <https://coordinadoraongd.org/2019/10/diversas-perspectivas-de-la-relacion-entre-pobreza-y-migraciones/>.
- Manzanos, C. (2010). Prejuicios racistas hacia los “menas”. Recuperado 2 de marzo de 2022, de <https://www.noticiasdealava.eus/opinion/2010/03/02/prejuicios-racistas-menas-1903248.html>.

- Marín, V. (2020). Regularización de extranjeros en 2020 ¿Cómo sería? Recuperado 2 de diciembre de 2020, de <https://www.parainmigrantes.info/regularizacion-de-extranjeros-en-2020-como-seria/>.
- Mármola, L. (1997). *Las políticas de Migraciones Internacionales*. Buenos Aires: Alianza.
- Martínez, P. (2021). ¿Podemos diferenciar entre opinión pública y opinión publicada? Recuperado 8 de abril de 2023, de <https://be-confluence.com/podemos-diferenciar-entre-opinion-publica-y-opinion-publicada/>.
- Martínez-Calcerrada Gómez, L. (2013). La responsabilidad civil y el daño moral. *Anales de la Real Academia de Doctores de España*, 1, 57-67.
- Martínez Albertos, J. L. (1994). La tesis del perro-guardián: revisión de una teoría clásica. *Estudios sobre el mensaje periodístico*, 1, 13-25.
- Martínez Escamilla, M. (2009). Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 62, 253-281.
- Martínez Escamilla, M. (2020). Las «devoluciones en caliente» tras la sentencia de la Gran Sala TEDH, de 13 febrero 2020 (N.T. y N.D. vs España). *Revista Jueces para la Democracia: Información y Debate*, 61-71.
- Martínez Fernández, A., Juanetey Boga, Ó., Orosa González, J. y Rodríguez Campo, L. (2017). La teoría de Noelle-Neumann sobre la espiral del silencio aplicada a las audiencias de la telebasura. *Comunicación*, 21.
- Martínez Soos, P., Rodríguez Meneses, J., Rodríguez Téllez, I. y Serrano García, A. B. (2018). La invisibilidad de los microracismos. *Revista E-innova*, 1-13.
- Maza, C. (2022). La inmigración en UK no se reduce, solo cambia. ¿Es el control que prometía el Brexit? *El Confidencial*. Recuperado 2 de enero de 2023, de <https://>



[blogs.elconfidencial.com/mundo/europa/la-isla/2022-05-04/inmigracion-reino-unido-promesa-recuperar-el-control-brexit\\_3418614/](https://blogs.elconfidencial.com/mundo/europa/la-isla/2022-05-04/inmigracion-reino-unido-promesa-recuperar-el-control-brexit_3418614/).

Mazkarian, M. (2004). Recorrido por las leyes de extranjería en España, *Revista Mugak*, 29.

McCombs, M. y Shaw, D. (1972). The Agenda-Setting Function of Mass Media. *The Public Opinion Quarterly*, 36(2), 176-187.

McCombs, E. M., Shaw, D. L. y Weaver, D. H. (2014). New Directions in Agenda-Setting Theory and Research. *Mass Communication and Society*, 17, 781-802.

Mcluhan, M. (1994). *Comprender los medios de comunicación. Las extensiones del ser humano*. Barcelona: Editorial Paidós SAICF.

Mesa, M. (2012). *La imagen del Sur: Clichés y estereotipos sobre la población del sur: Unidad didáctica de Educación Intercultural*. Madrid: Fundación Hogar del Empleado (Centro de Investigación para la Paz).

Mhanna Mhanna, E. y Bañón Hernández, A. M. (2021). Los refugiados en el discurso periodístico español. Actores y estrategias en los géneros de opinión. En A. M. Bañón Hernández y J. Solves Almela (Eds.), *Discurso lingüístico y migraciones* (pp. 157-179). Madrid: Arco/libros.

Miró Llinares, F. (2016). Taxonomía de la comunicación violenta y el discurso del odio en Internet. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*, 22, 93-118.

Molina Cabañate, J. P. y Magallón Sosa, R. (2019). Procedimientos para verificar y desmontar informaciones falsas basadas en el discurso del odio. El caso de Maldita migración. *Revista de la Asociación Española de Investigación de la Comunicación*, 12, 2019, 95-122.

Monereo Pérez, J. L. y y López Insua, B. D. M. (2019). Un paso atrás en la universalidad del acceso a la asistencia sanitaria de las personas inmigrantes en España: comentario jurídico-crítico a

la sentencia del tribunal supremo de 13 de mayo de 2019. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 6, 1-12. [https://doi.org/10.55104/RJL\\_00067](https://doi.org/10.55104/RJL_00067).

Montolío, E y Tascón, M. (2020). *El derecho a entender. La comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía*. Madrid: Los Libros de la Catarata.

Morcillo Marco, P. (2021). *La desnaturalización del derecho de asilo desde un análisis comprensivo del contexto nacional y europeo en materia de asilo y refugio: propuestas para la mejora de la protección internacional en España* (Tesis doctoral). Universidad de Valencia.

Moreno Amador, G. (2021). *La búsqueda de asilo en España: políticas de refugio, derechos y ciudadanía* (Tesis doctoral). Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

Moreno Fuentes, F. J. y De Figueiredo Ferreira, S. (2013). Inmigración, sanidad, crisis económica y politización de la inmigración en España. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, 40, 27-47.

Moreu Carbonell, E. (2020). Nuestro lenguaje: el giro lingüístico del Derecho. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, 313-362. doi: 10.37417/RPD/vol\_1\_2020\_29.

Mudde, C. (2016). Europe's Populist Surge: A Long Time in the Making. *Foreign Affairs* 95(6). 25-30.

Müller, J. W. (2016). *What is populism?* Philadelphia: University of Pennsylvania Press.

Muñiz, C. (2011). Encuadres noticiosos sobre migración en la prensa digital mexicana. Un análisis de contenido exploratorio desde la teoría del framing. *Convergencia, Revista de Ciencias Sociales*, 55, 213-239.

- Muñiz Muriel, C., Igartua Perosanz, J. J., Montse de la Fuente J. y Otero Parra, J. A. (2009). Narrando la inmigración: análisis del tratamiento informativo y evaluación de los efectos de las noticias en España. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 207.
- Naïr, S. (2016). *Refugiados. Frente a la catástrofe humanitaria, una solución real*. Barcelona: Crítica.
- Narváez Llinares, Á. y Pérez Rufi, J.P. (2022). Fake news y desinformación sobre migración en España: prácticas del discurso xenófobo en redes sociales y medios online según la plataforma Maldita Migración. *Estudios sobre el mensaje periodístico*, 26(28), 841-854.
- Nastasache, A. y Martínez Jiménez, B. (2021). Libertad de expresión, delitos de odio y VIH: a propósito de un cartel. Recuperado 20 de marzo de 2020, de <https://www.sidastudi.org/es/registro/a53b7fb378a8e0800178f43e048f00dd>.
- Navarro Atienza, M. A. (2015). *Manual práctico de técnica normativa*. Serovilla: Junta de Andalucía.
- Neuman, R., Just, M. y Crigler, A. (1992). *Common knowledge*, Chicago: University of Chicago Press.
- Niñoles Galvañ, A. y Ortega Giménez, C. (2020). Discurso del odio en radio: análisis de los editoriales de las cadenas COPE y SER tras la llegada del Aquarius a España. *Miguel Hernández Communication Journal*, 11(1), 117-138. <http://dx.doi.org/10.21134/mhcj.v11i0.317>.
- Noelle-Neumann, E. (1993). *The Spiral of Silence-Our Social Skin*. Chicago: The University of Chicago Press.
- Noriega, C. A. e Iribarren, J. (2009). Hate Speech on Commercial Talk Radio. Preliminary Report on a Pilot Study. *Latino Policy & Issues Brief, UCLA*, 22.

- Notario Rocha, M. L. y Cárdenas Rica, M. L. (2020). Xenophobia and Fake News. Analysis of the confused news flow. Maldita Migración Project. *IROCAMM-International Review Of Communication And Marketing Mix*, 1, 75-91.
- Núñez Vaquero, Á. (2011). Hans Kelsen: Preface. On Interpretation. *Revista en Cultura de la Legalidad*, 1, 173-184.
- Ochoa Ruiz, N. (2020). Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Asunto N.D. y N.T. c. España [GC\_], demandas nos 8675/15 y 8697/15, sentencia de la Gran Sala de 13 de febrero de 2020. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9.
- Orenga, J. (2022). *Impactos del uso de las nuevas tecnologías digitales en la libertad de expresión*. Barcelona: Institut de Drets Humans de Catalunya.
- Ortega Giménez, A. (2016). ¿Qué diferencias existen entre refugiados e inmigrantes? En J.A. Parejo, B. Sánchez, y B. Becerril (Eds.), *Migración y asilo: nuevos retos y oportunidades para Europa* (pp. 115-139). Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Ortega Giménez, A., Heredia Sánchez, L. y Lorente Martínez, I. (2021). *Práctica del derecho de la nacionalidad y de la extranjería en España*. Madrid: Sepin.
- Ortega Giménez, C. (2020). El concepto de migrante: contornos difusos en un contexto desigualitario. *Diario La Ley*, 9626.
- Ortega Giménez, C. y Tur Ausina, R. (2023). Midnight in Paris. ¿Cualquier tiempo pasado fue mejor?. En A. Ortega Giménez y L.S. Heredia Sánchez (Eds.), *Arte, cine, derecho y comercio internacional* (pp. 125-144). Pamplona: Editorial Aranzadi.
- Ortega Gutiérrez, D. (1999). *Derecho a la información versus derecho al honor*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Orwell, G. (2013). *1984*. España: Editorial DeBolsillo.

- Otero López, M. L. y López García, X. L. (2012). Cómo las fuentes gubernamentales se cuelan en los infográficos de los medios impresos. *Estudios sobre el mensaje periodístico*, 1, 173-192.
- Pano Alamán, A. La política del hashtag en Twitter. *Innovación en Comunicación Política*, 152, 49-68.
- Pariser, E. (2017). *El filtro burbuja: cómo la web decide lo que leemos y pensamos*. España: Taurus.
- Parra, J. (2020). ¿Es posible una regularización masiva de inmigrantes en España? Recuperado 10 de marzo de 2021, de <http://romuloparraabogado.com/es-posible-una-regularizacion-masiva-de-inmigrantes-en-espana>.
- Perceval, J. M. (2008). Evolución del término ‘inmigración’: entre la Academia y los medios. En A. M. Bañón y J. Fornieles (Eds.), *Manual sobre comunicación e inmigración* (pp. 111-120). San Sebastián: Tercera Prensa, S.L.
- Pérez Curiel, C. (2008). Comunicación política: un reto para la especialización de periodistas y fuentes. *Ámbitos*, 17, 251-269. <http://dx.doi.org/10.12795/Ambitos.2008.i17.16>.
- Pérez Escoda, A. y Rubio Romero, J. (2022). *Redes sociales, ¿el quinto poder? Una aproximación por ámbitos al fenómeno que ha transformado la comunicación pública y privada*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pérez Luño, A. E. (1984). La interpretación de la Constitución. *Revista de las Cortes Generales*, 1, 82-134.
- Pérez Luño, A. y Pérez Luño, E. C. (2022). Itinerarios deontológicos del lenguaje jurídico y parlamentario. *Revista de las Cortes Generales*, 114, 39-80. <https://doi.org/10.33426/rcg/2022/114/1715>.
- Pérez Martín, L. A. (2022). Los niños migrantes abandonados en España encaran 2022 con mayor protección y dignidad. *The Conversation*. Recuperado 3 de marzo de 2023, de <https://theconversation.com/los-ninos-migrantes-abandonados-en-espana-encaran-2022-con-mayor-proteccion-y-dignidad-173606>.

- Pérez Villalobos, M. (2017). La crisis de los refugiados y el derecho de asilo en la Unión Europea. *Anales de Derecho, 1*.
- Pérez Vera, E. (2019). Inmigración: retos para el Derecho del siglo XXI. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Peña Cascales, P. (2011). Barber y la idea de democracia fuerte. *Revista Tales, 4*, 279-290.
- Picado Vargas, C. A. (2014). Los valores y la interpretación material, sistemática y evolutiva de la Constitución y los Derechos Humanos a la luz del tridimensionalismo jurídico. *Revista Justicia, 25*.
- Pinteric, U. (2005). National and supranational identity in context of the European integration and globalization. *Društvena Istraživanja, 14*(3), 401–402.
- Pinto, M. (1997). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, 163-172.
- Plutarco (1572). *Moralia*. Grecia romana.
- Popper, K. (2010). *La sociedad abierta y sus enemigos*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- Portilla Contreras, G. (2016). Lección 10. La represión penal del discurso del odio. En F. J. Álvarez García (Ed.), *Tratado de Derecho Penal español. Parte Especial. IV Delitos contra la Constitución* (pp. 379-412). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Portilla Contreras, G. (2018). La incitación al odio: ¿debe seguir siendo delito? *Eldiario.es*. Recuperado 20 de marzo de 2020, de [https://www.eldiario.es/andalucia/novus-orbis/incitacion-odio-debe-seguir-delito\\_132\\_2009087.html](https://www.eldiario.es/andalucia/novus-orbis/incitacion-odio-debe-seguir-delito_132_2009087.html).

- Pozo Montes, Y. y León-Manovel, M. (2020). Plataformas *fact-checking*: las *fakes news* desmentidas por Newtral en la crisis del coronavirus en España. *Revista Española de Comunicación en Salud, 1*. <https://doi.org/10.20318/recs.2020.5446>.
- Powell, C., Molina, I. y Martínez, J. P. (2020). España y la crisis del coronavirus: una reflexión estratégica en contexto europeo e internacional. *Real Instituto Elcano*. Recuperado 20 de junio de 2022, de <https://www.realinstitutoelcano.org/monografias/espana-y-la-crisis-del-coronavirus-una-reflexion-estrategica-en-contexto-europeo-e-internacional/>.
- Presno Linera, M. A. (2017). ¿Discursos del odio o discursos odiosos? Recuperado 7 de marzo de 2020, de <https://www.diariodemallorca.es/opinion/2017/02/03/discursos-odio-o-discursos-odiosos-3473290.html>.
- Presno Linera, M. A. (2019). La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional. *Cuadernos digitales de formación del Consejo General del Poder Judicial – Delitos de expresión en una sociedad democrática*, 1-32.
- Presno Linera, M. A. (2021). Capítulo 12. Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio. En L.E. Ríos Vega e I. Spigno (Eds.), *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas*. (pp. 323-354). México: Tirant Lo Blanch.
- Presno Linera, M. A. (2022). Capítulo 2. La vulnerabilidad. En Favieres. P. (Ed.), *Igualdad de trato y no discriminación: discurso de odio y delito de odio hacia la población migrante y refugiada* (pp. 30-53). Madrid: Comisión Española de Ayuda al Refugiado.
- Presno Linera, M. A. y Teruel Lozano, G. M. (2017). *La libertad de expresión en América y Europa*. Lisboa: Juruá.
- Puertas Cartón, N. y Samper Seró, C. (2016). El ascenso de García Albiol. Politización del discurso migratorio y aplicación de la teoría del *agenda setting* en las elecciones locales de 2011. *Papers*, 137-168.

- Quirós, P. (2018). ¿Por qué decimos ahora migrante en lugar de inmigrante? Recuperado 2 de febrero de 2020, de <https://www.diariosur.es/sociedad/decimos-migrante-lugar-20180629120853-nt.html>.
- Rebollo Vargas, R. (2018). Capítulo 7. Controversias y propuestas interpretativas sobre la agravante de discriminación por razón de odio. En J.M. Landa Gorostiza y E. Garro Carrera (Eds.), *Delitos de odio: Derecho Comparado y Regulación Española* (pp. 195-219). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Retis, J. (2006). La construcción social de la inmigración latinoamericana. Discursos, imágenes y realidades. *Amérique Latine Histoire et Mémoire. Les Cahiers ALHIM*, 12.
- Rey Martínez, F. (2015). Racismo líquido. Recuperado 20 de marzo de 2023, de <https://blogs.publico.es/otrasmiradas/3829/racismo-liquido/>.
- Rey Martínez, F. (2018). Los discursos del odio en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. En M.I. Álvarez Vélez y C. Vidal (Eds.), *La Constitución Española: 1978-2018* (pp. 307-322). Madrid: Francis Lefebvre.
- Rey Martínez, F. (2019). *Derecho antidiscriminatorio*. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Riemer, L. (2019). The ECtHR as a drowning ‘Island of Hope’? Its impending reversal of the interpretation of collective expulsion is a warning signal. Recuperado 12 de abril de 2022, de <https://verfassungsblog.de/the-ecthr-as-a-drowning-island-of-hope-its-impending-reversal-of-the-interpretation-of-collective-expulsion-is-a-warning-signal/>.
- Riffe, D. y Freitag, A. (1997). A Content Analysis of Content Analyses: Twenty-Five Years of Journalism Quarterly. Recuperado 12 de marzo de 2023, de <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/107769909707400414>.
- Río Ruiz, M. A. (2002). El disturbio de El Ejido y la segregación de los inmigrantes. *Revista Andaluza de Ciencias Sociales*, 1, 79-107.



- Rivas Nieto, P. y F. Plaza, J. (2015). Pautas para la cobertura periodística de actos terroristas. Propuesta de un modelo informativo de responsabilidad democrática. *Estudios Sobre El Mensaje Periodístico*, 21(2), 1027-1223.
- Roberts, D. (2010). Post-truth politics. Recuperado 9 de marzo de 2023, de <https://grist.org/article/2010-03-30-post-truth-politics/>.
- Rodríguez Benot, A. (2015). Las leyes actuales no las entienden ni los juristas, están mal escritas. Recuperado 12 de febrero de 2023, de [https://www.diariodesevilla.es/sevilla/leyes-actuales-entienden-juristas-escritas\\_0\\_927807529.html](https://www.diariodesevilla.es/sevilla/leyes-actuales-entienden-juristas-escritas_0_927807529.html).
- Rodríguez Rey, A. y Bezunartea Valencia, O. (2019). Periodismo local y fuentes dominantes. El caso de la información sobreaeronáutica en la prensa local sevillana. *Textual & Visual Media: revista de la Sociedad Española de Periodística*, 12, 1-31.
- Rojo Torrecilla, E. (2013). ¿Volvemos al debate entre control de la inmigración y políticas de integración, entre seguridad y libertad? Un apunte a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LO 14/2003. *El Blog de Eduardo Rojo*. Recuperado 13 de febrero de 2022, de <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/02/volvemos-al-debate-entre-control-de-la.html>.
- Rojo Torrecilla, E. (2021). Ampliación de la posibilidad de solicitar la autorización de residencia por arraigo laboral. *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 5, 1-8.
- Rubio Velasco, M. F. (2021). El arduo camino hacia la universalidad de la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares en España. *e-Revista Internacional de la Protección Social*, 1, 343-369.
- Rubio Castro, A. y Bodelón González, E. (2011). *Lenguaje jurídico y género: sobre el sexismo en el lenguaje jurídico*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

- Ruiz de Huidobro, J. M. (2000). La Ley Orgánica 4/2000: Historia de un desencuentro y razón de su desenfoque jurídico. *Migraciones*, 7, 57-88.
- Salazar, R. (2009). La nueva estrategia de control social. Miedo en los medios y terror en los espacios emergentes. *Quórum Académico*, 2.
- Sánchez García, F. (2010). *Estudio pragmático del discurso periodístico político español. A propósito de los debates sobre el Estado de la Nación* (Tesis doctoral). Universidad de Granada.
- Sánchez-Legido, Á. (2021). El reconocimiento del derecho a solicitar protección internacional en las embajadas y consulados de España (A propósito de la STS 3445/2020). *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 41. doi: 10.17103/reei.41.06.
- Sánchez Lobato, J. (2006). *Saber escribir*. Madrid: Instituto Cervantes y Santillana Ediciones Generales.
- Sánchez-Montijano, E. y Sánchez-Margalef, H. (2016). Los temas de campaña Brexit (II): La inmigración. *Politikon.es*. Recuperado 12 de diciembre de 2022, de <https://politikon.es/2016/05/12/los-temas-de-campana-brexit-ii-la-inmigracion/>.
- Sanhermelando, J. (2016). Así son las diferencias entre los CIE de España y el resto de Europa. *El Español*. Recuperado 22 de marzo de 2023, de [https://www.elespanol.com/espana/politica/20161020/164484562\\_0.html](https://www.elespanol.com/espana/politica/20161020/164484562_0.html).
- Sartori, G. (2012). *Homo videns: la sociedad teledirigida*. Madrid: Taurus.
- Savigny, F. K. V. (1840). *Sistema de Derecho Romano Actual*. España: Comares.
- Seijas Villadangos, E. (2021). El papel de la Constitución en la defensa de la democracia frente al populismo. *Revista Jurídica de la Universidad de León*, 8, 447-468.

- Seijas Villadangos, E. (2022). El pulso del populismo global a la constitución: Pinceladas de un escenario distópico. En R. Tur Ausina (Ed.), *Sujetos, derechos y lealtad constitucional* (pp. 85-115). Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- Seixas Vicente, I. (2021). Un viaje por los centros de internamiento para extranjeros. En A. V. Parra González (Ed.), *Políticas públicas en defensa de la inclusión, la diversidad y el género. III Migraciones y Derechos Humanos* (pp. 415-423). Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Soler García, C. (2018). La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España. *Revista General de Derecho Europeo* 45, 107-160.
- Solves-Almela, J. y Arcos-Urrutia, J. M. (2020). ¿Ha cambiado la cobertura periodística de las migraciones en España? Una visión de los periodistas especializados. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico* 27(1), 257-268. <https://dx.doi.org/10.5209/esmp.71342>.
- Sosa Navarro, M. (2020). Devoluciones en caliente a la luz de la doctrina de la conducta culpable: el asunto *N.D. y N.T. contra España* ante el TEDH. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 67, 1039-1061. <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.67.08>.
- Reinoso Barbero, F. (2014). El lenguaje jurídico entre las bromas y las veras. Recuperado 20 de enero de 2023, de [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1128749](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1128749).
- Revilla Guijarro, A. (2019). La mujer migrante: representación e imagen social en la prensa española. Recuperado 13 de enero de 2023, de <https://value.universidadeuropea.com/la-mujer-migrante-representacion-e-imagen-social-en-la-prensa-espanola/>.
- Roda Fernández, R. (1989/2001). *Medios de comunicación de masas. Su influencia en la sociedad y en la cultura contemporáneas*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.

- Rodino, A. M. (2015). La educación con enfoque de derechos humanos como práctica constructora de inclusión social. *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 61, 201-223.
- Rodríguez Díaz, R. (2004). *Teoría de la agenda-setting, aplicación a la enseñanza universitaria*. Alicante: Observatorio Europeo de Tendencias Sociales.
- Rodríguez Díaz, R. y Mena Montes, N. (2008). Opinión Pública y frames: La crisis de los cayucos. *Revista Latina de Comunicación Social*, 11(63).
- Rodríguez Duque, L. (2021). El rechazo en frontera ante los tribunales. Comentario a las Sentencias del TEDH de 13 de febrero de 2020 (caso N.D. y N.T. c. España) y del Tribunal Constitucional español de 19 de noviembre de 2020 (no 172/2020). *Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR)*, 40.
- Rodríguez Montañés, T. (2012). *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Rodríguez-Vergara Díaz, Á. (2016). *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Rosenfeld, M. (2003). El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo. *Pensamiento Constitucional*, 11, 153-198.
- Ruiz-Alba, N. y Sussi de Oliveira, J. (2019). Análisis de dos modelos exitosos de Fact-Checking: Maldita.es y Newtral. Recuperado 22 de marzo de 2023, de <https://2019.comunicacionypensamiento.org/ponencia/analisis-de-dos-modelos-exitosos-de-fact-checking-maldita-es-y-newtral/>.
- Sádaba Garraza, T. (2001). Origen, aplicación y límites de la “teoría del encuadre” en comunicación. *Communication & Society* 14(2), 143-175.

- Salec Gordo, Z. (2017). *La agravante por odio y discriminación en el Código Penal. El artículo 22.4 del Código Penal*. Madrid: Biblioteca Digital de la Universidad de Alcalá.
- Sánchez, E. (2022). La teoría de usos y gratificaciones. *La mente es maravillosa*. Recuperado 19 de enero de 2023, de <https://lamenteesmaravillosa.com/la-teoria-de-usos-y-gratificaciones/>.
- Sánchez Ramírez, J. L. y Albo Cos, Ú. (2022). Analysis of migration through the interface: Melilla, the living border. *Hipertext.net*, 25, 73-86. <https://doi.org/10.31009/hipertext.net.2022.i25.08>.
- Sanjurjo Rebollo, B. (2009). *Manual de derecho de la información. Una perspectiva legal para un mundo cada día más mediático*. Madrid: Dykinson.
- Santamaría Ibeas, J. (1993). Los derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional: los infraderechos de los extranjeros en España. Reflexiones sobre la jurisprudencia constitucional. *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 2, 495-518.
- Shaw, D. L., McCombs, M., Weaver, D. H. y Hamm, B. J. (1999). Individuals, groups, and agenda melding: A theory of social dissonance. *International Journal of Public Opinion Research* 11(1), 2-24.
- Schlumpf, S. (2019). Construcción del colectivo guineoecuadoriano en España a través de la prensa: El País y La Vanguardia (2010-2018). *Discurso & Sociedad*, 2, 287-324.
- Sedikides, C. y Brewer, M. B. (2001). *Individual self relational self collective self*. Philadelphia: Psychology Press.
- Semetko, H. y Valkenburg, P. (2000). Framing European politics: a content analysis of press and television news. *Journal of Communication*, 50(2), 93-109.
- Séneca (65 d. de C.). *Epistulae Morales ad Lucilium*. Roma.

- Simón, P. (2020). Las razias de El Ejido: veinte años no son nada. *La marea*. Recuperado 20 de noviembre de 2022, de <https://www.lamarea.com/2020/02/08/el-ejido-ano-2000-disturbios-inmigracion/>.
- Solanes Corella, Á. (2010). Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España: 1985-2010. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 90, 77-101.
- Solanes Corella, Á. (2014). Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española. *Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá*, 7, 181-210.
- Solanes Corella, Á. (2019). La discriminación racial o étnica: marco jurídico, formas y protección. *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 17, 36-67.
- Solanes Corella, Á. (2020). Protección y principio de non-refoulement en la Unión Europea. *Scio*, 19, 2020, 27-62.
- Solanes Corella, Á. (2020). Devoluciones en caliente: una opinión disidente frente al TEDH en el caso N. D y N. T. c. España. *Fundación CEPALM*, 12, 7-11.
- Solozábal, J. J. S. (1991). Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales. *Revista de estudios políticos*, 32, 73-113.
- Spinoza, B. (1677). *Ética demostrada según el orden geométrico*. Roma.
- Stuart Mill, J. (2017). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Susín Betrán, R. (2015). Inmigración y barreras en la ciudadanía. El miedo al otro y el derecho a la democracia plural. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 227-251.

- Tena, R. (2018). El caso del Aquarius y las razones humanitarias. Recuperado 12 de junio de 2020, de <https://hayderecho.expansion.com/2018/06/13/el-caso-del-aquarius-y-las-razones-humanitarias>.
- Tenorio, P. (2016). El derecho comparado como argumento de las decisiones del Tribunal Constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 275-305. <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.108.09>.
- Teruel Lozano, G. M. (2017). El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27.
- Teruel Lozano, G. M. (2018). Cuando las palabras generan odio: límites a la libertad de expresión en el ordenamiento constitucional español. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 114, 13-45. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc114.01>.
- Ther, F. (2021). Los refugiados en el discurso del Parlamento Europeo. Estudio contrastivo del léxico en español y alemán. En A. M. Bañón Hernández y J. Solves Almela (Eds.), *Discurso lingüístico y migraciones* (pp. 207-237). Madrid: Arco/libros.
- Ticktin, M. (2015). Los problemas de las fronteras humanitarias. *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, 2, 291-297. doi:10.3989/rdtp.2015.02.001.03.
- Tirado-Espín, A., Cuesta Cambra, U. y Almeida-Galárraga, D. (2020). Agenda-setting e inmigración. análisis crítico del discurso y frecuencia en los medios. Estudio descriptivo de investigaciones en revistas científicas desde 2015 a 2020. *Revista Iberica de Sistemas e Tecnologias de Informacao*, 35, 289-301.
- Tirado Espín, C.A. (2022). *Análisis del frame y la agenda de la prensa y televisión en España sobre la migración y sus efectos en los jóvenes españoles: un enfoque psicosocial* (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid.
- Todorov, T. (2008). *El miedo a los bárbaros*. España: Galaxia Gutenberg.

- Torres del Moral, A. (2005). Interpretación teleológica de la Constitución. *Revista de derecho político*, 63, 9-38.
- Torres del Moral, A. (2010). *Principios de derecho constitucional español. Tomo I: Sistema de fuentes. Sistema de los derechos*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Tortajada, I., D'argemir, D. y Martínez, R. (2014). Inmigración, crisis económica y discursos radiofónicos: hacia un lenguaje excluyente. *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 2, 899-916.
- Uriarte, L. M. y Acevedo, M. (2018). Sociedad Red y transformación digital: hacia una evolución de la consciencia de las organizaciones. *Economía industrial*, 407, 35-49.
- Tur Ausina, R. (2008). Igualdad y no discriminación por razón de sexo en Naciones Unidas. Proceso de evolución hacia el género en el contexto de la mundialización de las estrategias para la igualdad de mujeres y hombres. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 11, 247-292.
- Tur Ausina, R., De Lara González, A. y Ortega Giménez, C. (2023). El Caso Vinicius Jr: ¿discurso de odio, discurso odioso... y pan y circo? *Diario La Ley*, 10266.
- Unzurrunzaga, A. (2013). La inmigración como chivo expiatorio. *Revista Mugak*, 54.
- Valcárcel y Bernaldo de Quirós, A. (2018). La gramática no es la vida. Recuperado 19 de enero de 2023, de [https://elpais.com/elpais/2018/07/31/opinion/1533052838\\_433227.html](https://elpais.com/elpais/2018/07/31/opinion/1533052838_433227.html).
- Valero-Matas, J. A., Coca, J. R. y Valero Oteo, I. (2014). Economic crisis and its socio-economic impact on immigration in Spain. *Papeles de población*, 80.
- Valiente Martínez, F. (2017). *Límites constitucionales al discurso del odio* (Tesis doctoral). Universidad Pontificia Comillas de Madrid.



- Valiente Martínez, F. (2022). El resarcimiento de los daños causados por el discurso del odio. *Revista de Filosofía moral y política*, 67. <https://doi.org/10.3989/isegoria.2022.67.08>.
- Vallés Ferrero, M. (2016). ¿Vallas al asilo? Apuntes sobre el sistema de protección internacional en España. *Anuario CIDOB de la Inmigración*, 226-245.
- Valpuesta Fernández, R. (2007). Comentarios a la Ley para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. *Actualidad del Centro de Estudios Andaluces*.
- Van Dijk, T. (1997). *Racismo y análisis crítico de los medios*, Barcelona: Paidós Comunicación.
- Van Dijk, T. (2010). Análisis del discurso del racismo. *Crítica y Emancipación*, 3, 65-94.
- Van Dijk, T. (2009). *Discurso y poder*. Barcelona: Gedisa.
- Van Dijk, T. (2011). Discourse Analysis of Racism. En J. Stanfield (Ed.), *Rethinking Race and Ethnicity in Research Methods*. Nueva York: Routledge.
- Vargas, J. (2018). Efecto llamada: los datos que echan por tierra el mantra racista del “efecto llamada” tras el Aquarius. *Diario Público*. Recuperado 20 de abril de 2019, de <https://www.publico.es/sociedad/muertes-frontera-sur-mil-muertos-800-olvidados-vida-muerte-fronteras-espanolas.html>.
- Vargo, C. J., Guo, L., McCombs, M. y Shaw, D. L. (2014). Network issue agendas on Twitter during the 2012 US presidential election?. *Journal of Communication*, 64(2), 296-316.
- Vázquez Aguado, O. (1999). Negro sobre blanco: inmigrantes, estereotipos y medios de comunicación. *Comunicar*, 12, 55-60.
- Vergottini, G. D. (2010). *Más allá del diálogo entre tribunales. Comparación y relación entre jurisdicciones*. Madrid: Civitas Thomson Reuters.

- Velasco, J. C. (2008). Metáforas migratorias. Recuperado 20 de marzo de 2019, de <https://www.madrimasd.org/blogs/migraciones/2008/04/24/89979>.
- Vestri, G. (2012). Inmigración y extranjería. En camino hacia el Tratado de Amsterdam. *Boletín mexicano de derecho comparado*, 134.
- Vidal Fueyo, M. C. (2001). La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional. *Revista española de Derecho constitucional*, 21, 179-220.
- Vidal Fueyo, M. C. (2009). La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 85, 353-379.
- Villa Gómez, J. D., Velásquez Cuartas, N., Barrera Machado, D. y Avendaño Ramírez, M. (2020). El papel de los medios de comunicación en la fabricación de recuerdos, emociones y creencias sobre el enemigo que facilitan la polarización política y legitiman la violencia. *El Ágora USB*, 20(1), 18-49. doi: 10.21500/16578031.4642.
- Villatoro, V. (2002). Los medios de comunicación ante la inmigración. La responsabilidad de informar, la responsabilidad de convivir. *Quaderns del CAC*, 12, 3-11.
- Viver Pi-Sunyer, C. (1996). Técnica legislativa: estado de la cuestión y balance (provisional) de una década. *Autonomies*, 21, 15-31.
- Waldron, J. (2012). *The Harm in Hate Speech*. Cambridge: Harvard University Press.
- Walsh, C. (2005). ¿Qué es la interculturalidad y cuál es su significado e importancia en el proceso educativo? *La Interculturalidad en la educación*, Ministerio de Educación, Dirección Nacional de Educación Bilingüe Intercultural, 4-7.
- Yael Santana, M. (2019). *La percepción de prejuicios en la inmigración de los estudiantes universitarios en sus series de ficción favoritas* (Tesis doctoral). Universidad del País Vasco.

- Yturbe, C. (2008). Sobre El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos de Juan Antonio Cruz Parceró. *Isonomía*, 29.
- Zagrebelsky, G. (2013). Constitucionalismo. *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, 29, 19-38.
- Zapata-Barrero, R. (2007). Política del discurso sobre inmigración en España: discurso reactivo y discurso proactivo en los debates parlamentarios. *Discurso & Sociedad*, 1(2), 317-369.
- Zarauza-Valero, T. (2021). La representación de los refugiados en TVE. En A. M. Bañón Hernández y J. Solves Almela (Eds.), *Discurso lingüístico y migraciones* (pp. 237-265). Madrid: Arco/libros.
- Zizek, S. (2016). What our fear of refugees says about Europe. Recuperado 12 de diciembre de 2022, de <https://www.newstatesman.com/politics/2016/02/slavoj-zizek-what-our-fear-refugees-says-about-europe>.
- Zorrilla Barroso, J. M. (1996). *El titular de la noticia. Estudio de los titulares informativos en los diarios de difusión nacional* (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid.



## **ANEXO: INDICIOS DE CALIDAD. NORMATIVA DOCTORADO UMH**

I. Artículo de revista en coautoría con la directora de la tesis doctoral, la Dra. Tur Ausina, y la codirectora, la Dra. De Lara González: Tur Ausina, R., De Lara González, A. y Ortega Giménez, C. (2023). El Caso Vinícius Jr: ¿discurso de odio, discurso odioso... y pan y circo? *Diario La Ley*, 10266.

Se transcribe a continuación:

### **EL CASO VINÍCIUS JR: ¿DISCURSO DE ODIO, DISCURSO ODIOSO... Y PAN Y CIRCO?**

**Rosario Tur Ausina**

*Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad Miguel Hernández de Elche*

**Alicia de Lara González**

*Profesora Titular de Periodismo  
Universidad Miguel Hernández de Elche*

**Cristina Ortega Giménez**

*Doctoranda y Profesora de Derecho Constitucional  
Universidad Miguel Hernández de Elche*

**Resumen:** En el partido de fútbol que enfrentó al Real Madrid con el Club Atlético de Madrid en septiembre de 2022, se escucharon gritos de índole racista contra uno de los jugadores del equipo blanco: Vinícius Jr. Los medios de comunicación difundieron vídeos en los que se distinguía a numerosos aficionados atléticos corear "Vinícius mono" o "Muérete".

La Fiscalía de Madrid inició una investigación para apreciar la existencia de un delito de odio (en la modalidad de *hate speech*) que terminó archivando ante la falta de trascendencia de las expresiones proferidas. Aún así, el caso adquirió tal relevancia que consideramos necesario reflexionar sobre algunos interrogantes que surgieron a raíz de estos hechos: qué es un delito de odio, si el futbolista brasileño forma parte de los colectivos protegidos por nuestro Código Penal; y qué función desempeñan los periodistas y medios de comunicación en la difusión del discurso de odio racista.

En este contexto, el artículo también reflexiona sobre el papel de la educación en derechos como herramienta efectiva para luchar contra la discriminación y construir una sociedad igualitaria.

## 1. Apuntes iniciales sobre el odio y el racismo: ¿somos resilientes?

Basta con que el lector introduzca en cualquier buscador de Internet los términos “Vinícius” y “racismo” para que se tope con una serie de vídeos que muestran cómo numerosos aficionados del Club Atlético de Madrid coreaban “Vinícius, eres un mono” el pasado 18 de septiembre de 2022. Horas después, en el partido que enfrentó a los rojiblancos con el equipo madridista se escucharon gritos de “Vinícius, muérete” o “Uh, uh, uh” como signo identificativo de los primates cada vez que el brasileño disputaba un balón.

Varios medios de comunicación no tardaron en señalar un posible “discurso de odio” (*Infobae*, 20/09/2022) o lo que también se conoce como “un delito relativo al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas” (*EFE*, 23/09/2022). A partir de entonces, el jugador comenzó a sufrir episodios racistas cada fin de semana que le tocaba jugar fuera de su estadio<sup>504</sup>.

Más allá de su encaje jurídico-penal que analizaremos más adelante, parece que dichos actos están motivados por una especie de antipatía, rechazo u odio hacia el origen y color de piel del futbolista. Sin olvidar la influencia del ‘efecto manada’ que nos lleva a aceptar como válidos los razonamientos de la mayoría sin analizar si son correctos desde una perspectiva lógica. El deporte se presenta, entonces, “como una realidad dialéctica, ya que puede convertirse en fuente de integración social o en un medio de discriminación racial de acuerdo con la filosofía del sistema competitivo actual” (Durán González y Jiménez Martín, 2006, p. 69). Esto es especialmente visible en los estadios de fútbol, cuyo ambiente caracterizado por el fanatismo y la diversión empobrece la auténtica concepción del deporte, una preocupación que ya ha sido abordada en trabajos anteriores (Madrid, 2005; Viñas 2005; Erriest y Ullmann, 2010).

Esta perversión la explicaba con notable claridad Elisabeth Noelle-Neumann (1974), en su ‘teoría de la espiral del silencio’ en la que partía de la idea de que la sociedad amenaza con el aislamiento y la exclusión a los individuos que se desvían del consenso social. Esto lleva, en ocasiones, a legitimar incluso lo jurídica y políticamente intolerable, pues las personas van ajustando su

---

<sup>504</sup> El pasado 15 de marzo de 2023, la cadena americana CNN publicaba un artículo en el que señalaba el partido del 18 de septiembre de 2022 como uno de los episodios clave que desencadenaron “la campaña racista” que actualmente sufre Vinícius Jr. Además, el medio criticaba duramente a las autoridades españolas por no haber llevado a cabo ninguna medida importante para frenar dichos ataques y proteger al futbolista. Grez, M, «Vinícius Jr. es víctima de abusos racistas durante los partidos de La Liga en España. ¿Por qué no castigan a nadie?», en CNN, 15/03/2023, disponible en <https://cnnespanol.cnn.com/2023/03/15/vinicius-jr-victima-racismo-partidos-laliga-espana-no-castigo-trax/> [Última fecha de consulta: 21 de marzo de 2023].

comportamiento a las actitudes predominantes, que son las que van determinando lo que es aceptable y lo que no lo es.

El problema de fondo del miedo al aislamiento y del consecuente ‘sumarnos a lo que piensa la mayoría’, habría ido construyendo, en este caso y como en tantos otros, una cierta confianza y aceptación sobre el clima de opinión que rodea al futbolista. Este se inicia en un estadio de fútbol pero trasciende dicho espacio para extenderse por toda la sociedad, masivamente, gracias al efecto amplificador de los medios de comunicación y de las redes sociales. Todo ello viene a significar que es posible llegar al punto de que una mera valoración constante, repetitiva y ampliamente extendida en la sociedad y en los medios, de la actitud desafiante de un jugador de fútbol, pueda ‘justificar’ actitudes de odio hacia este. Sin embargo, hemos de tener claro que una actitud u opinión lesiva de la dignidad de una persona no tiene justificación alguna y es claramente odiosa (o incluso puede constituir, si se dan las circunstancias, un delito de odio) sea cual sea la actitud del deportista.

Por otro lado, pese a la amplia cobertura del suceso (lo que lo diferencia de otros incidentes idénticos sufridos por el jugador en el ámbito futbolístico), el fenómeno de desear el mal ajeno -o incluso de anhelar el mal por pura diversión- no es nuevo. En 1677, el filósofo Baruch Spinoza sostenía que era el odio lo que verdaderamente regía las relaciones entre las personas. Para el autor neerlandés, ese sentimiento nacía de la idea de que “los demás vivan según la índole propia (...), de ser alabados y amados por todos”. Y estas aspiraciones, que provienen de lo más profundo del ser, conducirían a que al final los seres humanos “acaben odiándose unos a otros”<sup>505</sup>.

Siglos más tarde, lejos de desaparecer esa “tendencia a perjudicar a los demás” (así definía Plutarco el odio), parece que esta ha alcanzado unos límites insostenibles: el Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, afirmó en una entrevista el 7 de mayo de 2020 que estábamos inmersos en un “tsunami de odio y xenofobia”<sup>506</sup>, entendida esta última como una aversión manifiesta hacia los extranjeros. Un peligro del que volvió a advertir el 25 de septiembre de 2022 desde su cuenta de Twitter: “El discurso de odio y la desinformación siguen proliferando”.

Sin perjuicio de lo complejo que puede resultar saber si realmente somos una civilización que odia más que otras del pasado, sí es fácilmente constatable que manifestar el odio resulta, a día de hoy, mucho más sencillo y barato. Y esto es así no solo por el efecto multiplicador de la información y

---

<sup>505</sup> El fragmento está extraído de su obra *Ética*, III, Pr. XXXI, Esc.

<sup>506</sup> Entrevista disponible en <https://www.unmultimedia.org/avlibrary/asset/2544/2544691/>. [Última fecha de consulta: 29 de marzo de 2023].

de la opinión que nos ofrece el espacio digital, sino también por la velocidad con que circulan ambas; y porque además lo digital tiene un componente de anonimato y de inmediatez que nos hace perder la percepción del daño personal y emocional que genera el odio.

Nuestro Ordenamiento Jurídico español no castiga el odio en sí porque, tal y como recordó nuestro Tribunal Constitucional en su STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020 (*Caso Strawberry*), no se pueden prohibir sentimientos, pensamientos o ideas. Sin embargo, sí se sanciona la comisión de un delito motivada por el odio y la incitación al mismo llevada a cabo mediante la palabra. De esta forma, surge uno de los conceptos más complicados de abordar en el ámbito del Derecho: los delitos de odio. La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) especificó, en el Consejo de Ministros celebrado en Maastricht en diciembre de 2003, que esta clase de delitos abarcaba *“toda infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo (...) que pueda estar basado en una característica común de sus miembros, como su raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar”*.

Esta definición tuvo su reflejo en la regulación que lleva a cabo nuestro Código Penal que diferencia entre actos (*hate crimes*) y discursos de odio (*hate speech*). Los primeros se recogen en la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal (art. 22.4º CP) que agrava conductas básicas cometidas por razones racistas, xenófobas y/o discriminatorias. Tómese como ejemplo la SAP 717/10, de 28 de junio de 2010, que juzga a un ciudadano español que golpeó a otro de origen africano causándole una tetraplejia inmediata; y lo condena por un delito de lesiones con la concurrencia de la agravante de discriminación racista. En los hechos probados se demostró que la agresión fue acompañada de expresiones indicativas del rechazo al colectivo al que pertenecía la víctima: “Negro hijo de puta”, “mono”; o frases en las que afirmó que “no debía estar en España porque su sitio era un jardín zoológico donde estuviera con otros monos como él”.

Por otra parte, el discurso de odio criminalizado lo encontramos en el art. 510 CP, que toma como referencia la definición adoptada en la Recomendación nº 15 de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia en 2016. El párrafo primero de este precepto se erige para el Tribunal Supremo (STS 185/2019, de 2 de abril, entre otras) como arquetipo del discurso de odio. Este dispone:



*“1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas, antigitanos u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, aporofobia, enfermedad o discapacidad”.*

El primer pronunciamiento del Tribunal Supremo conforme a la redacción actual del art. 510.1.a) es la STS 72/2018, de 9 de febrero, que enjuicia una serie de comentarios publicados por un sujeto en la red social Twitter. Observemos algunos ejemplos: “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas”; “Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias”.

La sentencia señala al respecto que *“el tipo penal requiere para su aplicación la constatación de la realización de unas ofensas incluidas en el discurso del odio, pues esa inclusión ya supone la realización de una conducta que provoca, directa o indirectamente, sentimientos de odio, violencia, o de discriminación. De alguna manera son expresiones que, por su gravedad, por herir los sentimientos comunes a la ciudadanía, se integran en la tipicidad”.*

Es claro que, tanto en los actos de odio (art. 22.4º CP) como en los discursos de odio (art. 510 CP) nos encontramos ante comportamientos que se llevan a cabo por intolerancia o animadversión hacia determinados colectivos. Para Rey Martínez (2019) se trata de conductas discriminatorias que buscan preservar la desigualdad en el interior de las sociedades.

Pero el discurso de odio adquiere especial relevancia porque, aunque suponga un límite al derecho fundamental a la libertad de expresión (recogido en nuestro artículo 20 de la Constitución Española), pretende minar las bases de la convivencia democrática. Landa Gorostiza (2018, pp. 225 y ss.) explica que, al difundirse estos discursos, “envenenan y siembran la cizaña de tal manera que determinados colectivos resultan privados de un estatus normal e igualitario de ciudadano que pueda disfrutar de todos sus derechos fundamentales (...) hasta que se les excluye de la ‘primera clase’ de la ciudadanía y se les relega a una cierta inferioridad”.

Esta última circunstancia es denominada por el mismo autor como el “vagón de cola” al que van a parar todos aquellos grupos que no son merecedores de ser apreciados como “ciudadanos” o lo que es lo mismo, que no pertenecen a “la primera clase”.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha afirmado en varias ocasiones (véase a título ilustrativo el asunto *Féret c. Bélgica*, de 16 de julio de 2009) que las personas migrantes y extranjeras constituyen uno de los principales grupos protegidos por los delitos de odio porque son los que más los sufren. Según el informe RAXEN<sup>507</sup>, presentado por la organización “Movimiento contra la Intolerancia” en abril de 2022, el discurso de odio racista y xenófobo no ha dejado de aumentar en los últimos meses, especialmente en las redes sociales donde más visible se muestra lo que Rey Martínez (2015) relaciona con el “racismo líquido” (en referencia a la conocida obra “Modernidad líquida” de Zygmunt Bauman). Si el racismo se entiende como la “exacerbación del sentido racial de un grupo étnico que suele motivar la discriminación o persecución de otro u otros con los que convive” (Real Academia Española, 2022), el “racismo líquido” se corresponde con una nueva forma de racismo que “disimula la hostilidad racial al utilizar un lenguaje tan políticamente correcto como falso; genera una aceptación pública a las personas extranjeras pero un rechazo privado; desplaza la idea biológica de raza hacia la cultura (‘nuestra cultura’ frente a la de otros) y la desigualdad hacia la diferencia (no habría discriminación, sino legítima diferencia, exaltando un enfoque multicultural y no intercultural). En definitiva, todas las culturas son respetables, pero cada una “debe avanzar por su carril sin mezclarse” (Rey Martínez, 2015).

Una muestra de esta idea podríamos hallarla en aquellos mensajes que excusaban los insultos dirigidos contra Vinícius Jr amparándolos en que el jugador, con su estilo de juego y sus bailes en las celebraciones de los goles, provocaba dichas reacciones por parte del público. Así, a finales de septiembre de 2022 el futbolista bermellón Antonio Raíllo declaraba en el *Diario de Mallorca*: “Vinícius que baile pero que no falte, que no insulte y no menosprecie a los compañeros de profesión; luego cuando se le tilda de provocador usa el comodín del racismo”<sup>508</sup>.

---

<sup>507</sup> Informe nº 82, disponible para su consulta en <http://www.informeraxen.es/wp-content/uploads/2022/07/RAX82-Peligroso-Olvido-del-Antisemitismo.pdf>. [Última fecha de consulta: 29 de marzo de 2023].

<sup>508</sup> Enlace a la entrevista completa: <https://www.diariodemallorca.es/rcd-mallorca/2022/09/26/raillo-veo-mallorca-digo-madre-75891144.html> [Última fecha de consulta: 29 de marzo de 2023].

La justificación de este racismo sutil, que deja entrever que la víctima puede elegir si lo sufre o no, potencia la clásica contraposición nosotros-ellos<sup>509</sup> (Van Dijk, 1997) según la cual, los extranjeros deben cumplir una serie de características para poder ostentar la condición de víctimas en la sociedad que los acoge, pues, *a priori*, y hasta que demuestren lo contrario, son vistos como extraños que suponen una amenaza para la estabilidad y paz social de los autóctonos (Bauman, 2016).

Lo más grave es que el “racismo líquido” puede convertirse en una nueva forma de agudizar desacuerdos entre los individuos, transformándolos en conflictos que instauran la política amigo-enemigo, o la denominada “democracia de adversarios” (Adela Cortina, 2016), que proclama el ejercicio libre e igualitario de los derechos para unos pocos, mientras que legitima cualquier tipo de hostilidad hacia los otros.

Sin embargo, no debemos olvidar que no todos los discursos que destilan odio hacia un colectivo específico son delito. De hecho, el denominado ‘Plan de Acción de Rabat’, aprobado por la ONU en 2012, señalaba la necesidad de que los Estados distingan entre aquellas expresiones que han de ser constitutivas de delito (delito de discurso de odio, tal y como hemos explicado) de las que no lo son, como aquellas que no son penalmente sancionables, porque no cumplen los requisitos exigidos en el tipo, pero pueden dar lugar a sanciones civiles y administrativas mediante leyes específicas que castigan la difusión del odio en ciertos ámbitos (como la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte).

También hallamos soflamas que, sin encajar en los tipos de sanciones descritos, resultan igualmente problemáticas “en términos de tolerancia, civismo y respecto a los derechos de los demás” (parágrafo 20 del ‘Plan de Acción de Rabat’<sup>510</sup>). Esto es lo que autores como Presno Linera (2021) denominan ‘discursos odiosos’: expresiones que exteriorizan aversión, hostilidad u odio,

---

<sup>509</sup> El enfoque dicotómico “nosotros-ellos” se basa en una ideación homogeneizadora, negativa y estereotipante de la alteridad, frente a las dimensiones positivas que se atribuyen al endogrupo. En esta construcción de la realidad analizada por Van Dijk en numerosas de sus obras, han desempeñado un papel determinante los medios de comunicación cuyas informaciones publicadas, a lo largo del tiempo, ponían el foco en las diferencias socioculturales y los problemas que originaba la población migrante para el país receptor; mientras que reforzaban los rasgos positivos que caracterizaban a los autóctonos. Todo ello ha contribuido a construir en el imaginario social una concepción negativa y mercantilista que considera a los migrantes como seres pertenecientes a una categoría inferior, en definitiva, una carga para aquellos que los acogen.

<sup>510</sup> Acceso al documento en <https://www.ohchr.org/es/stories/2020/05/threshold-test-hate-speech-now-available-32-languages>. [Última fecha de consulta: 29 de marzo de 2023].

pero como no incitan directa o indirectamente a la violencia contra un colectivo de los protegidos en el art. 510 CP, se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión. Y ello, aunque desde la óptica de la ética o la moralidad constitucional nos produzcan repugnancia o rechazo, pues se encuentran lejos de contribuir a la consecución de una igual libertad para toda la ciudadanía. Apréciese, a modo de ejemplo, este comentario publicado por un usuario anónimo en Twitter tras el fallecimiento de la cantante Bimba Bosé en 2017: “Oye, anciano maricón @BoseOfficial, ¿dónde van a enterrar a la ramera de Bimba Bosé? Deseo ir a violar su canceroso cadáver”.

Que estos discursos no puedan ser sancionados jurídicamente no implica, efectivamente, que los poderes públicos no tengan la responsabilidad de reaccionar ante ellos. De hecho, el art. 9.2 CE les exige “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*”, lo que requiere, como bien especifica el precepto, “*remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*”.

Es decir, que contrarresten la proliferación del odio sembrando herramientas resilientes y cultiven políticas deliberativas, preventivas o proactivas, como la promoción de una tolerancia real que nos permita convivir en armonía. Pues, a fin de cuentas, los ‘discursos odiosos’ y el racismo en cualquiera de sus manifestaciones constituyen una peligrosa ‘semilla’ para el florecimiento de discursos de odio que ponen en jaque la construcción de una sociedad en la que, independientemente del color, origen u sexo, todos debemos tener cabida.

## **2. El caso Vinícius Jr: en la élite, pero negro. ¿Un supuesto de discurso de odio racista?**

La correlación odio-racismo en el fútbol no es un fenómeno nuevo, quizá escasamente estudiado debido a la citada idealización del deporte, en general, como mecanismo de inclusión social (Durán González y Jiménez Martín, 2006). Los mismos autores señalan que el deporte en todas sus manifestaciones puede convertirse en herramienta de lucha contra el racismo e incluso “en una celebración pacífica de la diferencia” (p. 69). O, por el contrario, puede erigirse como un medio de discriminación racial de acuerdo con la filosofía del sistema competitivo actual donde se establece que el fin es ganar potenciándose, por un lado, procesos de selección y exclusión incompatibles con una participación inclusiva. Por otro lado, la competitividad también fomenta y acrecienta las hostilidades entre equipos que luchan por obtener idéntico reconocimiento. Esto conduce a una excesiva polarización que lleva a los seguidores de cada equipo a desear el mal e incluso a odiar, de una forma irracional y desinhibida, a los que considera como rivales.

Hallamos numerosos ejemplos de racismo en el fútbol a lo largo de la historia: en 1993 el estadio Santiago Bernabéu coreaba “Negro, cabrón, recoge el algodón” en referencia al portero de origen nigeriano del club Rayo Vallecano, Wilfred Agbonavbare. Años después, cuando el futbolista del Athletic Club, Iñaki Williams, se retiraba del terreno de juego algunos hinchas del RCD Espanyol de Barcelona le gritaron “Uh, uh, uh, uh”, la onomatopeya que reproduce los sonidos emitidos por los monos. Y tampoco parece una cuestión únicamente nacional, pues los jugadores Kalidou Koulibaly y Zambo Anguissa han denunciado en varias ocasiones sufrir gritos racistas durante la celebración de varios partidos en la liga italiana de fútbol.

Ahora le ha tocado el turno al futbolista brasileño Vinícius Jr que, en uno de los últimos partidos celebrados entre el Real Madrid y el Club Atlético de Madrid, fue objeto de los siguientes episodios: en primer lugar, la *Cadena COPE* publicó unos vídeos en los que se observaba cómo numerosos hinchas del club rojiblanco, reunidos en las afueras de su estadio, cantaban: "Eres un mono, Vinícius, eres un mono"<sup>511</sup>.

Además, durante el partido se escucharon gritos de “Vinícius, muérete” o “mono, mono”, cuando el jugador conducía el balón. También se captaron imágenes de un aficionado que en la grada levantaba un peluche de un primate con una bufanda del equipo blanco.

Todos estos actos fueron denunciados por un informe presentado por La Liga ante la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte. Por su parte, la Fiscalía Provincial de Madrid, tras recibir una denuncia del Movimiento contra la Intolerancia, decidió incoar diligencias de investigación para apreciar la existencia de un discurso de odio tipificado en el art. 510 CP. Concretamente, la organización humanitaria entendía que estaríamos ante la modalidad del 510.2 a) que en su parte primera sanciona a “*quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas...*”.

Los sucesos también llegaron hasta el Congreso de los Diputados, y lograron, sorprendentemente, el consenso de todos los grupos parlamentarios que firmaron una declaración institucional para repudiar los insultos y cánticos racistas que el jugador no había dejado de sufrir desde los episodios

---

<sup>511</sup> Enlace al documento audiovisual: [https://www.cope.es/deportes/noticias/gritos-viniucius-eres-mono-tras-llegada-del-autbus-del-atletico-wanda-metropolitano-20220918\\_2295623](https://www.cope.es/deportes/noticias/gritos-viniucius-eres-mono-tras-llegada-del-autbus-del-atletico-wanda-metropolitano-20220918_2295623) [Última fecha de consulta: 7 de marzo de 2023].

de septiembre<sup>512</sup>. Sin embargo, en diciembre de 2022, la Fiscalía archivó la denuncia presentada porque, aunque calificaba las expresiones de "desagradables" e "irrespetuosas", sostenía que se vertieron en un contexto de "máxima rivalidad", que solo "duraron unos segundos" y que, por tanto, no constituían un delito de odio en la modalidad de discurso<sup>513</sup>.

A causa de esta decisión, consideramos necesario reflexionar acerca de la trascendencia jurídica de las expresiones dirigidas hacia el brasileño: por una parte, los cánticos que comparan al jugador con un animal o incluso desean su muerte no pueden ser entendidos como un ejercicio legítimo de la libertad de expresión aunque no constituyan un delito de odio. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 214/1991 de 11 de noviembre, ya dejó claro que *“ni la libertad ideológica (artículo 16 CE) ni la libertad de expresión (artículo 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que no existen derechos ilimitados”*. Entonces, sí parece evidente la afectación del derecho al honor (art. 18 CE) que abarcaría, entre otros actos, la humillación y menosprecio que supone que a uno lo representen mediante el peluche de un mono. Así como la lesión de la dignidad humana (art. 10 CE), un derecho fundamental que se erige como la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde a su condición humana, por lo que no cabe consentir la comparación de una persona con un animal debido a sus rasgos o a su origen.

Pero, por otra parte, no hemos de olvidar que ciertos insultos sí quedan amparados por la libertad de expresión: téngase en cuenta la sentencia 736/2019, de 31 de octubre, en la que la Audiencia Provincial de Barcelona absolvió a dos ciudadanos que habían proferido expresiones racistas a otros vecinos de origen marroquí debido a situaciones de tensión por la convivencia: “Putos moros”, “Vete a tu país y si quieres llama a la policía”. En este caso, la Audiencia no apreció un delito de injurias colectivas de odio (tipificado en el art. 510.2.a) CP) porque entendió, por un lado, que la

---

<sup>512</sup> Acceso al documento: [https://www.congreso.es/backoffice\\_doc/prensa/notas\\_prensa/92961\\_1663698083569.pdf](https://www.congreso.es/backoffice_doc/prensa/notas_prensa/92961_1663698083569.pdf) [Última fecha de consulta: 20 de marzo de 2023].

La situación que vive Vinícius Jr en el ámbito futbolístico todavía adoptó un cariz más preocupante cuando el pasado 26 de enero de 2023, previo al partido de Copa del Rey entre el Real Madrid y el Atlético de Madrid, apareció una pancarta colgada de un puente que rezaba: "Madrid odia al Real", junto a ella había un muñeco colgado con la camiseta de Vinícius. Mientras se redactan estas líneas, tanto la Policía Nacional como la Comisión Permanente de la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia tienen abiertas sendas investigaciones para dilucidar si existen indicios suficientes de un delito de odio como para abrir un procedimiento judicial.

<sup>513</sup> Giovio, E, «La Fiscalía de Madrid archiva la denuncia por los cánticos racistas a Vinicius: “Duraron unos segundos»», en *El País*, 02/12/2022, disponible en <https://elpais.com/deportes/2022-12-02/la-fiscalia-de-madrid-archiva-la-denuncia-por-los-canticos-racistas-a-vinicius-duraron-unos-segundos.html>. [Última fecha de consulta: 29 de marzo de 2023].

conducta carecía de la entidad suficiente como para demonizar a todo un colectivo frente a la opinión pública; y por otro, que las citadas frases no suponían la consideración de esas personas como seres inferiores carentes de dignidad.

Como observamos, las fronteras entre lo que ampara un derecho -y lo que no- a veces son complicadas de trazar. Lo mismo ocurre con el discurso de odio como límite al art. 20 CE. Por esta razón, el citado ‘Plan de Acción de Rabat’<sup>514</sup> obliga a perfilar dicha institución (independientemente de la modalidad del art. 510 CP en la que este encaje) para no producir una injerencia desmedida en la libertad de expresión. Para ello, propone un test formado por un conjunto de indicadores que deben tenerse en cuenta para evaluar el riesgo de la conducta juzgada. A continuación, examinamos cada uno de ellos con respecto a las expresiones que recibió el jugador del Real Madrid:

a) El contexto en el que se utiliza el discurso de odio en cuestión resulta de gran importancia al valorar la probabilidad de que determinadas declaraciones inciten a la discriminación, hostilidad o violencia contra el colectivo objetivo, y podría tener una relación directa con la intención y/o la causalidad. Por lo tanto, el análisis del contexto debería ubicar al discurso dentro del ambiente social y político predominante en el momento en el que este fue hecho y difundido.

Ya hemos comentado que la correlación odio-racismo no es un fenómeno nuevo en el ámbito del fútbol. A lo largo del tiempo hallamos numerosos ejemplos que demuestran que la tendencia sigue aumentando: desde las pintadas que realizó un grupo relacionado con los aficionados más radicales del Real Madrid, los ‘Ultra Sur’, en las que se podía leer “Lucrecia jódete” en referencia al primer asesinato racista reconocido en España en 1992; pasando por la decisión del entonces jugador del Fútbol Club Barcelona, Samuel Eto’o, de abandonar un partido de fútbol en 2006 tras escuchar gritos racistas en el estadio del Real Zaragoza Club de Fútbol. O incluso los hechos acontecidos en un partido, celebrado el 12 de enero de 2023, que enfrentaba a los equipos de fútbol femenino Alhama y Levante en la Copa de la Reina, donde varios aficionados profirieron comentarios racistas contra la futbolista granota Mayra Ramírez: “¡Mono Parrales, comes con las manos o qué, animal!”. De la forma que sea, la animadversión hacia colectivos específicos a los que pertenecen algunos futbolistas en base a su color de piel o a su origen, no es un episodio aislado. Y mucho menos parece responder, como afirmaba la Fiscalía en el caso de Vinicius Jr, a “contextos de máxima rivalidad”, sino que está presente cada día en el contexto futbolístico.

---

<sup>514</sup> Acceso al documento en <https://www.ohchr.org/es/stories/2020/05/threshold-test-hate-speech-now-available-32-languages>. [Última fecha de consulta: 29 de marzo de 2023].

b) La capacidad que tiene la persona que emplea el discurso de odio para ejercer influencia sobre los demás, de tal forma que el poder de incitación se elevaría si el orador goza de un estatus social alto o de reconocimiento suficiente entre la audiencia que lo escucha.

Los insultos que recibió Vinícius Jr provienen de un grupo de aficionados de difícil identificación. Es evidente que la capacidad de influencia de este conjunto no es la misma que podría tener un líder político o un personaje público para acabar incitando a cometer actos violentos contra el delantero del Real Madrid. No obstante, el TEDH en el asunto *Vejdeland y otros contra Suecia*, de 9 de febrero de 2012, señaló que “*la incitación al odio no requiere necesariamente un llamamiento a tal o cual acto de violencia ni a otro acto delictivo*”. Es decir, basta con que se cree una situación de riesgo para la víctima y, lo que es todavía más relevante, para el grupo al que esta pertenece. Por lo que la cuestión que deberíamos plantearnos aquí es si este ambiente de rechazo que vivió el futbolista en el derbi madrileño (con la perniciosa influencia de los ya citados ‘efecto manada’ y ‘espiral del silencio’ entre los asistentes) podría influir en que el brasileño fuese objeto de acciones violentas o intimidatorias en un futuro, como parece que le está sucediendo<sup>515</sup>.

c) La naturaleza y contundencia del lenguaje empleado (si es provocativo y directo, si utiliza información engañosa, difusión de estereotipos negativos y estigmatización, o si es capaz por otros medios de incitar a la comisión de actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación): las expresiones que más se repiten hacia Vinícius Jr son aquellas que lo equiparan a un primate. Esta comparación es uno de los estereotipos más utilizados a lo largo de la historia para discriminar a las personas negras. La directora del Centro de Educación e Investigación para la Paz (CEIPAZ), Manuela Mesa (2012, pp. 65 y ss.), explica que desde finales del siglo XVIII hasta principios del XX se consideraba que los europeos y los negros eran especies distintas, donde la última era una “población de bestias, un cruce entre el ser humano y el mono (...) con costumbres incivilizadas, indecentes y bárbaras”. De ahí la representación de las personas negras como “salvajes que viven en medio del caos, la anarquía y el desorden, frente a la civilización, adalid del orden y el dominio de la naturaleza por el hombre”. Por ello, se les denomina “monos” o “macacos”; y se les lanza

---

<sup>515</sup> Hasta marzo de 2023, han sido ocho las ocasiones en las que el organismo ‘La Liga’ ha denunciado, ante los tribunales, insultos racistas contra el jugador. El 28 de febrero, la Comisión contra la Violencia en el Deporte español multó con 4000 euros y prohibió a un aficionado del Mallorca, que también había insultado al brasileño, entrar a los estadios durante un año. El sujeto en cuestión fue identificado como el autor de las expresiones racistas dirigidas hacia el futbolista del Real Madrid en el partido RCD Mallorca-Real Madrid CF del 5 de febrero de 2023.



plátanos en señal de sujeto salvaje, “como si la oposición civilización (Occidente) - barbarie (sur) siguiese viva”.

Lo cierto es que el daño que originan los estereotipos ya fue profusamente estudiado por Lippmann (1922) en su gran obra *Public Opinion* (1922), en la que los definía como aquellos mecanismos mentales que generan imágenes de los seres humanos, de los demás, de sus necesidades y propósitos. Dichas referencias se convertían, entonces, en herramientas que facilitaban una comprensión rápida y simple de nuestro entorno; pero no de un entorno real, sino un ‘pseudo entorno’ creado a partir de una representación sesgada e incompleta del mundo.

La consecuencia más peligrosa que conlleva el uso repetido de los estereotipos sería el desequilibrio que crea en las relaciones entre los individuos, de tal forma que perpetúa asimetrías intolerables que dificultan la comprensión mutua y la convivencia intercultural.

Desde luego, corear durante varios minutos (aunque sea un periodo de tiempo tan breve, como señalaba la Fiscalía) “Eres un mono, Vinicius, eres un mono” contribuye a la estigmatización de las personas negras, a las que coloca en una situación estereotipada de inferioridad con respecto al resto de la sociedad. Estos actos podrían culminar en un estado de marginación social para ellas, con el temor de que interioricen cierta conciencia de inadecuación: al sentirse avergonzadas por ser “diferentes” a las expectativas dominantes, se aíslan en guetos con graves consecuencias para su salud física y mental; y sin la posibilidad de acceder a los ámbitos de la educación y el empleo, tan relevantes para el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) al que tienen derecho como cualquier ser humano.

d) El contexto de los comentarios específicos (si son un hecho aislado o reiterado, o si se puede considerar que se equilibra con otras expresiones pronunciadas por la misma persona o por otras, especialmente durante el debate): en páginas anteriores se ha señalado cómo el racismo está presente en el fútbol desde que el balompié goza de una inmensa popularidad entre la ciudadanía. En el caso de Vinicius Jr tampoco es la primera vez que el brasileño es objeto de discursos racistas por parte del público: el 24 de octubre de 2021, en un partido que disputaron el Real Madrid y el Fútbol Club Barcelona en el estadio blaugrana, un aficionado le espetó “macaco”, entre otras expresiones, cuando fue sustituido del partido. La Liga denunció los hechos ante la Fiscalía Anticorrupción que cerró la investigación al no poder identificar al autor de los insultos.

En marzo de 2022, en un partido contra el Real Club Deportivo Mallorca cuando Vinicius protestaba una acción se escuchó a parte de la grada imitar el característico “Uh, uh, uh...” en

referencia a los monos, mientras que otros aficionados le increpaban con la frase “Vete a recoger plátanos”. Si a estos hechos le sumamos el episodio vivido en el estadio del Club Atlético de Madrid es indudable que nos hallamos ante una difusión prolongada de un discurso racista que humilla y menosprecia a una persona, a la vez que declara públicamente un rechazo manifiesto a todo lo que le es inherente: origen, etnia, rasgos físicos, etc.

e) El medio utilizado (si puede o no provocar una respuesta inmediata de la audiencia como en un acto público en directo): los insultos a Vinícius se producen en la celebración de un partido de fútbol que tiene lugar de forma pública (previo pago de entrada) y en directo. A ello hay que añadir que se trataba del clásico derbi entre los dos principales equipos madrileños. Estos encuentros se suelen caracterizar por profundas tensiones entre las aficiones de ambos clubes. Por esto, unos días antes la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte calificó el partido ‘de alto riesgo’ en virtud de la potestad que le otorga el art. 13 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Dicha declaración exigía una mayor vigilancia policial y privada; y un control más exhaustivo a los seguidores de ambos clubes con el fin de evitar actos violentos.

En el ambiente descrito, y con una asistencia de más de 60.000 espectadores, es lógico pensar que la escucha continua de insultos racistas puede derivar en una respuesta inmediata por parte de la audiencia allí congregada.

f) La naturaleza de la audiencia (si tiene o no los medios o si es propensa o susceptible de mezclarse en actos de violencia, intimidación, hostilidad o discriminación): la existencia de los denominados ‘ultras’ (aficionados radicales) siempre ha constituido uno de los principales problemas del fútbol. Partidarios de la ideología de extrema derecha (aunque con excepciones como los conocidos ‘Bukaneros’, los ‘ultras’ del Rayo Vallecano de Madrid que se autodenominan ‘firmes defensores de la izquierda antifascista’), son grupos propensos al odio contra las aficiones rivales o cualquiera que no comparta sus pensamientos. Prueba de ello fue el asesinato en 1998 del aficionado de la Real Sociedad de Fútbol, Aitor Zabaleta, a manos de un miembro del grupo ‘Frente Atlético’, los ‘ultras’ que apoyan al Club Atlético de Madrid. Desde entonces, en varias ocasiones la familia de Zabaleta ha denunciado cómo desde la grada del Atlético se han proferido cánticos contra el fallecido y de apoyo a su asesino (*Eldiario.es*, 18/01/2018).

A pesar de que hace años clubes como el Real Madrid y el Fútbol Club Barcelona tomaron la determinación de expulsar a estos grupos violentos de sus estadios, la realidad es que el resto de equipos siguen permitiendo su entrada, como es el caso del Atlético de Madrid a cuyos ‘ultras’ se responsabiliza de los cánticos contra Vinícius Jr. Por todo ello, entendemos que la audiencia sí sería susceptible de iniciar actos violentos y discriminatorios contra el jugador afectado o el colectivo del que forma parte.

Analizados los seis parámetros que propone el ‘Test de Rabat’ para comprobar si ciertas expresiones pueden ser constitutivas de delito y pese a la decisión de la Fiscalía de no continuar con la investigación, creemos que sí existirían indicios suficientes para, al menos, haber iniciado un procedimiento judicial que examinase en profundidad la existencia de un discurso de odio tipificado en el art. 510.2 CP: *“Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito (...) de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas...”*.

Además, sin perjuicio de la actuación de la vía penal, la citada Ley 19/2007 contra la violencia en el deporte sanciona en su art. 2.2 (modificado por la Ley 39/2022, de 30 de diciembre, del Deporte; y por la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI) los comportamientos racistas, xenófobos o intolerantes: *“c) Las declaraciones, gestos o insultos proferidos en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, que supongan un trato manifiestamente vejatorio para cualquier persona por razón de su origen racial, étnico, geográfico o social, así como por la religión, las convicciones, la discapacidad, edad, sexo, orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales, así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución”*.

Igualmente, el apartado d) sanciona *“La entonación, en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus alrededores o en los medios de transporte públicos en los que se puedan desplazar a los mismos, de cánticos, sonidos o consignas así como la exhibición de pancartas, banderas, símbolos u otras señales, que contengan mensajes vejatorios o intimidatorios, para cualquier persona por razón del origen racial, étnico, geográfico o social, por la religión, las convicciones, su discapacidad, edad, sexo, orientación e identidad sexual, expresión de género o*

*características sexuales, así como los que inciten al odio entre personas y grupos o que atenten gravemente contra los derechos, libertades y valores proclamados en la Constitución”.*

Cabe destacar, además, que el hecho de que parte de los cánticos se produjese fuera del estadio del Atlético de Madrid no imposibilita la aplicación del régimen sancionador, tal y como explicita el precepto: *“La entonación, en los recintos deportivos con motivo de la celebración de actos deportivos, en sus aledaños (...) de cánticos, sonidos o consignas...”.*

La comisión de estos actos es motivo suficiente para que el árbitro suspenda provisionalmente el encuentro o se ordene un desalojo total o parcial del aforo (art. 15 Ley 19/2007), pero ninguna de estas medidas se llevó a cabo durante el partido de fútbol comentado. De cualquier manera, el Club Atlético de Madrid como organizador del espectáculo y los aficionados que aparecen en los vídeos se enfrentarían a enormes sanciones económicas (de hasta 650.000 euros las calificadas como muy graves según el art. 24 de la citada norma).

### **3. El papel de los medios de comunicación en el caso Vinícius Jr: ¿perros guardianes o alimañas del entretenimiento?**

Las palabras tienen poder para actuar no solo como herramientas de prevención del odio, sino como instrumento clave para la instauración de una cultura de la tolerancia en la sociedad, sin que para llegar a tal fin sea necesario depender, única y exclusivamente, de mecanismos reactivos como el castigo penal o administrativo que hemos analizado. En este sentido, los medios de comunicación gozan de una posición privilegiada para utilizar el lenguaje según sus objetivos. Así lo advertía el reconocido gurú de la comunicación Marshall McLuhan hace más de 40 años: “El medio es el mensaje”, porque la elección de las palabras no es inocente y determina la forma de comprender y relacionarnos con los otros, en definitiva: los medios son constructores de la realidad.

En relación al racismo, Van Dijk (1997) explicaba que, si los discursos difundidos por los medios son negativos, también los modelos mentales lo serán. De tal manera que una vez que la gente acumula modelos racistas, estos pueden fácilmente generalizarse a actitudes e ideologías racistas del grupo dominante hacia el extranjero.

No podemos ignorar que los insultos que sufrió Vinícius Jr en el derbi madrileño sucedieron tras una semana polémica en torno a los bailes con los que el jugador celebra sus goles. Así lo señalaba también el Club Atlético de Madrid en un comunicado en el que condenaba los hechos acontecidos en su estadio, pero reflexionaba al tiempo lo siguiente: “Creemos que lo que ha sucedido en los días previos al derbi es inadmisible. A los aficionados se les pide cordura y racionalidad y, sin embargo,

profesionales de diferentes ámbitos generaron durante la semana una campaña artificial encendiendo la mecha de la polémica sin medir la repercusión de sus acciones y manifestaciones”<sup>516</sup>.

Todas las miradas se dirigían al programa deportivo “El Chiringuito” -perteneciente al grupo Atresmedia- donde se entrevistó al presidente de la Asociación Española de Agentes de Futbolistas (AEAF), Pedro Bravo, quien afirmó sobre el brasileño: “Si quieres bailar samba te vas al sambódromo en Brasil. Aquí lo que tienes que hacer es respetar a tus compañeros de profesión y dejar de hacer el mono”<sup>517</sup>.

Las declaraciones causaron tal revuelo que el propio jugador madridista publicó un vídeo en el que detallaba cómo se sentía: “Mientras el color de la piel sea más importante que el brillo de los ojos, habrá guerra: tengo esa frase tatuada en mi cuerpo (...). Dicen que la felicidad molesta. La felicidad de un negro brasileño victorioso en Europa molesta muchísimo más”. Además, advertía que no dejaría de bailar en sus celebraciones: “El guion siempre termina con una disculpa y un ‘me han malinterpretado’. Pero lo repito para ti, racista: No dejaré de bailar. Ya sea en el Sambódromo, en el Bernabéu o donde sea”<sup>518</sup>.

El *hashtag* #BailaViniJr rápidamente se convirtió en tendencia mundial en Twitter y numerosos astros del fútbol y personalidades de otros ámbitos mostraron su apoyo a Vinicius de forma pública. De ahí la relevancia social del caso que incluso dio lugar, como se apuntaba anteriormente, a que el suceso fuese abordado en el Congreso de los Diputados que terminó condenando, por unanimidad, el racismo que sufría el jugador brasileño.

Si nos retrotraemos al origen de los acontecimientos, cabe subrayar que “El Chiringuito” es un programa caracterizado por el infoentretenimiento televisivo. Esta tendencia mediática combina la

---

<sup>516</sup> Acceso al documento: <https://onefootball.com/es/noticias/el-atletico-sobre-lo-ocurrido-en-el-derbi-lo-sucedido-en-los-dias-previos-es-inadmisibile-35885567>. [Última fecha de consulta: 20 de marzo de 2023].

<sup>517</sup> Enlace al documento audiovisual: [https://www.elespanol.com/elbernabeu/real-madrid/futbol/20220916/polemica-racista-chiringuito-tertuliano-palabra-mono-vinicius/703679662\\_0.html](https://www.elespanol.com/elbernabeu/real-madrid/futbol/20220916/polemica-racista-chiringuito-tertuliano-palabra-mono-vinicius/703679662_0.html). [Última fecha de consulta: 8 de marzo de 2023].

<sup>518</sup> Enlace al documento audiovisual: <https://www.instagram.com/p/CilUousIKB-/?hl=es>. [Última fecha de consulta: 7 de marzo de 2023].

información sensacionalista con el entretenimiento, el clásico ‘pan y circo’<sup>519</sup> que poco tiene que ver con el periodismo, puesto que carece de “matriz ética y condición crítica de contrapoder” (Díaz Nosty, 2015, p.13). En palabras del mismo autor: “El ejercicio del periodismo se inscribe en la órbita de las libertades públicas -libertad de expresión, libertad de prensa, derecho a la información-, por ello, cuando se hibrida con expresiones mediáticas como el entretenimiento, pierde su naturaleza original. El infoentretenimiento no es necesariamente periodismo”.

Salomé Berrocal et al., (2012) aclaran que este formato “fuerza la realidad para conseguir un relato eficaz en términos de audiencia”; sin ser conscientes (o siéndolo plenamente) de que contribuyen a estereotipar, estigmatizar o simplemente a dañar a las personas sobre las que construyen sus relatos. Las estrategias que suelen utilizar programas como este para contar lo relativo al fútbol son el personalismo: presencia exacerbada de Josep Pedrerol, presentador del programa, enfatizando su liderazgo y priorizando sus opiniones con respecto al resto de colaboradores. También destaca la potenciación de la anécdota: es precisamente “El Chiringuito” el primer espacio televisivo que plantea un debate inexistente hasta la fecha sobre si las celebraciones de Vinícius Jr son provocadoras. Y en este contexto tenso se producen las declaraciones de Pedro Bravo sobre que el futbolista “hace el mono”.

De igual forma, la técnica de la descontextualización está presente. Cuando hablamos de este concepto nos referimos a un fenómeno que ocurre cuando se llevan a cabo comportamientos o se usan informaciones en entornos distintos de aquellos para los que se crearon. Dumortier (2009) señala varias características que favorecen la descontextualización en general, como son la continua difusión de cierto tipo de información (reiteradas imágenes de los bailes de Vinícius cuando celebra los tantos que anota, y visualización minuciosa de las disputas que mantiene con jugadores rivales), la simplificación del contenido que se transmite (plantear un debate basado exclusivamente en dilucidar si el jugador es un provocador por bailar en los terrenos de juego); y los efectos de la globalización que facilitan una recepción instantánea de todo ello por parte de la audiencia (las declaraciones de Pedro Bravo al instante se hicieron *trending topic* en Twitter).

En cuestión migratoria, Tortajada, D’Argemir y Martínez (2014) explican que la descontextualización se construye mediante falta de argumentos, falacias, trampas argumentales e imprecisiones. Estos elementos se aprecian en el discurso en el que Josep Pedrerol se disculpó

---

<sup>519</sup> Del latín *panem et circenses*, se trata de una locución peyorativa que describe la práctica de un gobierno que, para mantener tranquila a la sociedad u ocultar hechos controvertidos, provee a las masas de alimento y entretenimiento de baja calidad. La frase fue acuñada por el poeta latino Juvenal y se encuentra en su Sátira X (circa 100 A. D.). En su origen describía la costumbre de los emperadores romanos de regalar trigo y entradas para los juegos circenses como forma de distraer al pueblo de la política.

públicamente ante el jugador. En su alegato afirmó que la frase “No hagas más el mono” se trata de una expresión coloquial que significa “No hagas el tonto”. El periodista deportivo declaró: “Si a ti te ha molestado, te pido disculpas de nuevo. Si además eres negro, y te ha molestado, te pido disculpas (...). Puede ser una expresión desafortunada e inapropiada, pero no racista”<sup>520</sup>.

Todo ello nos recuerda al concepto de “racismo líquido” sobre el que Rey Martínez (2015) profundizaba “Este racismo se refugia en sobreentendidos, suposiciones y afirmaciones implícitas. Es sutil e indirecto”.

En general, las prácticas del infoentretenimiento generan un desequilibrio a favor de lo espectacular en la transmisión de los contenidos. Esto, a su vez, provoca un conocimiento limitado y sesgado de la realidad, cercena la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos; y contribuye a reforzar la discriminación (Salomé Berrocal et al., 2012).

En base a esto, Díaz Nosty (2015 pp. 16-17) considera que es necesaria en los medios de comunicación una “disociación” entre la información de interés público, objeto del periodismo, y el espectáculo basado en “narraciones efímeras, escasamente argumentadas y urgidas por los requerimientos constructivos del soporte digital”, donde encajaría el programa analizado.

Los periodistas llevan a cabo una tarea de servicio público, pues son el “nutriente de la opinión pública en una sociedad libre” (Díaz Nosty, 2015 p. 14). A lo largo del tiempo la jurisprudencia también ha reconocido esta importancia de la prensa e incluso les ha otorgado el relevante papel de “contrapoder” o “perro guardián” de los derechos fundamentales. Recuérdese el caso *Ziembinski contra Polonia*, del 5 de octubre de 2016, donde el TEDH remarcó que la responsabilidad de la prensa no puede ser otra que informar sobre todos los asuntos de interés público: “*No es solo que la prensa tenga esa tarea, sino que la opinión pública también tiene derecho a recibir esa información. Si fuera de otro modo, la prensa no podría desempeñar su función vital de perro guardián*”. Pero en una democracia no se trata solo de informar, sino de hacerlo en base al respeto y la promoción de los derechos humanos, pues, al fin y al cabo, ser guardianes de la democracia significa ser “*perros de guarda de las libertades (...) y, en suma, de la sociedad*” (STC 58/2018, de 4 de junio).

Con respecto a la difusión del odio, el Código Ético Europeo para medios de comunicación (1993) recuerda que los periodistas no solo deben evitar “*reproducir directamente el discurso de odio*”,

---

<sup>520</sup> Enlace al vídeo: <https://www.marca.com/futbol/real-madrid/2022/09/19/6327ff8f46163f22638b457f.html>. [Última fecha de consulta: 8 de marzo de 2023].

sino que en situaciones que puedan servir de ‘caldo de cultivo’ o en las que se siembre ‘la semilla’ para el florecimiento de cualquier forma de odio -como podría ser el debate en el programa de “El Chiringuito” previo a los insultos racistas del derbi- han de “*contextualizar y desafiar dicho discurso*”<sup>521</sup> mediante, por ejemplo, la identificación y supresión de las técnicas de descontextualización citadas en párrafos anteriores. O la prohibición de comentarios anónimos en las noticias publicadas en los canales web de los medios, lo que conllevaría la obligación de que los usuarios se identificasen mediante algún tipo de mecanismo certero (nombre y apellidos, correo electrónico, perfil de red social, etc). A pesar de las dificultades que esto podría generar (con respecto a la publicación de datos personales o incluso la facilidad para burlar dichos sistemas de identificación), sería un buen punto del que partir para evitar transmitir odio<sup>522</sup> a través de las posibilidades de *feedback* que otorgan los medios.

En este sentido, Villatoro (2002, p. 4), quien fue miembro de la Comisión de Estudio sobre la Inmigración del Parlamento de Cataluña, señala que los medios son importantes “constructores de sentido, quienes abastecen al conjunto de la población de los modelos de interpretación de la realidad”, lo que los sitúa ante dos formas diversas de responsabilidad social:

- a) Tienen la responsabilidad social de procurar que los valores contribuyan a la convivencia, al respeto mutuo, a la consolidación de formas democráticas de libertades y participación.
- b) Y tienen la responsabilidad social de responder al derecho de los ciudadanos a obtener la información que consideren relevante: “El problema se presenta cuando los medios pueden tener dudas entre estas dos responsabilidades sociales, que en algunos casos son complementarias, pero que en otros pueden aparecer como alternativas: ofrecer determinados hechos o determinados datos, puede ser una manera de cumplir la propia responsabilidad social de informar y de ofrecer al

---

<sup>521</sup> En la misma línea se sitúa el Observatorio del Discurso Discriminatorio en los Medios de Comunicación que recomienda a los medios evitar reproducir discursos discriminatorios a través de citas literales: “Si se quiere dar voz a este tipo de discurso, por el motivo que sea, hay que ponerlo en contexto y contrarrestar los mitos, los estereotipos y la atribución de acciones negativas con datos o con argumentos que hagan frente a las afirmaciones en cuestión”. Acceso a los materiales del Observatorio: <https://www.media.cat/discursosdiscriminatoris/>. [Última fecha de consulta: 20 de marzo de 2023].

<sup>522</sup> Los usuarios, animados por la ausencia del requisito de identificarse, suelen proferir expresiones de todo tipo contra colectivos vulnerables. Así lo ha identificado el Consejo de Europa que recomienda a los medios “*impedir los comentarios anónimos en las condiciones de uso para foros de Internet*”, ya que de esta forma, se contrarrestaría también el discurso que “*las personas hostiles a esos grupos*” propagan en medios a los que tienen “*un acceso privilegiado*”. Recomendación General nº15 relativa a la lucha contra el discurso de odio y su Memorándum explicativo, de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), del Consejo de Europa.

Texto íntegro disponible en <https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>. [Última fecha de consulta: 20 de marzo de 2023].



ciudadano todo aquello que al mismo ciudadano le parece relevante, pero puede entrar en colisión con la responsabilidad social de no alimentar estereotipos, actitudes o percepciones que dificulten la convivencia y favorezcan el conflicto” (Villatoro, 2002, p. 4).

Se trata pues de un debate que afecta no solo al fenómeno migratorio, sino a multitud de ámbitos informativos de temáticas sociales muy complejas, como pueden ser la violencia de género o el tratamiento informativo del suicidio. A juicio de Villatoro (2002), una de las herramientas fundamentales para equilibrar estas dos responsabilidades es la autorregulación y la construcción de códigos deontológicos concretos en los que se publiciten los límites que cada medio pone a su libertad de informar y de opinar.

Asimismo, desde los estudios propios del deporte, se denuncia que las noticias sobre sucesos racistas en el deporte están condicionadas por sucesos puntuales, lo que las hace aparecer por oleadas generando una preocupación superficial. En concreto, Durán González y Jiménez Martín (2006, p. 89) recomiendan “tratar de abordar informativamente el racismo y la violencia en el deporte dando prioridad a la denuncia responsable de los actos y evitando cualquier tipo de sensacionalismo”.

En definitiva, si les exigimos a los medios un comportamiento activo en el fomento de la convivencia y la promoción de valores éticos es por su eficiente capacidad para lograr la consecución de una sociedad que no se centre tanto en lo que nos diferencia (y dañe por ello, aunque sea mediante las palabras); y apele más a lo que nos une como seres humanos.

#### **4. Conclusiones: no nacemos aprendidos, necesitamos educación en derechos**

A lo largo de este artículo hemos utilizado el caso Vinícius Jr como justificación para profundizar en un fenómeno en auge: el odio. El análisis de su regulación jurídica nos permite afirmar que existen mecanismos suficientes (tanto en la vía penal como en la administrativa) para sancionar actitudes que fomenten públicamente aversión o rechazo hacia determinadas personas en base a su origen, etnia o color de piel. Aún así, también hemos querido poner el foco en la responsabilidad de los medios de comunicación y la prensa en la creación y difusión de estos discursos. Es evidente que los periodistas cuentan con el poder de influir en la ciudadanía de una manera más directa y efectiva que aquellos que dictan las leyes (Poderes Ejecutivo y Legislativo) o sancionan determinados comportamientos de forma reactiva (Poder Judicial).

Ellos, a los que consideramos como un verdadero ‘contrapoder’, deben apostar por un periodismo alejado del perjudicial ‘pan y circo’ (espectacularización y entretenimiento que solo producen alarmismo y confusión entre la ciudadanía). Y han de primar la información responsable y honesta en la que tenga cabida un “discurso de defensa activo de las minorías” que, como defendía Alcácer Guirao (2012, p. 29), “contrarreste con la palabra y la razón, la irracionalidad del extremismo y la intolerancia”, en suma: el odio.

Esta práctica forma parte de la educación en derechos, comprendida como un mecanismo indispensable para que la población sea consciente del significado de los derechos adquiridos, y sobre todo, de cómo ejercerlos sin dañar al otro. Conocer, fomentar y hacer pedagogía sobre la cultura de los derechos es un deber de los medios, pero también de aquellos relacionados con el ámbito del deporte, dado su potente “*papel educativo y su capacidad de transmitir valores de tolerancia y respeto*” (como manifiesta el Preámbulo de la Ley 19/2007).

Y por último, es tarea de los ciudadanos: cuando acudimos a los estadios a animar a nuestro equipo de fútbol hemos de permanecer alerta, no desviar la mirada al escuchar insultos racistas como los que sufre Vinícius Jr y miles de personas cada día. Tampoco dejarnos llevar por el ‘efecto manada’ ‘o ‘la espiral del silencio’ del ambiente, ni tampoco por el relativismo peligroso que generan los programas de infoentretenimiento con respecto al racismo y a la xenofobia; sino que tenemos la obligación de alzar la voz y denunciar estas manifestaciones.

Porque es cierto que nos ha tocado vivir malos tiempos, de odio, pero no debemos olvidar lo que proponía San Agustín para superarlos: “Seamos mejores y los tiempos serán mejores; al fin y al cabo, nosotros somos el tiempo”.

## 5. Bibliografía consultada

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, «Discurso del odio y discurso político», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), 2012, nº 14-02, pp. 02:1-02:32, disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-02.pdf>. [Última fecha de consulta: 26 de marzo de 2023].

BAÑÓN HERNÁNDEZ, Antonio; M, SOLVES ALMELA, Josep, *Discurso lingüístico y migraciones*, Arco/libros, Madrid, 2021.

BERROCAL GONZALO, Salomé; REDONDO GARCÍA, Marta; CAMPOS DOMÍNGUEZ, Eva, «Una aproximación al estudio del infoentretenimiento en Internet: origen, desarrollo y perspectivas futuras», *AdComunica. Revista Científica de Estrategias, Tendencias e Innovación en Comunicación*, 2012, nº 4, pp. 63-79.

CORTINA, Adela, «Para qué sirve la democracia», *iustel.com*, 2016, disponible en [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1154013](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1154013). [Última fecha de consulta: 20 de marzo de 2023].

DUMORTIER, Franck, «Facebook y los riesgos de la descontextualización de la información», *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política de la UOC*, 2009, nº 9, pp 25-41.

DURAN, Javier, JIMÉNEZ, Pedro Jesús, «Fútbol y Racismo: un problema científico y social», *Revista Internacional de Ciencias del Deporte*, 2006, 3 (2), pp. 68-94, disponible en <http://www.cafyd.com/REVISTA/art5n3a06.pdf>. [Última fecha de consulta: 20 de marzo de 2023].

ERRIEST, María; ULLMANN, María Eugenia, «Fútbol, seguridad ciudadana y Derechos Humanos. Algunas consideraciones para su debate», *Nómadas. Critical Journal of Social and Juridical Sciences*, 2010, 28 (4), pp. 19-46.

LIPPMANN, Walter, *La opinión pública*, Cuadernos de Langre, Madrid, 2003.

LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena, GARRO CARRERA, Enara, *Delitos de odio: Derecho Comparado y Regulación Española*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018.

MADRID, David, *Insider. Un policía infiltrado en las gradas ultras*, Temas de Hoy, Madrid, 2005.

MCLUHAN, Marshall, *Comprender los medios de comunicación. Las extensiones del ser humano*. Editorial Paidós SAICF, Barcelona, 1994.

MESA, Manuela, *La imagen del Sur. Clichés y estereotipos sobre la población del sur. Unidad didáctica de Educación Intercultural*, Fundación Hogar del Empleado (Centro de Investigación para la Paz), Madrid, 2011.

NOELLE-NEUMANN, Elisabeth, *The Spiral of Silence-Our Social Skin*, Chicago y Londres, The University of Chicago Press, 1993.

NOSTY DÍAZ, BERNARDO, «La banalización del periodismo», *Cuaderno de Periodistas*, 2015, nº 31, disponible en [https://www.cuadernosdeperiodistas.com/media/2016/01/09-17-D%C3%8DAZ-NOSTY-C\\_31-1.pdf](https://www.cuadernosdeperiodistas.com/media/2016/01/09-17-D%C3%8DAZ-NOSTY-C_31-1.pdf). [Última fecha de consulta: 29 de marzo de 2023].

PLUTARCO, *Moralia*, Grecia romana, 1572.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, «Capítulo 12. Del odio como discurso al odio como delito, pasando por el discurso del odio», *Estudios de casos líderes europeos y nacionales. Vol. XIV. La libertad de expresión en el siglo XXI. Cuestiones actuales y problemáticas*, RÍOS VEGA, Luis Efrén y SPIGNO, Irene (directores), Tirant Lo Blanch, 1ªed., México, 2021, pp. 323-354.

REY MARTÍNEZ, Fernando, «Racismo líquido», *Público*, 2015, disponible en <https://blogs.publico.es/otrasmiradas/3829/racismo-liquido/>. [Última fecha de consulta: 20 de marzo de 2023].

*Derecho antidiscriminatorio*, Thomson Reuters Aranzadi, 2019.

SPINOZA, Baruch, *Ética demostrada según el orden geométrico*, Roma, 1677.

TORTAJADA, Iolanda; D'ARGEMIR, Dolors; MARTÍNEZ, Raúl; «Inmigración, crisis económica y discursos radiofónicos: hacia un lenguaje excluyente». *Estudios sobre el Mensaje Periodístico*, 2014 Vol. 20, N° 2. Madrid, julio-diciembre, pp. 899-916. Madrid.

VAN DIJK, Teun, *Racismo y análisis crítico de los medios*, Paidós Comunicación, Barcelona, 1997.

VILLATORO, Vicenç, «Los medios de comunicación ante la inmigración. La responsabilidad de informar, la responsabilidad de convivir», *Quaderns del CAC*, nº 12, enero-abril, pp. 3-11.

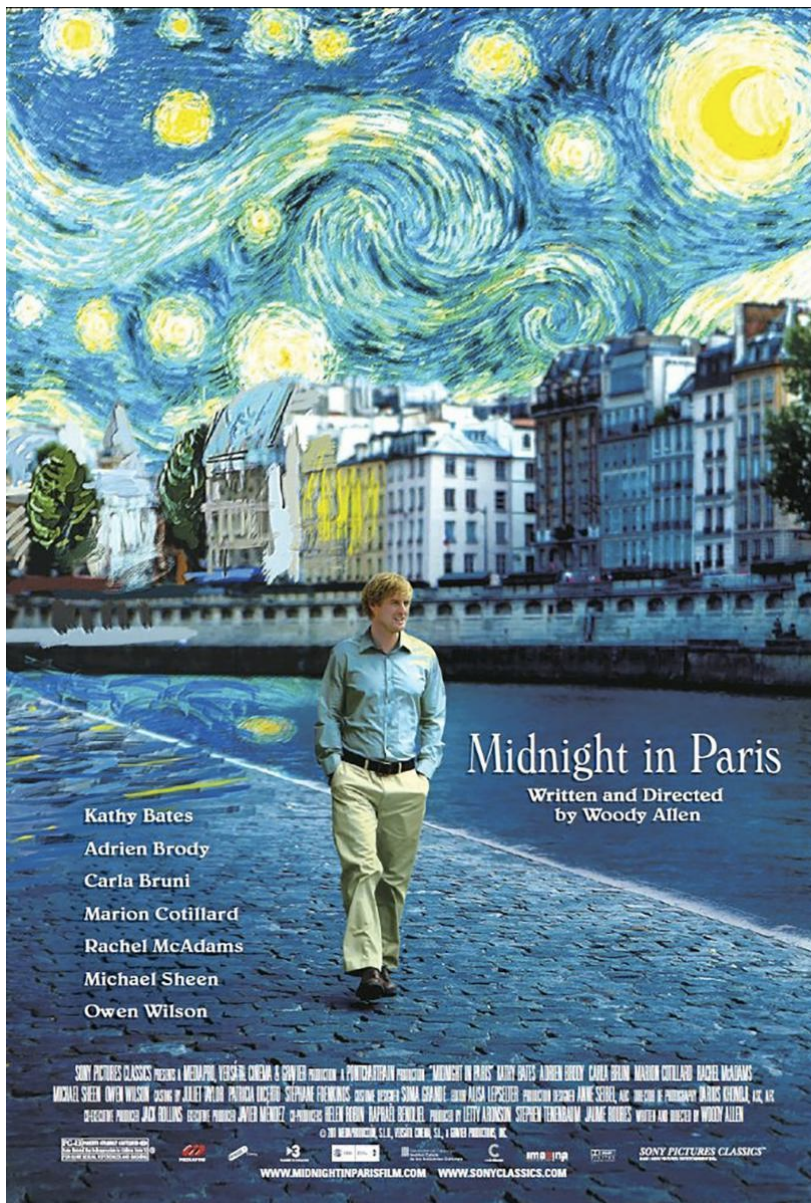
VIÑAS, Carles, *El mundo ultra. Los radicales del fútbol español*, Temas de Hoy, Madrid, 2005.

2. Ortega Giménez, C. y Tur Ausina, R. (2023). Midnight in Paris. ¿Cualquier tiempo pasado fue mejor?. En A. Ortega Giménez y L.S. Heredia Sánchez (Eds.), *Arte, cine, derecho y comercio internacional* (pp. 125-144). Pamplona: Editorial Aranzadi.

Se transcribe a continuación:

## **MIDNIGHT IN PARIS. ¿CUALQUIER TIEMPO PASADO FUE MEJOR?**

**Cristina Ortega Giménez  
Rosario Tur Ausina**



### **FICHA TÉCNICA**

**Género:** Comedia romántica

**Año:** 2011

**Duración:** 96 minutos

**Origen:** Estados Unidos

**Director:** Woody Allen

**Guion:** Woody Allen

**Productores:** Letty Aronson, Stephen Tenenbaum y Jaume Roures

**Fotografía:** Darius Khondji

**Música:** Stephane Wrembel

**Protagonistas:** Owen Wilson, Rachel McAdams, Kathy Bates, Adrien Brody, Carla Bruni, Marion Cotillard, Michael Sheen

**Premios destacados:** Oscar al mejor guion original, Globo de Oro al mejor guion, Premio WGA al Mejor Guion Original

## 1. SINOPSIS

Gil es un escritor norteamericano que viaja con su prometida Inez y los padres de esta a París para pasar unos días de vacaciones. Mientras vaga por las calles de la capital francesa, es objeto de una especie de hechizo que lo transporta, cada medianoche, a épocas pasadas. En estos viajes a través del tiempo tendrá la oportunidad de conocer y entablar amistad con grandes personajes del ámbito de la literatura, el arte o la música.

## 2. AUTORAS

**Cristina Ortega Giménez:** Graduada en Periodismo y posteriormente en Derecho por la Universidad Miguel Hernández de Elche (Alicante), donde también cursó el Máster en Innovación en Periodismo.

Ha trabajado durante cinco años en radio y ha realizado dos estancias de cooperación en Perú y en Líbano, en las que participó en proyectos educativos con menores en riesgo de exclusión y refugiados.

Actualmente es Profesora Asociada de Derecho Constitucional en la Universidad Miguel Hernández; coordinadora del Taller de Oratoria y Debate (TOD UMH); y está desarrollando su tesis doctoral sobre migración, libertad de expresión, medios de comunicación y delitos de odio.

Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Oviedo (España); en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (México); y en la LUMSA-Roma (Italia).

**Rosario Tur Ausina:** Catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad Miguel Hernández de Elche. Doctora en Derecho y Licenciada en Ciencias Políticas y de la Administración, forma parte de la Red Feminista de Derecho Constitucional y de la Asociación de Constitucionalistas de España.

Codirectora de la Revista General de Derecho Público Comparado (Iustel) y miembro del Comité Científico Asesor del Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional (CEPC). Ha participado en proyectos y líneas de investigación, con diversas publicaciones, en materia de derechos fundamentales y recurso de amparo, sociedad digital y teoría constitucional, democracia e instrumentos contramayoritarios, estatuto jurídico de la oposición, tutela multinivel de los derechos, igualdad de mujeres y hombres, fuentes del derecho y forma de gobierno, desarrollo del Estatuto de Autonomía valenciano, integración de la población inmigrante, Unión Europea y Comunidades Autónomas, o terrorismo y derechos fundamentales.

Ha realizado estancias de investigación en la Universidad de Siena, LUMSA-Roma, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y University of British Columbia (Canadá).

### 3. COMENTARIO

Recuerde el alma dormida, avive el seso  
y despierte contemplando cómo se pasa la vida,  
cómo se viene la muerte tan callando;  
cuán presto se va el placer,  
cómo, después de acordado da dolor,  
cómo a nuestro parecer  
cualquiera tiempo pasado fue mejor.  
Pues si vemos lo presente  
cómo en un punto se es ido y acabado,  
si juzgamos sabiamente,  
daremos lo no venido por pasado.  
No se engañe nadie, no,  
pensando que ha de durar lo que espera  
más que duró lo que vio,  
pues que todo ha de pasar  
por tal manera.

JORGE MANRIQUE DE FIGUEROA (1440-1479)  
*Coplas a la muerte de su padre*

#### I. DONDE HUBO...

Es un clásico en la literatura, en el arte, en el pensamiento... en la sociedad misma, que los contornos que separan el pasado, el presente y el futuro queden muchas veces difuminados. Que resulte difícil saber y escoger en qué espacio temporal vivimos y qué tiempo es/fue/será el mejor. Y si, en el fondo, sabemos enfrentarnos a la vida en cada instante. El miedo, la incertidumbre, el a veces pesado día a día... son un reto; siempre resulta más fácil vivir evadiéndonos hacia el pasado o hacia el futuro. Y mientras, el tiempo pasa.

Emprender la tarea de construir un sistema político, social y económico con valores, principios e instituciones puede ser un problema si no sabemos gestionar el presente y vivimos saltando del pasado al futuro. Especialmente si el miedo nos supera y no alcanzamos a buscar los frenos y contrapesos en cada instante, equilibrando todas nuestras pretensiones y deseos, ya sean racionales o puramente emocionales, o ambas cosas.

Este juego traicionero entre el presente-pasado-futuro es precisamente uno de los hilos que desarrolla *Midnight in Paris* para enganchar al espectador desde la primera escena de la película. Y todo ello en qué mejor contexto que París, representativa de una Francia erigida como cuna de la magia y de los ideales revolucionarios, de la libertad, de la igualdad y de la fraternidad. Una Francia siempre entendida por parte de Europa y del resto del mundo como un horizonte idílico y bohemio al que mirar (solo hay que recordar la emoción con la que el protagonista de origen americano, Gil, ensalza las virtudes de la ciudad al aterrizar en ella).

No obstante, la realidad parisino-francesa quizá no haya sido nunca un paraíso; de hecho, de inmediato nos encontramos con obstáculos, con problemas de interculturalidad a pesar de su singular multiculturalidad<sup>523</sup> presente desde hace décadas. Baste citar como ejemplo los conocidos “Disturbios de Francia” (2005) para recordar al espectador que el país galo no es un escenario tan encantador como quiere reflejar el inicio de la película. En efecto, fueron numerosas las protestas antidiscriminatorias que comenzaron tras la muerte de dos jóvenes africanos que escapaban de la policía en Clichy-sous-Bois, una comuna pobre ubicada en un suburbio del este de París. Se les había acusado de robo y ante el “miedo” al interrogatorio de las autoridades, se escondieron en una subestación eléctrica y terminaron electrocutándose al entrar en contacto con un transformador<sup>524</sup>.

Como medida para contrarrestar la violencia imperante que se desató en todo el país, el Gobierno decidió declarar el estado de emergencia; y el presidente de la República, Jacques Chirac, llegó a admitir durante aquellos días que “Francia tiene problemas innegables en las zonas urbanas más pobres (...)”; y que se debe trabajar para solucionarlos “sin importar nuestro origen, somos todos hijos de la República y todos tenemos los mismos derechos”<sup>525</sup>.

La cuestión más grave estriba en el entendimiento por parte de ciertas instituciones y población francesa de que los migrantes constituyen una “amenaza” para la seguridad y estabilidad de los Estados. En una visita a un suburbio francés, el que se convertiría años más tarde en presidente del Gobierno, Nicolás Sarkozy, afirmó que “el vandalismo y los crímenes formaban parte de la vida

---

<sup>523</sup> La multi e interculturalidad hacen referencia a la diversidad cultural, pero significan distintas formas de conceptualizarla. La multiculturalidad es un término principalmente descriptivo que determina la multiplicidad de culturas que existen dentro de un determinado espacio sin que necesariamente tengan relación entre sí. Sin embargo, la interculturalidad parte del reconocimiento, descubrimiento y tolerancia de los “otros”, y aspira a desarrollar relaciones, negociaciones e intercambios entre todas las culturas presentes para generar una verdadera interacción entre ellas. El objetivo final que persigue la interculturalidad es construir espacios de encuentro, diálogo y asociación entre seres, saberes, sentidos y prácticas distintas (WALSH, 2005). Por ende, la interculturalidad siempre debería ser la meta a alcanzar por todos los países caracterizados por una fuerte multiculturalidad.

<sup>524</sup> Días después, los ciudadanos del barrio comenzaron a manifestarse como “una forma de expresar la frustración por el desempleo, el acoso policial y la discriminación que sufrían diariamente en la zona” (*BBC News*, 02/11/2005: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/4399748.stm>). Rápidamente, los disturbios se expandieron a otras áreas de Francia y también a países de alrededor (Bélgica, Dinamarca y Alemania). La noche del 5 de noviembre de 2005 marcó el punto más intenso de las protestas en Francia con 1.295 vehículos incendiados, 312 personas arrestadas y una víctima mortal. (*El Mundo*, 14/11/2005: <https://www.elmundo.es/elmundo/2005/11/04/sociedad/1131110014.html>).

<sup>525</sup> *BBC News*, 10/11/2005: <http://news.bbc.co.uk/1/hi/world/europe/4425210.stm>.



cotidiana de los suburbios de toda Francia”, por ello tildaba a los jóvenes inmigrantes que allí vivían de “escoria”<sup>526</sup>.

Lo cierto es que los encuadres y las luces de París crean un perfecto entorno para resaltar estas paradójicas contradicciones y tensiones existentes entre autóctonos y extranjeros que a primera vista pueden no ser apreciables.

*Midnight in Paris* y, en concreto, los años 20 que rememora se observan como una inspiración; la misma que inspira a los intelectuales y artistas que aparecen en la película y, entre ellos, al protagonista. El romanticismo y la sencillez se convierten en aliados para quien quiere huir de un mundo materialista donde siempre hay lugar para la pedantería y la soberbia de quien cree conocerlo todo pero que quizá es solo un pobre pseudointelectual (por ejemplo, el personaje de Paul que dice conoce mejor Francia que los franceses). Al final se acaba en la idealización de una sociedad francesa y parisina del pasado que, como explicábamos, estuvo -y está- también plagada de contradicciones y crecientes dificultades de convivencia. Esta imagen que cultiva Gil puede derivar en un indeseable chovinismo al generar una excesiva fe en las virtudes y la excelencia de una falsa Francia que muestra una errónea superioridad.

Porque ¿quién sería capaz de seguir abrazando la nostalgia de un París romántico e idealizado? Únicamente Gil y la novela que está escribiendo que versa sobre un hombre que trabaja en una tienda de nostalgia. Sus suegros y amigos le espetan en varias escenas: “¿Quién compraría esas cosas?”. La respuesta es clara: aquellas personas que experimentan una nostalgia histórica y viven su presente en el pasado, quienes piensan que su vida hubiera sido más feliz de haber vivido realmente en aquella otra época; los que creen que el pasado ofreció una vida con unos valores y unos ideales que quizá ahora se hayan perdido.

De este modo acabamos moviéndonos entre el idealismo y el realismo (Gil (idealista), su prometida Inez (realista), entre la utopía y la realidad; con un pasado del que todo son sensaciones mágicas, mientras lo real y lo práctico, lo costoso, es el presente. El olvido más rotundo del *Carpe diem*. La idea de que Francia, cuna continental, muestra que ‘quien tuvo, retuvo’, aunque solo tomando conciencia de sus problemas de interculturalidad, ya no sabemos si realmente retuvo para bien o para mal.

---

<sup>526</sup> El ministro Sarkozy vociferó a unos vecinos durante su visita al barrio Val d'argent, en Argenteuil: "Vous en avez assez, hein?" ("Estáis hartos, ¿eh?"), "Vous (en) avez assez de cette bande de racaille" ("Estáis hartos de esa panda de escoria"), "Ben, on va vous on débarasser" ("Bien, os los vamos a quitar de encima"). Enlace al vídeo en el que se puede observar dicho encuentro: <https://www.youtube.com/watch?v=Bs2TiewZWXI>. Solo unos días después, tras el inicio de los citados Disturbios de París, Sarkozy reiteraría sus palabras en la cadena *France 2*: “Son matones, escoria, insisto y lo ratifico”, aunque después puntualizó que se refería únicamente a “una parte ínfima” de los jóvenes. (*El Confidencial*, 11/10/2015: [https://www.elconfidencial.com/mundo/2015-10-11/que-fue-de-la-escoria-de-francia\\_1051502/](https://www.elconfidencial.com/mundo/2015-10-11/que-fue-de-la-escoria-de-francia_1051502/)).

## II. LENGUAJE, CULTURA Y ODIOS. ENTRE LOS PRIVILEGIOS Y LOS SUBMUNDOS IDÍLICOS

Al evocarse mundos idílicos (del pasado o del futuro) suelen descubrirse espacios o ámbitos especialmente idóneos para ello.

Por un lado, nos encontramos con el lenguaje. Es significativo como Gil es objeto de burla por su pronunciación del francés en varias escenas de la película, lo que nos recuerda que a veces los idiomas se utilizan, en lugar de como puentes que permitan la comunicación entre las personas, a modo de auténticas barreras que las separan.

Un ejemplo evidente es el caso de España donde, a pesar de que nuestro artículo 3 de la Constitución Española proclama el reconocimiento y defensa de todas las lenguas habladas en nuestro país, este se ha utilizado de manera torticera según intereses de políticos y grupos nacionalistas: *El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla. 2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.*

Aquellos que se niegan a aprender un idioma cooficial de un territorio en el que residen, quienes recelan de las lenguas minoritarias por su escasa utilidad o quién sabe qué otros motivos, los que se empeñan en hablar en una lengua que solo ellos conocen frente a un público ajeno a la misma, los problemas identitarios de Cataluña y el País Vasco... todas estas cuestiones no difieren en exceso de las veces que, en *Midnight in Paris*, Paul se burla de Gil por no saber defenderse en francés o incluso de su propia mujer.

La lengua no ha de ser nunca una barrera y su aprendizaje debería comprenderse como un verdadero derecho lingüístico al que tuviese acceso real la población en su conjunto, al tiempo que un enriquecedor canal de comunicación que nos hace atractivamente diversos. La pluralidad es, en resumidas cuentas, más divertida.

Por otro lado, debemos referirnos a la cultura y el glamour que despierta. No es infrecuente que las grandes figuras de la cultura sean idealizadas y valoradas precisamente cuando ya no se encuentran entre nosotros. La nostalgia por lo idealizado se produce, así, cuando se carece precisamente de ello.

En esta película, la libertad artística se nos muestra, además, como un espacio ajeno al mundo del orden, de las reglas y de normas. Los arrebatos de genialidad de los artistas o esa especie de locura artística y connatural (en buena parte no aprendida) parece estar legitimada *per se*, y se convierte en una cualidad personal que no permite ataduras ni sujeciones. La consecuencia, al final, es la de un mundo altamente competitivo, desigualitario, arbitrario incluso y a veces cruel.

A colación de esto, surge la cuestión del odio: en una conversación entre Gil y Hemingway, este le dice al protagonista que no puede leer su novela porque le odiará. Si la obra es mala, lo hará por haber creado algo tan horrible; y si es buena, le odiará porque sentirá envidia de él.

Esta casual mención al odio nos obliga a detenernos en el fenómeno de desear el mal ajeno -o incluso de anhelar el mal por pura diversión-, porque no es nuevo: en 1677, el filósofo B. Spinoza

sostenía que era el odio lo que verdaderamente regía las relaciones entre las personas. Para el autor neerlandés, ese sentimiento nacía de la idea de que “los demás vivan según la índole propia (...), de querer ser alabados y amados por todos”. Y estas aspiraciones, que provienen de lo más profundo del ser, conducirían a que al final los seres humanos “acaben odiándose unos a otros”.

Siglos más tarde, lejos de desaparecer esa “tendencia a perjudicar a los demás” (así definía Plutarco el odio), parece que esta ha alcanzado unos límites insoportables: el Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, afirmó en una entrevista en 2020 que estábamos inmersos en un “tsunami de odio y xenofobia”<sup>527</sup>, entendida esta última como una aversión manifiesta hacia los extranjeros. Un peligro del que volvió a advertir a finales de septiembre de este año: “El discurso de odio y la desinformación siguen proliferando” (Twitter, 25-09-2022).

¿Y cómo reacciona el Derecho ante ello? Nuestro ordenamiento jurídico español no castiga el odio en sí porque, tal y como recordó nuestro Tribunal Constitucional<sup>528</sup>, no se pueden prohibir sentimientos, pensamientos o ideas (por ejemplo, el odio acérrimo que se profesan Hemingway y Fitzgerald quedaría reservado a una esfera íntima inviolable para el Derecho).

Sin embargo, sí se sanciona la comisión de un delito motivada por el odio y la incitación al mismo llevada a cabo mediante la palabra. De esta forma, surge uno de los conceptos más complicados de abordar en el ámbito del Derecho (y de la vida): los delitos de odio<sup>529</sup>.

Estos se dividen en actos (*hate crimes*) y discursos de odio (*hate speech*). Los primeros se recogen en el artículo 22.4º del Código Penal que agrava conductas básicas cometidas por razones racistas, xenófobas y/o discriminatorias. Tómese como ejemplo el caso de un ciudadano español que golpeó a otro de origen africano causándole una tetraplejia inmediata; y se le condenó por un delito de lesiones con la concurrencia de la agravante de discriminación racista. En los hechos probados se demostró que la agresión fue acompañada de expresiones indicativas del rechazo al colectivo al que pertenecía la víctima: “Negro hijo de puta”, “mono”; o frases en las que afirmó que “no debía estar en España porque su sitio era un jardín zoológico donde estuviera con otros monos como él”<sup>530</sup>.

Por otra parte, el discurso de odio criminalizado lo encontramos en el art. 510 CP que castiga la

---

<sup>527</sup> Entrevista disponible para su visualización en <https://www.unmultimedia.org/avlibrary/asset/2544/2544691/>.

<sup>528</sup> STC 35/2020, de 25 de febrero de 2020 (*Caso Strawberry*).

<sup>529</sup> La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) especificó, en el Consejo de Ministros celebrado en Maastricht en diciembre de 2003, que esta clase de delitos abarcaba *toda infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo (...) que pueda estar basado en una característica común de sus miembros, como su raza real o perceptiva, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, el sexo, la edad, la discapacidad intelectual o física, la orientación sexual u otro factor similar*.

<sup>530</sup> SAP 717/10, de 28 de junio de 2010.

incitación pública al odio contra colectivos vulnerables<sup>531</sup>. En *Midnight in Paris* no se hacen referencias explícitas a los grupos que viven ‘a la cola’ de la sociedad, pero en una conversación entre Gil y Gertrude Stein se alude a aquellos a los que todo les cuesta más (que parten en desventaja), a los que han de trabajar duro para demostrar que son igual de válidos que otros a los que ni siquiera se les cuestiona su talento... Por ello, nuestro ordenamiento jurídico entiende que a los primeros ha de protegerlos para que puedan ejercer sus derechos de una forma igualitaria con respecto a los segundos.

En este sentido, tómesese como ejemplo real una serie de comentarios publicados por un usuario en la red social Twitter: “53 asesinadas por violencia de género machista en lo que va de año, pocas me parecen con la de putas que hay sueltas”; “Y 2015 finalizará con 56 asesinadas, no es una buena marca pero se hizo lo que se pudo, a ver si en 2016 doblamos esa cifra, gracias”<sup>532</sup>.

No obstante, no todos los discursos que destilan odio son delito. Existen otras manifestaciones que exteriorizan aversión, hostilidad u odio, pero como no incitan directa o indirectamente a la violencia contra un colectivo de los protegidos en el art. 510 CP, se encuentran amparadas por el derecho a la libertad de expresión. Hablamos de los denominados ‘discursos odiosos’. Y ello, aunque desde la óptica de la ética o la moralidad nos produzcan repugnancia o rechazo; recuérdese en la ficción el modo hostil con el que se trata a Adriana en numerosas escenas o la violencia con la que Hemingway se dirige a ciertos personajes a los que desprecia abiertamente.

En nuestra realidad social, apréciase este comentario publicado por un tuitero anónimo tras el fallecimiento de la cantante Bimba Bosé en 2017: “Oye, anciano maricón @BoseOfficial, ¿dónde van a enterrar a la ramera de Bimba Bosé? Deseo ir a violar su canceroso cadáver”.

No obstante, que este tipo de discursos no puedan ser sancionados jurídicamente no implica que los poderes públicos no tengan la responsabilidad de reaccionar ante ellos. De hecho, el artículo 9.2 de la Constitución Española les exige *promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*<sup>533</sup>.

---

<sup>531</sup> El párrafo primero de este artículo (arquetipo del discurso de odio) dispone que *1. Serán castigados con una pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses: a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.*

<sup>532</sup> La STS 72/2018, de 9 de febrero, constituyó el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo conforme a la redacción actual del art. 510.1.a). El autor de los tuits fue condenado a una pena de 2 años y 6 meses de prisión, y multa de nueve meses con una cuota diaria de 40 €.

<sup>533</sup> Y en el segundo párrafo especifica que dichos poderes públicos han de *remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social*. Sin duda, toda una declaración de intenciones de nuestra Constitución cuya puesta en práctica supone un reto tan complejo como apasionante para vivir en democracia.

Es decir, que contrarresten la proliferación del odio más que prohibiendo o cancelando comportamientos y discursos, sembrando herramientas resilientes como la promoción de una adecuada tolerancia que nos permita convivir en armonía. Fijémonos que, en la película, Gil no quiere terminar su relación sentimental con Inez a pesar de que llega un momento en que prácticamente hacen vidas separadas. Él prefiere guardar silencio y soportar sus desplantes para evitar el conflicto, pero al final se demuestra que sí pueden romper de forma amistosa, sin confrontaciones innecesarias.

Precisamente los “discursos odiosos” constituyen una peligrosa ‘semilla’ para el florecimiento de un odio que alimenta el conflicto, la polarización... y pone en jaque la construcción de una sociedad en la que, independientemente del color, origen u sexo, todos deberíamos tener cabida o, por qué no, ser acogidos de una forma tan cálida como con la que reciben a Gil en *Midnight in Paris* cada noche que viaja a épocas pasadas. Nunca le preguntan de dónde viene o qué busca (como hacemos continuamente -y de forma consciente o no- con los extranjeros), simplemente le invitan a unirse a la fiesta y le hacen sentir uno más. Este sería un ejemplo muy ilustrativo de lo que defendía Bauman (2016): el derecho a la hospitalidad.

### III. ¿UN ORDEN MORALISTA O CON VALORES?

La evocación de momentos mejores no supone sino una especie de reivindicación del libre albedrío y de la autonomía de la voluntad, del afán de mostrar los sueños por cumplir y de las motivaciones que se encuentran latentes en el empeño de superación de las personas. Porque el presente parece someternos constantemente a la tensión entre hacer lo que realmente se quiere en la vida y lo que se espera de nosotros y nosotras (que efectivamente difiere según seamos hombres o mujeres). De este modo el libre consentimiento y la supuesta libertad del ser humano por fin conseguida parece ser solo un mito, por lo que ese deseo de romper ataduras y de huir de la rutina y monotonía corre el riesgo de imponerse.

Y es que conviene dejar de ser ingenuos y no olvidar la idea ‘hobbesiana’ según la cual “el hombre siempre será un lobo para el hombre”; una especie de “animal social”. Por ello necesitamos, incluso por encima de espacios solo aparentemente anárquicos como la cultura, de un orden jurídico que trascienda la mera imposición de normas de buena conducta establecidas en la sociedad, para consensuar valores que libremente pactados queden fijados en leyes y tratados, a fin de construir un auténtico (y libre e igual) Estado del Bienestar.

A fin de cuentas, se trata de evitar el odio, los abusos y crueldades, el miedo por placer (recordemos la conversación entre Hemingway y Gil cuando este le pregunta si tiene miedo a la muerte, Hemingway contesta que si tiene miedo a la muerte nunca escribirá bien). Si hay miedo a la muerte (al daño), como señala Hemingway, uno “no podrá escribir bien”, que es lo mismo que decir que no será libre.

No está tan claro que el recurso al pasado nos lleve directamente a observar un orden moralmente mejor. En realidad, para ello habría que desgranar el concepto mismo de ‘nostalgia’, pues una cosa es la nostalgia ‘histórica’, y otra bien distinta la ‘personal’. Respecto a la primera, el anhelo por vivir tiempos pasados y que no han sido vividos directamente implica (en palabras del protagonista de la película), vivir un tiempo anterior que realmente no ha sido experimentado. Es decir, se basa en negar directamente un presente que duele, con el que se está insatisfecho y del que deseamos evadirnos. Es tal el desespero por vivir el presente que preferimos retroceder en el tiempo.

En el fondo, se evidencian las dificultades por vivir el presente, la insatisfacción que nos rodea, y la propia negatividad con la que lo observamos todo. Si quien experimenta esta suerte de sensaciones son las fuerzas políticas, entonces la batalla por un sistema político sólido y duradero puede estar perdiéndose.

Por otro lado, la nostalgia personal estaría unida a los recuerdos para lo bueno y para lo malo. Para lo bueno porque desde este punto de vista los recuerdos son favorables y positivos. Es lógico que entonces queramos rememorar aquellos momentos. Sin embargo, cuando los recuerdos no han sido tan buenos, en dicho caso aquellos servirán para que no perdamos de vista quiénes somos y qué podemos aportar a la vida, para mantener nuestra propia identidad a pesar de las dificultades y experiencias traumáticas.

Resulta sugerente la diferenciación que lleva a cabo De la Torre (2001) de la identidad a partir de cómo la define (“conciencia de la mismidad”). Cultivar la “identidad personal”, marcada por las diferencias con el resto, y la “colectiva”, caracterizada a su vez por las semejanzas con los miembros del grupo al que pertenecemos es, quizá, uno de los anhelos que compartimos todos los seres humanos.

Sin embargo, la identidad, más que relacionarse con la idea de patriotismo nacionalista, se puede asociar con el concepto de ciudadanía universal, inclusiva y participativa que plantearon autores como Habermas (1989). El filósofo alemán era proclive incluso del denominado “patriotismo constitucional” entendido como una forma de identidad colectiva nacional donde la ciudadanía, a partir de su pluralidad, se relaciona de forma libre e igual en el marco de unos derechos humanos reconocidos patrióticamente. En ocasiones se ha intentado aplicar dicha expresión a la Unión Europea (en una especie de patriotismo constitucional europeo), como una forma de superar las identidades nacionales a través de esta identificación cívica democrática (Domingo Oslé, 2009).

Pero es claro que, hoy en día, tanto el logro de la ciudadanía universal de Habermas como el establecimiento de un constitucionalismo europeo -o incluso global- parecen más utópicos que nunca. Aunque, como constitucionalistas, creemos que siempre hemos de defender estos presupuestos con fervor, porque con ellos quizá no esté asegurada la vida digna a la que todos los seres humanos, sin distinción, tenemos derecho (Bauman, 2016); pero sin duda la búsqueda igualitaria de la misma sí lo estará.

En resumen, todo son idas y vueltas del presente al pasado y del pasado al presente. En ocasiones el presente nos exige demasiado (¿cómo construir una vida digna?) y no nos llena. Es entonces cuando se hace realidad la vuelta al pasado (¿pero de verdad antes estaba asegurada la construcción de una

vida digna? Creemos -erróneamente- que sí). Porque la realidad que vivimos nos aburre y es materialista, porque está hecha para unos pocos privilegiados, porque es oscura, opaca y sin brillo. Y así la vuelta al pasado se convierte en maravillosamente sencilla. En resumidas cuentas, volvemos, una y otra vez, a negar el presente y, por ende, a evitar centrarnos en desarrollar nuestras vidas.

#### **IV. CONSTRUYENDO UNA VIDA EN EQUIDAD**

La construcción de un sistema social y de una vida personal en equilibrio no depende solo del libre intercambio de ideas y de la discusión, de la mera emisión de las opiniones (recordemos la cena en el restaurante con los padres de Inez donde se habla de la democracia como el “libre intercambio de ideas”). No es ese el contenido del concepto de democracia que vale en nuestros días, pues se necesita encontrar los resortes y cauces, los frenos y contrapesos, para que la libre discusión no derive en un mero cruce descontrolado de opiniones sin metas precisas y basado en la dialéctica amigo-enemigo, de adversarios, donde cada uno cree encontrarse en posesión de la verdad (como nos transmite Cortina, 2016). Una democracia con mecanismos que permitan construir una convivencia en paz o, cuanto menos, sin abusos.

Al final, un sistema leal, donde cada persona sepa que debe actuar en el marco de sus funciones y competencias, considerando los efectos que genera en su propio funcionamiento, en quienes le rodean, y en el conjunto del sistema mismo.

Sin embargo, es cierto que los equilibrios raramente van a emerger por sí solos. La convivencia cotidiana es una constante mezcla de luchas por hacer valer unos criterios frente a otros, y los esfuerzos por cuajar acuerdos necesitan de una serenidad que en más ocasiones de las deseadas brilla por su ausencia. En efecto, aun siendo meritorio ese empeño por convivir, en ocasiones incluso las fuerzas decaen y los microdesequilibrios acaban por imponerse.

Es en el ámbito de las relaciones de mujeres y hombres donde perviven muchas de esas asimetrías de las que el cine suele dar buenas muestras. Mensajes tan sibilinos como pedir permiso -sin que parezca un pedir permiso-, para poder hacer algo fuera de una pareja (en la película quizá pase inadvertido el instante en el que Inez le pregunta a Gil si puede irse a bailar sin él); dejar caer la idea de que el hombre cuidará y protegerá a la mujer de por vida; aludir a las mujeres como puros objetos de placer (destaca también la conversación en la que se critica que Picasso retrate a su amada de esta manera), etc, son cuestiones aún muy frecuentes. Más si cabe cuando el contexto es romántico, nostálgico, sensible y sencillo.

En cualquier caso, lo cierto es que sigue todavía presente un falso amor romántico, pues la entrega y el respeto que representa el verdadero romanticismo suele ser sustituida por una dependencia que nada tiene que ver con el amor.

Tras ello late una suerte de esencialismo interno de las mujeres que son asociadas a determinados estereotipos o roles como la delicadeza, la sensibilidad, la intuición, la amabilidad, y un largo

etcétera; y que contribuyen junto con los correspondientes estereotipos masculinos, a perpetuar relaciones dependientes y asimétricas. En definitiva, relaciones dolorosas y desequilibradas. Al final, la historia de amor que suele presentarse en el cine no es sino uno de los aspectos vitales del ser humano a través del cual se proyecta cómo decide la persona vivir su libertad y como entiende esta -o se la hace entender la sociedad-.

Las dificultades por vivir el presente, cuidar una relación, decidir cuándo nos conviene o no, trabajar con empeño para construir proyectos comunes... hacen al presente aburrido y costoso. En ocasiones es más fácil restar importancia a los problemas (la infidelidad de Inez a Gil), banalizar las relaciones, dejarnos llevar por el conformismo y por la desidia; y en resumidas cuentas, dejar a un lado la razón para vivir en el mundo aislado de las emociones (resulta interesante -y manifiestamente contradictorio- como Gil se embarca en una aventura frenética con Adriana y a la misma vez no quiere percatarse de la infidelidad de Inez).

Sin embargo, emoción y razón han de ir de la mano. Huir de la realidad para abrazar el pasado, y actuar solo a través de la emoción es vivir de espaldas a esa realidad, aunque esta parece preferirse tarde o temprano (quizá ello nos permita entender que Inez prefiera a Paul desde su pedantería, que no a Gil que es visto más bien como un loco romántico).

Si bien el pasado tiene su encanto, llega un momento en que el presente se impone, cuando pasado y futuro se colocan en su sitio, en lo que fue y será y en sus propias contradicciones. Y todo ello con la paradoja de que anclarse en el pasado puede terminar por convertir a este, otra vez, en aburrido, con lo que de nuevo habría que buscar otra época pasada gloriosa.

Es preferible evitar abusos, engaños, mentiras y contradicciones, vivir el presente buscando la afinidad y complicidad entre las personas, y luchando, aunque sea duro, por los valores compartidos. Viviendo el presente, precisamente podemos seguir poniendo en valor las virtudes y enseñanzas del pasado, sin manchar su imagen. Pero se necesita que ese presente sea vivido con fuerza y empeño, para construir un proyecto personal y social digno. Se trata, en definitiva, de seguir haciendo historia con el presente, y para el futuro.

A pesar de la dureza de vivir el presente, la película nos acaba transmitiendo una mirada optimista del amor, que es atemporal y debe ser sencillo y simple, hermoso y verdadero, con entrega; y que en absoluto ha de generar sufrimiento ni ser complicado (obsérvese la conversación entre Hemingway y Gil cuando este le pregunta si cuando hace el amor siente una pasión hermosa y verdadera. Hemingway afirma que la cobardía viene de no amar o no amar bien, que es lo mismo, “cuando un hombre es valiente y ama de verdad en ese momento aparta el miedo a la muerte de su cabeza, y cuando esta regresa de nuevo hay que volver a hacer el amor”).

Es posible que la vida sea, al final de todo, una constante búsqueda de equilibrios. Pero estos no vendrán solos. Los esfuerzos por alcanzarlos deberán ser constantes, serenos y comprometidos. De lo contrario, simple y llanamente nos perderemos la vida.



## V. CUALQUIER TIEMPO PASADO NO FUE MEJOR, SOLO FUE DIFERENTE

Si entendemos que la vida está llena de insatisfacciones y el presente lo vemos rodeado de mediocridad y dolor, será fácil idealizar cualquier otra época y percibir una cierta nostalgia. La sensación de pérdida de épocas ya irrecuperables, generan una tristeza melancólica mientras vamos construyendo una visión sesgada de la historia. De hecho, se ha de ser cauteloso con la forma en la que alimentamos y utilizamos la nostalgia, por ejemplo porque puede acabar ligándose al totalitarismo. Hannah Arendt (1958) ya avisaba de que había que tener cuidado con aquellos líderes -de cualquier ámbito- que azuzaban la nostalgia en lugar de hablar del futuro u ofrecer esperanza. Y es que tópicos como 'vuelta a los orígenes' o 'pasados gloriosos' pueden ser herramientas útiles y atractivas de los fanatismos y totalitarismos para arraigar en una sociedad con miedo al futuro<sup>534</sup>. La elección de las palabras no es inocente y resulta determinante para construir realidades e influir en las percepciones. Por lo tanto, su uso correcto y preciso -nazi, franquista o fascista, en lugar de eufemismos como seguidor del nacionalsocialismo o nostálgico de Franco- constituye un aspecto fundamental para el avance, a través de la educación, de la sociedad y de una cultura de los derechos humanos.

Además, anclarse en una forma bucólica de ver la vida cuando deberíamos estar contribuyendo a consolidar un proyecto de vida, personal y político, razonable y sólido, se convierte en una peligrosa trampa que bloquea a los seres humanos.

La idea que queda sobre quienes se enrocan en estos posicionamientos es que son locos seres románticos, incapaces de enfrentarse al presente y a las circunstancias cotidianas, y que se mueven de forma impetuosa y compulsiva.

Desde luego, en absoluto podemos decir que con ello se progresa en la vida. Más si cabe, porque cada persona puede tener su propia época dorada, así que llegar a compromisos comunes en el presente apelando a diferentes pasados puede ser, al final, un foco importante de conflicto (recuérdese que para Gil la época dorada es la *belle époque*, pero para varios artistas -Degas, etc- lo es el Renacimiento).

Lo mismo sucede en política: en tiempos de monarquía, se ensalza continuamente la República, el diálogo de la Transición, determinados gobiernos, etc...

Vivir en el pasado puede suponer perderte el presente. Además, ¿por qué no somos capaces de ver el pasado con sus propias circunstancias, en su integridad? Gil observa esto de forma muy clara cuando comprende que, en determinadas épocas, si enfermaba no habría antibióticos para curarse, y así trata de convencer a Adriana para que se marche con él a otros años...

---

<sup>534</sup> Obsérvense estos titulares a propósito: “El nostálgico de Hitler que alienta una guerra racial”, *Diario Sur*, 16/09/2018, en <https://www.diariosur.es/internacional/nostalgico-hitler-alienta-20180916000301-ntvo.html>; y “Una vez más, los sectores más nostálgicos del franquismo”, *Nueva Tribuna*, 16/11/2022, en <https://www.nuevatribuna.es/articulo/sociedad/esquela-abc-franco-desafio-ley-memoria/20221116150242205029.html>.

No obstante, sí es cierto que puede ser positivo e incluso necesario en ocasiones tener referentes pasados (por ejemplo, la transición política), pero ajustados a su tiempo y no como un permanente pasado presente.

Por otro lado, tampoco el futuro y el progreso serán siempre lo mejor... el presente es insatisfactorio porque la vida misma es insatisfactoria; y lo es en todas las épocas, con independencia de las habilidades que haya tenido una sociedad para autogestionarse. La insatisfacción puede resignificarse; dotarse de significados emocionantes y distintos, como oportunidades para los cambios, para iniciar proyectos nuevos, para abordar por fin una tarea pendiente, para borrar heridas, y tantas cosas más (recordemos como en la película *Adriana decide* quedarse en los años 20 del pasado siglo, porque es de ese tipo de personas que no va a saber nunca vivir el presente).

Si queremos hacer cambios en un proyecto personal, social o político, podrá resultar conveniente recordar la historia para entender el contexto del que venimos, pero en absoluto quedarnos anclados en ella mientras perdemos de vista las circunstancias y los momentos vitales presentes.

Cualquier tiempo pasado no fue mejor, solo fue diferente, y sirvió para aprender. Cuando no sabemos bien qué caminos elegir, evocamos el pasado como una suerte de refugio, como una vía de escape que en realidad viene de nuestro mundo interno.

Cuando nos vamos al pasado todo parece maravilloso, como un sueño, olvidándonos sin embargo de las dificultades que tenían entonces, que parecen borrarse, mientras pretendemos que impere una visión presentista, una mirada del pasado desde el presente, cuando aquel tenía sus propias razones y miradas. Todo tiene su momento y su lugar, y lo importante es el trabajo del día al día.

Decía Jefferson, protagonista clave de la “Declaración de Independencia de los Estados Unidos” en 1776, que una Constitución debería cambiarse cada veinte o veinticinco años, y señalaba que una generación no puede sujetar con sus leyes a las generaciones futuras. Por ello, apuntó que “Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su Constitución”.

Con ello no pretendía advertir a cada generación de que tenía que llevar a cabo un cambio radical del proyecto político inicial, sino hacernos ver que la historia constitucional se construye en cada momento e instante, en el presente, a través de un ejercicio sereno de debate sobre el proceso de manutención de la propia libertad, la que se vive en cada momento.

#### **4. BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA**

ARENDDT, H. *La condición humana*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2005 (reedición).

BAUMAN, Z. *Extraños llamando a la puerta*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2016.

CORTINA, A. “Para qué sirve la democracia”, *El País*, 1 de junio de 2016. Disponible en: [https://www.iustel.com/diario\\_del\\_derecho/noticia.asp?ref\\_iustel=1154013](https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1154013).

DE LA TORRE MOLINA, C. *Las identidades, una mirada desde la psicología*, Centro de Investigación y desarrollo de la cultura cubana Juan Marinello, La Habana, 2001.

DOMINGO OSLÉ, R. “Patriotismo constitucional”, *Legal Today*, 2009. Disponible en <https://www.legaltoday.com/practica-juridica/derecho-publico/derecho-constitucional/patriotismo-constitucional-2009-06-11/>.

JEFFERSON, T. *Escritos Políticos*, Tecnos, Madrid, 2014.

HABERMAS, J. *Identidades nacionales y postnacionales*, Tecnos, Madrid, 1989.

QUESADA MONGE, R. “La lógica de la nostalgia. Historia y cultura en el siglo XX”, *Diálogos Revista Electrónica de Historia*, vol. 2, nº 2, 2001.

SPINOZA, B. *Ética demostrada según el orden geométrico*, Roma, 1677.

STERN, B. ‘Historical and Personal Nostalgia in Advertising Text: The Fin de siècle Effect’, *Journal of Advertising*, 21(4), 2013.

WALSH, C. “¿Qué es la interculturalidad y cuál es su significado e importancia en el proceso educativo?”, *La Interculturalidad en la educación*, Ministerio de Educación, Dirección Nacional de Educación Bilingüe Intercultural, Lima, 2005, pp. 4-7.

## **5. PREGUNTAS PARA LA REFLEXIÓN:**

1. ¿Qué opinión le merece la película?
2. ¿Por qué cree que generalmente al ser humano le obsesiona el pasado?
3. ¿Considera que, a día de hoy, somos más libres que en épocas anteriores?
4. ¿Cree que a los seres humanos les da miedo enfrentarse a los cambios? ¿Por qué?
5. ¿Sería capaz de citar estrategias y herramientas para vivir un presente desde el presente?



## AGRADECIMIENTOS

Comenzábamos esta investigación aludiendo a una reflexión intemporal de San Agustín: “Decís vosotros que los tiempos son malos... sed vosotros mejores y los tiempos serán mejores: vosotros sois el tiempo”. A decir verdad, el tiempo dedicado a la realización de esta tesis doctoral ha estado marcado por ciertos nombres que, sospecho, no solo han hecho mejor este trabajo, sino a quien redacta estas líneas: en primer lugar, debo referirme a mi directora y maestra, la profesora Rosario Tur Ausina, que con vocación y paciencia me ha acompañado en cada uno de los pasos que he dado desde que comencé esta travesía. Le expreso mi profundo agradecimiento por enseñarme a pensar en libertad y a construir una conciencia basada en el respeto y defensa de los derechos humanos.

Mi codirectora, la profesora Alicia de Lara González, ha enriquecido este trabajo con los valores que, a lo largo de los años, he aprendido de ella: responsabilidad, serenidad y espíritu crítico.

Mi admiración hacia ambas por tantas horas de trabajo y conversaciones para que una idea que nació hace cinco años, hoy sea una realidad.

Si me retrotraigo en el tiempo, he de mencionar tres nombres que, aún estando en la sombra, han aportado grandes dosis de luz a esta investigación: a mi profesor de Latín del colegio, pero también amigo y referente, Salva Rubio, he de darle las gracias por contagiarme la pasión por las humanidades y el cuidado por las personas. A José Juan López, profesor de esta Universidad, siempre le deberé la confianza que depositó en mí cuando solo era una joven estudiante de Periodismo. Y, en tercer lugar, a mi hermano y compañero, Alfonso Ortega, le agradezco su mirada vigilante en todas las etapas de mi vida y la tranquilidad de saber que encontraré su firme protección cada vez que la necesite.

A mi hermana María Eugenia le debo haber sido guía y refugio en los tiempos de mayor dificultad, y a mis sobrinos Alfonso y Sofía su ilusión y energía: bases que han de sustentar cualquier proyecto. A todos mis amigos les agradezco la convicción de saberme rodeada de tanto afecto y alegría. Al celebrar mis pasos como si fueran suyos, ellos también han conducido esta tesis hasta el final.

Por último, todo lo que soy y tengo se lo debo a mi madre, Suni Giménez. Ella fue mi primera Universidad y es, sin duda, la persona más importante de mi vida. Su generosidad, bondad y amor infinito me han traído hasta aquí. Esta tesis doctoral es por y para ti, mamá.