

# El valor constitucional Justicia, ¿en crisis? Derechos Humanos & Mercado

(The constitutional value of Justice, is it in crisis?  
Human Rights & Market)

Jiménez Villarejo, Carlos  
Eusko Ikaskuntza. General Alava, 5-1.  
01005 Vitoria-Gasteiz

BIBLID [ISBN: 978-84-8419-212-1 (2010); 97-118]

---

*La entrada en vigor de la Constitución y la proclamación de la Justicia como uno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico obliga a los poderes públicos a aplicar los mandatos constitucionales y legales adoptando aquellos valores y su potencialidad interpretativa. Dado que el “imperio de la ley”, el “ejercicio de los derechos humanos”, y la “convivencia democrática”, a que se refiere el Preámbulo constitucional, han de materializarse en el marco de un orden económico definido como de “economía de mercado”, este presupuesto condiciona considerablemente la realización histórica del valor justicia.*

*Palabras Clave: Justicia. Igualdad. Poder. Derechos. Corrupción. Migraciones. Discriminación.*

*Konstituzioa indarrean sartu eta Ordenamendu Jridikoaren gorengo baliotekoa bat bezala Justizia aldarrikatuta, botere publikoak agindu konstituzional eta legalak ezarri behar dauka, balio haiek eta interpretatzeko potentzialitatea hartuta. Konstituzioaren atarian “legearen inperioa”, “giza eskubideak erabiltzea” eta “elkarbizitza demokratikoa” aipatzen dira eta horiek ordena ekonomiko definitu baten markoan materializatu behar dira; marko hori “merkatuko ekonomia” bezala definitzen da eta auresuposizio horrek hein handi batean baldintzatzen du justizia balioaren erlazio historikoa.*

*Giltza-Hitzak: Justizia. Berdintasuna. Boterea. Eskubideak. Ustelkeria. Migrazioak. Diskriminazioa.*

*L'entrée en vigueur de la Constitution et la proclamation de la Justice comme l'une des valeurs supérieures du système juridique oblige les pouvoirs publics à appliquer les mandats constitutionnels et légaux en adoptant ces valeurs et leur potentialité interprétative. Étant donné que l'empire de la loi, « l'exercice des droits de l'homme » et la « convivialité démocratique », auxquels fait référence le Préambule constitutionnel, doivent se matérialiser dans le cadre d'un ordre économique défini comme « économie de marché », cette présomption contitionne considérablement la réalisation historique de la valeur justice.*

*Mots-Clés : Justice. Égalité. Pouvoir. Droits. Corruption. Migrations. Discrimination.*

## PREÁMBULO

En primer lugar, un recuerdo entrañable al alcalde de esta ciudad, Sr. Cuerda, quien en 1995 acogió amablemente un Congreso de la Unión Progresista de Fiscales.

El Congreso de Diputados aprobó el 27 de abril de 2006 una Ley declarando ese año, 75 aniversario de la proclamación de la Segunda República, año de la Memoria histórica, en “homenaje y reconocimiento” a las víctimas de la represión de la dictadura franquista, entre los que se encuentran los exiliados, como Manuel de Irujo. En el Preámbulo de la Ley se dice que “el régimen instaurado en 1931 es un antecedente directo del actual Estado social y democrático de derecho y del sistema autonómico”. Así resulta si se analiza someramente la obra del nacionalista vasco M. de Irujo como Ministro de Justicia desde el 17 de mayo de 1937. Dice G. Jackson, en su obra ya clásica sobre esa etapa de nuestra historia, que el ministro Irujo, en su afán de restablecer plenamente el imperio de la legalidad republicana,

(...) decretó la restauración de la toga y el birrete en los tribunales, se aseguró que los Presidentes de los Tribunales Populares fueran jueces de carrera, y dispuso que, sin dar publicidad, se pusiera en libertad a todos los sacerdotes encarcelados por el simple hecho de serlo.

Así lo confirman, entre otros, los Decretos que dictó el 22 y 29 de junio y el 6 de agosto de aquel año, que acreditan su preocupación –incluso en una situación tan adversa–, para que en dichos Tribunales y los Jurados de Urgencia se acentuara la presencia de jueces y fiscales de carrera, para que fuesen progresivamente integrados en la Administración de Justicia ordinaria y para que el procedimiento judicial se ajustase a las mayores garantías posibles. Fue todo un ejemplo de fidelidad a sus convicciones democráticas y de lealtad al Estado republicano.

## INTRODUCCIÓN

En la medida en que el valor Justicia es, sobre todo, igualdad<sup>1</sup> una reflexión como esta debe partir de la realidad social de la comunidad internacional. Una comunidad donde ya es sabido que no van a cumplirse los Objetivos de Desarrollo del Milenio del Programa de NNUU para el Desarrollo, concretamente reducir para 2015 la pobreza extrema a la mitad. Porque ese objetivo es inalcanzable mientras se mantenga “un “norte” rico, armado y muy minoritario poblacionalmente frente a un “sur” de hambre, carencia de medios y que incluye a la inmensa mayoría de la población mundial”<sup>2</sup>.

La Constitución es donde se plasman los principios tendentes a crear un modelo de convivencia democrática. Los principios son los de “libertad, justicia,

---

1. Atienza, M. *El sentido del Derecho*. Ariel Derecho, 2007; p. 173.

2. Capella, J. R. *Fruta prohibida*. Trotta, 1997; p. 290.

igualdad y pluralismo político”. Pero dichos principios para su desarrollo, precisan de un ethos democrático en el comportamiento de cuantos participan en el sistema democrático, y, de modo singular, en la función pública.

El **ethos democrático** significa una profunda lealtad a los valores y reglas del sistema. Lealtad que quiere decir riguroso respeto de los derechos y garantías individuales, servicio exclusivo al interés general, régimen riguroso de incompatibilidades, procedimientos administrativos transparentes, decisiones honradas presididas por la probidad y, cómo no, que los partidos políticos, que representan la voluntad popular, estén financiados de forma diáfana e independiente de los poderes económicos. En definitiva, una Administración que gobierne desde la “integridad, la honestidad y la responsabilidad”, como exige Naciones Unidas, para generar credibilidad y confianza en los ciudadanos y ciudadanas y crear una cultura cívica de rechazo de la violencia, de la deslealtad y de la corrupción. Sólo desde esta posición, podremos alcanzar una democracia, todavía imperfecta, donde la libertad y la igualdad sean patrimonio efectivo de todos.

El ethos es la condición necesaria para que los ciudadanos encuentren la respuesta satisfactoria a sus demandas de justicia y la realización de valores propios de la sociedad democrática. El modo en que se produzca la afirmación de estos valores determinará si la democracia gana o no en legitimidad. Y es ahí dónde los políticos, en su más amplio sentido, tienen ante sí una tarea relevante. Como decía Adela Cortina, “la tarea del político consiste no en atenerse pasivamente a lo posible sino en hacer activamente que lo valioso sea posible”. Y su comportamiento debe ser una barrera contra la desviación de poder, la arbitrariedad y el favoritismo que representan la antítesis de la idea de servicio.

Desde esta perspectiva es como debe afrontarse la presente reflexión.

## 1. JUSTICIA VERSUS DESIGUALDAD

Que estamos ante una sociedad desigual socialmente es indudable. Así lo reconoce el propio T. C. (S. 3/83): “la economía de mercado se asienta sobre *‘ordenamiento compensador e igualador en orden a la corrección al menos parcialmente de las desigualdades fundamentales’*”. Significa el reconocimiento expreso de una sociedad desigual. Precisamente el equilibrio entre economía de mercado y la garantía del interés general es lo que hace que la Constitución defina al Estado como “democracia social de derecho” y, por esta razón, el ciudadano no solo tiene un “status libertatus” sino también un “status civitatis”, que comprende los derechos sociales, económicos y culturales que, en definitiva, pretenden otorgar a los ciudadanos un nivel de bienestar que es también una exigencia de la dignidad humana. Conviene tener muy presente que la Constitución (art. 10. 1) proclama que “la dignidad de la persona”... y el “libre desarrollo de la personalidad” “son fundamentos del orden político y de la paz social”... Por ello, la comunidad internacional ha reconocido estos derechos como parte sustancial del ordenamiento jurídico democrático. Como el Pacto de Nueva York

de 19. 12. 66, ratificado por España el 13. 4. 77, la Carta Social Europa de Turín de 1966<sup>1</sup>, o el Código Europeo de la Seguridad Social de 16. 4. 64, ratificado por España el 4. 2. 94.

El reconocimiento de estos derechos significa que el Estado o, mejor, las Administraciones Públicas, deben ser garantes de aquel bienestar. Y, con mayor fuerza cuando el sistema capitalista, dominado por la política neoliberal, está en un proceso globalizador que conduce a acentuar las desigualdades de las personas y los pueblos. Ante una nueva sociedad, con enormes avances tecnológicos, ante los fenómenos positivos de la masiva incorporación de la mujer al trabajo y de las migraciones que procedentes del sur buscan una mejor calidad de vida y que incrementan las demandas sociales, los Estados no pueden responder, siguiendo los dictados del capitalismo mundial, con políticas que acentúan la desigualdad y la exclusión social. Sin embargo, estamos ante un proceso que se caracteriza por la baja calidad de los servicios universales, un endurecimiento en el acceso a los programas asistenciales –pensemos en el nivel de las pensiones no contributivas o de las rentas mínimas–, en la imposición a ciertos segmentos de la población de una situación económica precaria con una protección pública cada vez más incierta y selectiva y otras consecuencias semejantes. Porque, en definitiva, la “lógica del mercado”, derivada del poder de ciertos grupos sociales y empresas, está imponiéndose en el propio ordenamiento jurídico<sup>3</sup>.

Pero el proceso de globalización mundial está conduciendo a una crisis que afecta no solo al respeto de los derechos mas básicos sino que acentua la crisis social. Así lo reconocen los críticos del propio sistema, como Stiglitz: “La creciente división entre los poseedores y desposeídos ha dejado a una masa creciente en el tercer mundo sumida en la más abyecta pobreza viviendo con menos de un dólar al día”<sup>4</sup>. Añadiendo que la globalización, “para muchos de los pobres de la tierra no está funcionando”<sup>5</sup>. La globalización, como veremos, genera que la soberanía de los Estados se diluya, que las democracias se debiliten y que, finalmente, gobiernen los poderes económicos que controlan las instituciones internacionales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial del Comercio.

La globalización económica y financiera está generando, pues, un incremento de la desigualdad económica y social que provoca ineludiblemente, como veremos, movimientos migratorios desde los países empobrecidos hacia los desarrollados. Así lo favorece la expansión de dicha desigualdad, la falta de oportunidades de empleo, la violencia, la discriminación y la pobreza. En la medida en que los países de destino, fundamentalmente los occidentales, implantan políticas de contingentes y fuertes controles fronterizos para frenar la inmigración están favoreciendo, objetivamente, la irrupción de grupos delictivos organizados y de redes criminales que controlan y explotan el proceso migratorio. Creando situaciones que se asemejan a formas modernas de esclavitud.

---

3. Atienza, M. obra citada, p. 136.

4. *El malestar en la globalización*. Taurus, 2002; p. 29.

5. *Ibidem*, p. 269.

Los factores desestabilizadores del sistema constitucional se manifiestan tanto en el orden político como económico. Y, como veremos, consisten sustancialmente en abusos de poder que lesionan valores esenciales del Estado social y democrático de Derecho.

## 2. ABUSOS DE PODER ECONÓMICO Y POLÍTICO

En el ámbito de la función pública, los abusos de poder, cuando adquieren cierta gravedad y relevancia, son expresiones de corrupción. En la actividad económica, lesionan el orden económico constitucional y perjudican a los consumidores, es decir, al conjunto de los ciudadanos.

Abusos que aparecen y crecen, con cierto grado de impunidad, dado que estamos en una “economía transnacional que en gran medida escapa al control de los poderes de los Estados”, donde “el paradigma de la democracia estatal se ha hecho insuficiente”<sup>6</sup>.

Y las empresas y, sobre todo, en el sector financiero actúan al margen de cualquier regulación nacional e internacional. El problema es de tal trascendencia que la prestigiosa organización Transparencia Internacional le ha dedicado el Informe anual de este año<sup>7</sup>: “Las empresas deben reconocer que los riesgos de corrupción van mucho más allá de los sobornos y que requieren un enfoque integrado de la probidad y de la responsabilidad cívica”. Decía el Profesor de ESADE Luis de Sebastián que “la razón de ser de las empresas es el beneficio de la comunidad”<sup>8</sup>. Ello les da “legitimidad y respetabilidad”. Con el fin de obtener estos atributos, ante el vacío legal existente, se han puesto en marcha iniciativas y estudios para dotar a las empresas de aquellos códigos que, por más bienintencionados que sean, no afectarán a las parcelas de su actividad donde el supuesto servicio a la comunidad entra en conflicto con la obtención de beneficios.

Las citadas iniciativas no bastan ante “la mano invisible del mercado”<sup>9</sup> o ante “connivencias empresariales espurias”<sup>10</sup> que agudizan las relaciones entre negocios y ética. Pero, sobre todo, cuando las empresas actúan fuera o contra el marco constitucional que define el orden socio-económico vigente.

El concepto y alcance del “orden socio-económico” como valor fundamental que debe ser objeto de una específica protección ha de situarse, necesariamen-

---

6. Declaración de Granada, 29-5-2005, Conclusiones del Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y social, J. Habermas, E. Díaz, L. Ferrajoli, M. Atienza...

7. Informe Global de la Corrupción 2009. Corrupción y Sector Privado ([www.transparencia.org.es](http://www.transparencia.org.es)).

8. “Breve antología de términos económicos”. Cuadernos *Cristianismo y Justicia*, nº 145, p. 12.

9. Ubaldo Nieto de Alba, Presidente del Tribunal de Cuentas. *Ética de Gobierno, economía y corrupción*. Editorial Complutense. 1996.

10. Estefanía, J. *La cara oculta de la prosperidad*. Taurus, 2003.

te, en la Constitución. En efecto, la Constitución establece un determinado modelo de “orden socio-económico”, de Constitución económica, que ya asumió el Tribunal Constitucional (S. 1/82, de 28 de enero) al decir:

En la Constitución española de 1978, [...]. Este marco implica la existencia de unos principios básicos del orden económico, que el Preámbulo resume con la garantía de la existencia de “un orden económico y social justo”.

Criterio que define la línea de un “orden socio-económico”, característico del Estado social de Derecho, en el que, por tanto, el reconocimiento de “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado” (art. 38 CE.) como eje del sistema económico está sujeto a un amplio conjunto de prescripciones constitucionales, como la función social de la propiedad privada (art. 33. 2) que, como acertadamente sostiene Díez Picazo, no solo “preserva a la propiedad en un sistema económico que continúa siendo capitalista” sino que “origina deberes para el propietario en función de intereses distintos y del interés público general” (véase la Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, de 26 de marzo, sobre utilidad individual y función social de la propiedad privada), la subordinación de toda la riqueza del país al interés general (art. 128. 1), la planificación de la actividad económica para atender a las necesidades colectivas, equilibrar y armonizar el desarrollo regional y sectorial, estimular el conjunto de la renta y de la riqueza y su más justa distribución (art. 131. 1) y, finalmente, por imperativo del artículo 9.2, el compromiso de los poderes públicos de promover la efectiva y real igualdad y libertades de los ciudadanos mediante la remoción de los obstáculos que se opongan a ello. Con ello, la Constitución define un modelo social y económico, según el cual los Poderes Públicos deben promover, garantizar y asegurar los derechos que se integran en “los principios rectores de la política social y económica”. No estamos, pues, ante un “fundamentalismo de mercado” que, pese a las declaraciones de los dirigentes políticos en las cumbres mundiales, parece dominar las políticas económicas de las grandes potencias<sup>11</sup>.

Desde este marco fundamental, podría sostenerse que el modelo económico constitucional está configurado por la libertad económica, cuyo núcleo es la empresa y el mercado (art. 38), completado por una activa ordenación de la actividad económica de los poderes públicos con el fin de “promover el progreso... de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida” (Preámbulo de la Constitución) que se concreta en los artículos 40, 45, 50, 54, 130, 131, etc., preceptos que no persiguen otra cosa sino equilibrar el desarrollo económico. Por ello, la economía de mercado constitucional exige la intervención de los Poderes Públicos en la regulación de la misma.

Estamos, pues, ante un sistema de “orden socio-económico” que el legislador debe amparar y proteger frente a aquellas conductas que lo perturban gravemente.

En esta dirección, guarda una especial relevancia la exigencia de un responsabilidad específica a los sujetos de la actividad económica, a las empresas.

---

11. Berzosa, Carlos. “La economía en la Constitución”. *El Siglo*, nº 579. 24/11/2003.

En este contexto, los esfuerzos para definir y dotar de contenido a la Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y su ajuste a los presupuestos constitucionales están resultando cada vez más difíciles.

Así lo expresan dos iniciativas relevantes en esa dirección.

En primer lugar, el Código Unificado de Buen Gobierno de la CNMV, aprobado en Mayo de 2006, que concluye con unas Recomendaciones tan genéricas como fácilmente eludibles. Si, como sostiene, el objetivo último de la empresa es la “maximización del valor económico” resultará complejo que ese fin sea compatible con “los principios de responsabilidad social que la compañía haya considerado razonable adoptar para una responsable conducción de los negocios”. Es francamente decepcionante.

Igual ocurre con el Informe de la Subcomisión Parlamentaria del Congreso de Diputados en orden a promover y potenciar la responsabilidad social de las empresas, aprobado en Julio de 2006, con el fin de que sirva de base a un futuro proyecto de ley del Gobierno. Constituye un catálogo de proclamaciones retóricas y de buenas intenciones. Dice así:

(...) las empresas no solo deben preocuparse por los resultados, sino también por la forma en que los obtienen y por su contribución a la sociedad... El valor social de las empresas está cada vez mas desconectado de sus resultados y ha de demostrarse de otro modo.

Se reclama que las empresas deben incorporar valores sociales o medioambientales, lo que se denomina “prácticas sociales solidarias...”. Y, ciertamente, plantea la necesidad de “medir la eficacia de la gestión en clave de derechos humanos” y “poner en marcha mecanismos, metodologías y sistemas internos y externos de evaluación” para “corregir determinadas prácticas o procesos incorrectos”. Pero no avanza mas allá. Y es una grave deficiencia cuando reconoce que las empresas actúan “en un contexto de internacionalización y deslocalización crecientes de la economía, que fragmenta los procesos productivos en países con diferentes grados de protección de los derechos humanos” y que “nuestras sociedades reclaman a la empresa responsable que construya su legitimidad, identidad y responsabilidad a través, también, del respeto de los derechos humanos”. Hasta ahora, los efectos de este Informe han sido nulos.

Resulta evidente que pese a estos moderados proyectos, “el mercado no facilita la ética”<sup>12</sup>, sobre todo, cuando ante ciertas operaciones y en determinados países, como ocurre con el comercio de armas, el mercado es un fin en sí mismo. Sería deseable que el crecimiento de una ética cívica, sustentada en valores como la tolerancia y el respeto, sin excepciones, de todos los derechos, favoreciera un desarrollo de una ética empresarial. Pero, ¿es ciertamente viable? ¿O es una cuestión de cosmética? ante las exigencias de los usuarios, con-

---

12. Rodríguez Arana, Jaime. *Mercado versus Función pública*. Escola Galega de Administración Pública, 1996; p. 62.

sumidores y de la sociedad civil<sup>13</sup>. Quizás fuese posible si la empresa, como decía el Profesor Aranguren, actuase como un “quehacer moral, el quehacer por excelencia de nuestro tiempo, cuyos objetivos son no solo la producción y los beneficios que de ella, de los bienes y servicios resultan, sino el desarrollo humano y el bien moral”. Pero este desideratum está lejos de alcanzarse cuando se comprueban los beneficios anuales que obtienen, entre otras empresas, las entidades de crédito y las remuneraciones de sus directivos que expresan un régimen profundamente injusto y desigual.

Así resulta de los análisis de la economía española. En España, hay un crecimiento cada vez mayor de las personas físicas que ganan más de un millón de euros al año hasta el punto de que es uno de los 10 países del mundo con más millonarios. Igual ocurre con el incremento de personas que ganan al año más de 24 millones de euros que según fuente solventes como el Banco de Inversiones Merrill Lynch y la Consultora Cap Gemini son 1.500 personas, aún cuando según la Agencia Tributaria española solo 65 declaran dicho nivel de renta. Mientras tanto, la Agencia Tributaria reconoce que el fraude fiscal alcanza el 20/25% del PIB y se concentra en los grupos más poderosos de la población. Pudiendo calcularse que las cuotas no ingresadas a causa del mismo suman anualmente más de 70.000 millones de euros<sup>14</sup>. Simultáneamente España, en la Europa de los Quince es uno de los países con mayor índice de pobreza (el 18% de la población)<sup>15</sup>. Y los grandes Grupos bancarios, el Santander, el BBVA o La Caixa actúan en un mercado financiero transnacional, carente de regulación, y con una presencia significativa en paraísos fiscales que garantizan la opacidad de los agentes y sus operaciones y la ausencia de carga fiscal.

### 3. LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

En este contexto tan difícil debe plantearse el efectivo reconocimiento de los “derechos económicos, sociales y culturales” más allá de los límites actuales. Especialmente, cuando el Estado o la Administración competente incumplen muchas veces el deber prestacional que les imponen la Constitución y las Leyes en materia de derechos sociales –derecho a la vivienda, derecho a prestaciones asistenciales– derechos que por ser de una difícil individualización quedan más desprotegidos. Porque, frente a quienes sostienen que dichos derechos no son mas que “directrices al legislador”<sup>16</sup> y que su satisfacción dependerá de las “disponibilidades financieras” de los poderes públicos, es necesario afirmar su condición de derechos individuales y universales y, por tanto, fundamentales. Todo ello, sin desconocer que tales derechos requieren de “una actividad meta-esta-

---

13. Cortina, Adela. *Ética de la empresa*. Editorial Trotta; p. 76.

14. Datos del Informe “Propuestas en época de crisis. Necesidad de un Plan especial de la Administración Tributaria”. Organización Profesional de Inspectores de Hacienda del Estado. Valladolid. Octubre 2009.

15. Navarro, Vicenç. Catedrático de políticas públicas de la UPF. Informativo Attac. Madrid, septiembre 2006.

16. Díez-Picazo, Luis María. *Sistema de Derechos Fundamentales*. Thomson-Cívitas, 2008; p. 69.



tal” y en la medida que afectan a la economía precisan “como mínimo una recaudación fiscal suficiente para financiar las prestaciones que les dan contenido”<sup>17</sup>.

Ante esta perspectiva los derechos sociales son un instrumento esencial para los siguientes objetivos:

- Exigir de los Estados mayores controles de la economía de mercado particularmente de los movimientos económicos especulativos, es decir, Banca privada, cuentas de corresponsalía, paraísos fiscales, actividad en éstos de las filiales de la Banca y Cajas de Ahorro, etc.
- Exigir una institucionalización de los sistemas de protección social –sanidad, educación, ocio, cultura, etc.
- Exigir una redistribución de la renta a través de un sistema fiscal progresivo y de un incremento del gasto público y,
- Exigir un mínimo vital.

Hoy, ante el creciente endurecimiento de la política económica, los derechos sociales son la base de legitimidad pública, de la condición de ciudadanos. Ciudadanos empobrecidos y marginados, son ciudadanos excluidos de la participación política activa.

Así lo proclamó la Declaración y Programa de Acción de Viena (NNUU) aprobada por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos (25. 6. 93): apartado 5:

Todos los derechos son universales, individuales e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándole a todos el mismo peso.

En dicha Conferencia se afirma “el derecho al desarrollo como derecho universal e inalienable y como parte integrante de los derechos humanos fundamentales”. Dice más, “la generalización de la pobreza extrema inhibe el pleno y eficaz disfrute de los derechos humanos”, en cuanto constituyen un “atentado contra la dignidad humana”.

Así pues, los derechos sociales son universales –patrimonio de todas las personas, son primordiales– como garantía de desarrollo de la persona y son exigibles de formas diversas.

En las Resoluciones del Comité de Derechos Humanos de NNUU, son múltiples las que establecen que los derechos sociales generan: obligaciones de **respeto**, de **protección** y de **satisfacción**, que se traducen en el deber de las Administraciones de disponer de recursos suficientes y, ante todo, en garantizar la prestación de los servicios correspondientes.

---

17. Capella, J. R. obra citada, p. 205.

Como es sabido, una parte sustancial de estos derechos están desarrollados en el Capítulo III del Título I de la Constitución como *Principios rectores de la política social y económica*. Ahí están, entre otros, desde el deber de mantener un “régimen público de seguridad social para todos los ciudadanos”, hasta la protección de sectores sociales específicos como las personas mayores –se habla de “tercera edad”- a quienes debe garantizarse mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”, la “suficiencia económica”. En definitiva, los poderes públicos están obligados a cumplir esas prescripciones. Y deben reconocerse los esfuerzos que se han hecho en las Comunidades Autónomas. Por ejemplo, en las leyes siguientes. En primer lugar, en Euskadi, la Ley 10/2000, de 27 de Diciembre, de Carta de Derechos Sociales (originada por una iniciativa legislativa popular), que posibilita “a todos los ciudadanos el acceso al mercado de trabajo y les garantiza(a) una renta básica para que puedan ejercer sus derechos de ciudadanía”. Luego, complementada y ampliada por la Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social. Ley que tiene,

(...) por objeto regular el Sistema Vasco de Garantía de Ingresos e Inclusión Social y, en su marco, el derecho a las prestaciones económicas y a los instrumentos orientados a prevenir el riesgo de exclusión, a paliar situaciones de exclusión personal, social y laboral, y a facilitar la inclusión de quienes carezcan de los recursos personales, sociales o económicos suficientes para el ejercicio efectivo de los derechos sociales de ciudadanía (...).

Ley que, entre sus modalidades, comprende “la renta básica para la inclusión y de protección social”, además de otras muchas formas de intervención positiva de las Administraciones vascas. En la misma dirección, de garantizar los derechos sociales, el Parlamento de Catalunya aprobó la Ley 18/2007, de 28 de Diciembre, sobre el “Derecho a la vivienda” que pretende, ante un mercado insensible a “la necesidad vital de provisión de un techo” reaccionar para favorecer el acceso a la vivienda de “sectores sociales sensibles como los jóvenes, las personas de tercera edad, los inmigrantes y las personas en situación de riesgo, que sufren situaciones de exclusión del derecho a la vivienda”. Leyes que responden a la imperiosa necesidad de suplir, en términos de L. Ferrajoli, “lagunas de garantía” y que en palabras de D. Zolo, representan “prestaciones asistenciales ofrecidas discrecionalmente por el sistema político por una exigencia sistémica de igualación e integración social, de legitimación política y de orden público”<sup>18</sup>.

Pero, en cualquier caso, el ejercicio de los derechos sociales no está amparado con la misma eficacia que los derechos civiles y públicos. Basta la lectura del 53. 3 de la Constitución para advertirlo, ya que no admite exigirlos por vía judicial. Y el Tribunal Constitucional en la línea fijada por ese precepto, ha establecido, faltaría más, que los principios rectores “no son normas sin contenidos”, pero que la Constitución establece “un marco... suficientemente amplio para que dentro de él quepan políticas de muy diferente signo” y “desarrollos legislativos diversos” (S. 11/81 y 19/82).

---

18. Ferrajoli, L. *Derechos y Garantías. La ley del mas débil*. Trotta, 2006; p. 108.

Si, como hemos visto, estos derechos están en base del respeto a la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad debería ser viable su exigibilidad ante los Tribunales. Los mandatos a los poderes públicos deben traducirse en una efectiva satisfacción a los ciudadanos de las prestaciones sociales básicas. El poder público tiene, en esta materia, un deber activo.

Desde el planteamiento de este deber, la exigencia de estos derechos, incluso en vía judicial directa, puede tener dos presupuestos básicos:

- Si la Constitución establece que debe garantizarse que la libertad e igualdad sean “reales y efectivas” (Art. 9. 2) puede afirmarse que los poderes públicos no solo no pueden empeorar los niveles de satisfacción de los derechos sociales sino que deben actuar avanzando hacia cotas más altas de prestaciones. Es lo que podríamos llamar principio de “no regresividad” o, mejor de “progresividad”.

En definitiva, los derechos sociales pueden entenderse como irreversibles y, en tal medida, cualquier actuación, por acción u omisión, de los poderes públicos que limite su satisfacción está afectando a derecho básico a la dignidad humana.

- En segundo lugar, el incumplimiento de los poderes públicos de su deber de prestación en áreas determinadas –como la sanidad– o a sectores sociales concretos puede entenderse como una forma de discriminación y esa omisión del poder público pudiera estar lesionando el “derecho a no ser discriminado” que, constituye, sin duda, un derecho fundamental, siempre exigible por la vía directa e inmediata que plantea el Art. 53. 1 de la Constitución (Art. 14 de la Constitución).

La exigibilidad de los derechos sociales ante los Tribunales puede llevarse a cabo cuando el Poder Público:

- “Viola” o “incumple” una obligación derivada de su posición de garante de la calidad de vida; por ejemplo, cuando empeora una cobertura sanitaria respecto del estado anterior.
- Pero, también, cuando el Poder público mantiene de forma sistemática y constante –más allá de un plazo razonable– “una omisión” de medidas básicas para garantizar a los ciudadanos ciertas prestaciones sociales como, por ejemplo, el derecho a una vivienda digna por un precio razonable en función de los ingresos de los ciudadanos.

Sería un modo de identificar y clasificar los contenidos de los derechos sociales y, asimismo, de fijar cuotas sin límites de la discrecionalidad de la Administración a la hora de otorgar las prestaciones.

El ejercicio de acciones ante los Juzgados y Tribunales, siempre de resultado incierto, debe ser un instrumento además de otras formas de acción cívica y

política de participación de los ciudadanos en la configuración de los contenidos esenciales de los derechos sociales.

Es un planteamiento que apela a un combate desigual porque a nadie se le oculta la diferencia de fuerzas que media entre los ciudadanos, por más organizados que estén, y los grandes centros del poder económico y político. A lo que debe añadirse la complejidad y el carácter ritual de los procedimientos judiciales. Pero es una forma de concretar, de hacer practicable una “modesta utopía”<sup>19</sup>, que los ciudadanos sean plenamente sujetos de derechos y que el Derecho sea un instrumento de limitación del poder. Con este ejercicio de responsabilidad pudiera ser que la concepción de la Justicia-Administración ceda ante una Justicia-Servicio. Creo que estaríamos ante una aproximación a la realización del ideal constitucional de Justicia<sup>20</sup>.

Pero no podemos ignorar que estamos, globalmente, ante el declive del Estado de Bienestar, que ha generado un deterioro de las condiciones de vida de importantes segmentos sociales y el incremento de la desigualdad, en el seno de las sociedades del primer mundo. Entre otras razones, porque la globalización revela su estrategia de restar poder a la política estatal-nacional, para conseguir “la realización de la utopía del anarquismo mercantil del Estado mínimo”<sup>21</sup>. Estamos asistiendo a la difusión de un capitalismo desorganizado, donde no existe ningún régimen internacional, ya de tipo económico, ya político. El problema principal es la impotencia o la incapacidad de los gobiernos estatales<sup>22</sup> para intentar frenar esta tendencia.

En el escaso poder de maniobra que les ha quedado a los Estados, algunos en lugar de implementar mecanismos regionales de integración global, que lleguen a ser capaces de articular algún tipo de medidas de control y de organización frente a las transacciones económicas transnacionales, así como procurar la vigencia de los derechos humanos en todo el mundo, han decidido que la solución para preservar la seguridad, nuestro mercado laboral y el Estado de bienestar, pasa entre otras medidas por imponer numerosas trabas legales y policiales frente a los inmigrantes pobres. Por ello, puede afirmarse que la globalización supone discriminación y exclusión.

Esta mutación que afecta al Estado contemporáneo, que pasa del Welfare State a un modelo de Estado mínimo en lo socioeconómico y máximo en lo refe-

---

19. Andrés Ibáñez, Perfecto. *Justicia/conflicto*. Tecnos; p. 133.

20. Lecciones de Derechos Sociales. AA.VV. bajo la coordinación de María José Añon Roig y José García Añon. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2002; Págs. 207-214.

21. Vid., Beck U. *¿Qué es la globalización?, Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Paidós, Estado y sociedad, 2001; p. 17.

22. Para Habermas, J. “El estado-nación europeo y las presiones de la globalización”. En: *New Left Review*, nº 1 (“El nacionalismo en tiempo de globalización”). febrero 2000; p. 124, se ha producido una erosión de las prerrogativas del Estado-nación que se manifiesta en: “a) el declive de los recursos del estado para efectuar tareas de control; b) los crecientes déficit de legitimación de los procesos de toma de decisiones; y c) una creciente incapacidad de desempeñar el género de funciones directivas y organizaciones que contribuyen a asegurar la legitimidad”.

rente al control social. Wacquant, lo ha definido con precisión: “difuminación del Estado Económico, debilitamiento del estado social, fortalecimiento y glorificación del Estado penal”<sup>23</sup>. La consecuencia está siendo que, en un mundo en que el dinero no reconoce límites nacionales y el poder político se legitima por la seguridad, los espacios de excepción se multiplican: fronteras especiales (muros), regiones fuera de control, campos de concentración y de refugiados, bases militares, espacios clandestinos de tortura, zonas en guerra, tierras de nadie, guetos urbanos; la lista es inacabable. Y así crecen los islotes de excepción, “espacios vacíos de derecho”, para decirlo como Agamben<sup>24</sup>, en que el poder actúa sin límites, como si todo estuviera permitido.

#### 4. LA CORRUPCIÓN COMO CAUSA DE INJUSTICIA

Ya entró en vigor en la comunidad internacional, incluida España, la Convención de las NNUU contra la Corrupción (31/10/2003. BOE 19/7/06), un instrumento esencial para enfrentarse a esta lacra. Que complementa los Convenios del Consejo de Europa sobre la materia (27/1/1999). Debería ser una gran oportunidad para estrechar el cerco a corruptores y corrompidos. La Convención plantea que la corrupción constituye una amenaza para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética, la justicia, compromete el desarrollo sostenible y el imperio de la ley. Y expresa también la preocupación porque detrae de los recursos públicos vastas cantidades de activos que perjudican la estabilidad política y el desarrollo sostenible de las sociedades. Además de constatar que ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella.

En todo caso, es una buena noticia en cuanto fomenta una cultura cívica contra la corrupción y plantea a los Estados reformas legales mas eficaces frente a ella. La Convención trata con el mismo rasero la corrupción en el sector público y el empresarial y exige transparencia en la Administración y en la contratación pública. Por vez primera, se plantea que puedan ser perseguidos penalmente los servidores públicos que, al cesar en sus cargos, no puedan acreditar su incremento patrimonial. Se estimula la cooperación ciudadana para la denuncia de los hechos, admitiéndose la denuncia anónima. Y, entre otros muchos avances, se reclama a los Estado emplear los mismos métodos que hoy se aplican a la delincuencia organizada, como las operaciones encubiertas, la vigilancia electrónica y el control de las transferencias financieras para evitar el blanqueo de sus fondos. La Convención genera muchas expectativas. Ya veremos cómo y cuando se cumplen. Cualquier demora, que ya está produciéndose, será una forma de favorecer la corrupción y su impunidad.

La realidad, en su conjunto, no parece ir en esa dirección. Así, el Presidente del Zaire (1965-1997) Mobutu Sese Seko, sustrajo de su país unos 5.000

---

23. Vid., Wacquant, L. *Las cárceles de la miseria*. Madrid: Alianza, 2000.

24. Agamben, G. *Estado de excepción. Homo sacer II, 1*. Pre-textos, 2004.

millones de dólares, el equivalente a su deuda externa. El dictador nigeriano Sani Abacha y su camarilla saquearon y desplazaron hacia la banca occidental 2.200 millones de dólares. Como lo acreditó el escándalo del Programa Petróleo por Alimentos que la ONU aplicó en Irak desde 1996 hasta su invasión. El programa fue diseñado para aliviar el sufrimiento del pueblo iraquí provocado por las sanciones impuestas al Gobierno de Sadam Hussein por la comunidad internacional. La Comisión de Investigación de la ONU, presidida por P. Volcker, descubrió que 2.253 empresas occidentales, 45 españolas, aprovecharon sus relaciones comerciales con aquel Gobierno, para el pago de sobornos a las Autoridades iraquíes por valor de aproximadamente 4.000 millones de dólares. El Informe Volcker, que reclamaba una rigurosa investigación, no se ha cumplido. Debería saberse quienes y donde decidieron y ejecutaron la acción criminal y, en particular, cómo se transfirieron los fondos ilícitos a sus beneficiarios. Pero, ¿qué está haciéndose? Hasta ahora, solo consta que la Fiscalía de Nueva York emprendió la persecución del que fue Director del Programa por haberse beneficiado de 160.000 dólares como resultado de un soborno. Y podría continuarse con Salinas, Fujimori, Pinochet, etc. La magnitud de la corrupción ha quedado reflejada en numerosas ocasiones por la Oficina contra la droga y el delito de NNUU. Cada año, se pagan en el mundo sobornos por valor de más de un billón de dólares.

Y, por otra parte, la salvaguarda de los derechos económicos, sociales y culturales, que forman un todo con los anteriores, exigen un Estado social de derecho más fuerte, un Estado en el que no puede tener cabida una economía insolidaria, una actividad económica carente de una auténtica regulación y la corrupción, vicios que socavan los cimientos del Estado. El compromiso consiste, esencialmente, como decía R. Dworkin, en tomarse “los derechos en serio”<sup>25</sup>, frente a políticas públicas que, bajo la cobertura de políticas de emergencia, ponen en peligro aquellos derechos pretendiendo legitimar restricciones inadmisibles a las garantías y derechos básicos. Por todo ello, no es excesivo afirmar que estamos, como dijo Bobbio, “en el tiempo de los derechos” tanto civiles como sociales porque todos en su conjunto están en permanente peligro mientras no alcancemos el “orden económico y social justo” que preconiza la Constitución.

La construcción del Estado democrático de Derecho tiene, entre sus fundamentos, que los servidores públicos, de todas las categorías, obren al servicio del interés general, que actúen con imparcialidad y objetividad y, por tanto, bajo una taxativa interdicción de la arbitrariedad. Estos principios, constitucionalizados en los artículos 9, 117. 1 y 103, son la base de todo el marco normativo que debe prevenir y castigar cualquier forma de corrupción. Porque, en efecto, la corrupción, con mayor intensidad la delictiva, es precisamente la negación de estos principios, la subversión de la función pública democrática en cuanto, además de violar la ley, antepone el interés particular al público. Como dijo el profesor Calsamiglia, la corrupción es, sobre todo, un acto de “deslealtad” del servidor público hacia los valores constitucionales afirmando que “La corrupción

---

25. Dworkin, R. *Los Derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 1984.

pone de manifiesto la falta de aceptación de reglas importantes de la democracia”<sup>26</sup>. La aceptación de esas reglas exige que estén perfectamente definidas y que sean imperativas de modo que su incumplimiento genere responsabilidad y una forma u otra de sanción. Es necesario que el Estado disponga de defensas jurídicas eficaces frente a sus propios servidores que, a diferencia de otros infractores, se amparan en las normas para quebrantarlas.

Porque la corrupción, lejos de ser la expresión de un comportamiento desviado individual, surge desde dentro del sistema e incluso el propio sistema lo genera. Entendiendo como sistema al poder político en su más amplio sentido. Precisamente por el carácter estructural de la corrupción, por su magnitud y por su trascendencia económica ha ido creciendo la preocupación internacional ante ella.

Entre las diversas formas de corrupción, merecen una especial atención las que están asociadas, entre otros ámbitos, a la gestión urbanística y a la financiación de los partidos políticos.

Dentro de la actividad económica de la Administración, la gestión del urbanismo se sitúa como “piedra angular cuando se debate sobre la corrupción”<sup>27</sup>. La protección del territorio y la defensa del urbanismo generan una actividad pública decisoria sobre la calificación o el uso del suelo que constituye una indudable fuente de poder de grandes efectos económicos. Por ello, es particularmente significativo que en este ámbito la corrupción aparece especialmente vinculada a formas de delincuencia organizada.

Desde este presupuesto, hace ya mucho tiempo que el urbanismo ha generado una profunda preocupación ante una cierta pasividad de los poderes públicos responsables de su control. Así lo expresó el profesor Villoria con motivo de la presentación del Informe de Transparencia Internacional sobre la corrupción en el 2006: “La calificación del suelo urbano es el origen de los mayores casos de corrupción”.

Y lo confirmó el Informe presentado ante el Parlamento europeo por la Comisión de Peticiones (28-3-2007) sobre el proceso de urbanización de determinadas zonas de Madrid, Andalucía y Valencia que hace referencia al “enladrillado del litoral”, de la costa mediterránea, “al descomunal enriquecimiento de una pequeña minoría a costa de la mayoría”, proceso que está representando en algunas comunidades “un expolio de la propia comunidad y de su patrimonio cultural”. Finalmente, en las conclusiones, denuncia que “Las presiones a favor de la ejecución de grandes proyectos urbanísticos suelen proceder de la comunidad empresarial, que es la que mas se beneficia de esta lucrativa actividad”.

Basta considerar lo que significa decidir sobre el suelo, su calificación, su enajenación, además de las licencias urbanísticas. Decisiones públicas de gran

---

26. Calsamiglia, A. *Cuestiones de lealtad*. Editorial Paidós – Estado y sociedad.

27. Saban Godoy, A. *El marco jurídico de la corrupción*. Cuadernos Civitas; p. 38.

riesgo en cuanto se producen confluyendo con intereses privados representados por los agentes económicos de gran influencia. La respuesta de los poderes públicos ha sido en muchas ocasiones claramente errónea y hasta ha consentido la actividad especuladora de los ayuntamientos. Las decisiones municipales en este ámbito afectan, además, a derechos fundamentales como el derecho a una “vivienda digna y adecuada” y aún “medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona” y a una “calidad de vida” (Arts. 45 y 47 de la Constitución).

La Administración Autonómica y Local son, por tanto, espacios donde las reglas del mercado deben encontrar los contrapesos necesarios para limitar los efectos tan negativos de su funcionamiento libre. Precisamente porque están en juego derechos fundamentales que la Administración debe garantizar y satisfacer por encima de cualquier otra consideración. La consecuencia debe ser que el principio inspirador de la actividad urbanística y la utilización del suelo sea el interés general y garantizar la participación ciudadana en la planificación y ejecución urbanística y, desde luego, en las plusvalías que genere el suelo. Así lo acordó el Congreso de Diputados el 25 de abril de 2006. Que se cumpla plenamente.

La financiación de los partidos, a pesar de reforma legal de 2007 (L. O. 8/2007, de 4 de Julio) continúa siendo un factor que mide el grado de ética pública de la clase política y que afecta gravemente a la credibilidad y representatividad de los partidos. Particularmente en la financiación privada de los partidos, el problema es aún más grave. Es sabido que el crecimiento de los costes de la política, derivados sobre todo de las modernas campañas electorales, les lleva a una constante exigencia de recursos económicos. La obtención de dinero se ha convertido en un objetivo político en sí mismo. Y es evidente que las aportaciones económicas privadas pueden generar una desigualdad económica entre los partidos, rompiendo el principio de igualdad de oportunidades, afectando a la representatividad de los mismos y al propio fundamento del pluralismo político. Por ello conserva actualidad la reflexión del profesor Koenig, de la Universidad de Estrasburgo:

La cuestión esencial es saber por qué una sociedad o una empresa financia a un partido político. La respuesta lógica es que el generoso donador busca en el partido y, por consiguiente, en los poderes públicos que son ocupados por el partido, ventajas que, en otro caso, no habría obtenido.

Las Fiscalizaciones del Tribunal de Cuentas lo acreditan anualmente. Por mas que en dicha Ley se hayan suprimido las donaciones anónimas, es evidente el riesgo que representaban para la independencia de los partidos y su acción de gobierno. En el ejercicio 2005, los datos eran los siguientes. El PP, como partido estatal, ya que siempre presenta las cuentas estatales, obtuvo por dicho procedimiento 3.068.741 euros, el PNV, 903.889,56 euros y el PSOE, como formación estatal, recibió por ese concepto, 847.700 euros. A la problemática que representa dicha forma de financiación, se añade el endeudamiento financiero de los partidos que en ese ejercicio representó para todas las formaciones con representación parlamentaria 144,8 millones de euros, cifra que plantea muchos interrogantes sobre la independencia de los partidos respecto del poder financiero.



## 5. LOS INMIGRANTES, ¿SON CIUDADANOS?<sup>28</sup>

Afrontar el problema migratorio, particularmente el de origen africano, obliga a tener presente datos históricos sobre la relación de Occidente con ese continente. Así lo expresaba el Profesor Luis de Sebastián:

Recordemos brevemente los casi 25 millones de africanos que los comerciantes y marinos ingleses, franceses, holandeses, daneses, portugueses, españoles, etcétera, van a transportar contra su voluntad y en condiciones inhumanas a las plantaciones americanas de azúcar, tabaco y algodón (El Periódico de Cataluña 23-10-2005).

En definitiva, el tráfico de esclavos que, junto a la posterior colonización, truncaron las posibilidades de desarrollo de esos pueblos. Europa y, en concreto, el Gobierno español están obligados a formular una política de inmigración que repare aquellos daños históricos y favorezca un proceso migratorio fundado en el respeto de los derechos humanos y en la progresiva integración social. Así lo proclama la Declaración del Milenio de NNUU: "Adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias...".

En nuestro país, el tratamiento global no ha estado en esa dirección, pese a los efectos positivos de un proceso de regularización. La Ley Orgánica 14/03, de 20 de noviembre, "sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social" no ha cumplido esa función integradora. Con el mismo objetivo que las anteriores y de la reforma que está en marcha, fue esencialmente útil para aumentar la contención de la inmigración procedente de países empobrecidos y un mayor control policial de su entrada y permanencia en España. Una ley contra grupos de personas que son esencialmente "inmigrantes extracomunitarios pobres", que buscan sobrevivir en nuestro país con riesgo incluso de su propia vida. Los demás objetivos, proclamados en la Exposición de motivos, son pura retórica.

Ya sabemos que España, por su condición de frontera con países subdesarrollados es un destino privilegiado de flujos migratorios que, con mayores o menores barreras policiales, seguirán afluyendo a nuestro país. Naturalmente que el fenómeno migratorio debe ser regulado y ordenado, pero desde el respeto riguroso de los principios constitucionales y del ordenamiento jurídico que debe inspirarse en dichos principios. La descripción de este estado de cosas quedó reflejada, entre otros documentos, en éste de la Unión Europea:

La inmigración ilegal es polifacética en cuanto a los individuos implicados y los modelos de su entrada y residencia ilegales. Primero están los que entran ilegalmente en el territorio de un estado miembro. Esto puede ocurrir cruzando las

---

28. El título del presente trabajo lo sugiere el estudio: "Inmigrantes: ¿invasores o ciudadanos?", Cuaderno nº 152 del Centro *Cristianismo i Justicia*, con la colaboración del Ayuntamiento de Barcelona. Barcelona. Febrero 2008. Y parte de las conclusiones del Grupo de Estudios sobre Tendencias Sociales, de la UNED, y la Fundación Sistema, que ha llegado a las conclusiones de que en este momento el 20 % de los trabajadores extranjeros por cuenta ajena carecen de contrato de trabajo (es decir, unos 600. 000).

fronteras de forma ilegal o utilizando documentos falsos o falsificados en un puesto fronterizo. A menudo estas entradas ilegales se hacen de forma individual. Sin embargo, cada vez en mayor medida, las entradas ilegales son organizadas por intermediarios, que proporcionan transporte, refugio temporal, documentos de viaje, información, vigilancia u otros servicios de apoyo que empiezan en los países de origen, continúan en los de tránsito y finalizan en el país de destino. Los precios de estos servicios de tráfico son muy altos. En caso de que los inmigrantes ilegales no sean capaces de pagar el precio se convierten a menudo en víctimas de los traficantes, que recurren a su explotación para obtener el “reembolso del coste del viaje (Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, 2002/C14202).

Así lo reconocía el Consejo Europeo, aunque luego no sea coherente en el desarrollo de sus políticas migratorias. En la Resolución de 20-10-03, sobre iniciativas para luchar contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres (2. 003/C 260/03) insistía en,

la erradicación de las causas profundas de la trata (que podría extenderse a las migraciones) como las desigualdades por razones de sexo, el desempleo, la pobreza y todas las formas de explotación.

La nacionalidad, única circunstancia que diferencia a los inmigrantes de los españoles, no puede generar una tan intensa diferencia de trato que haga quebrarse el valor de la “igualdad”, uno de los presupuestos de nuestro sistema democrático. El tratamiento discriminatorio de aquellos extranjeros es, además, un factor que favorece activamente la fractura de la sociedad y un proceso de exclusión social de graves consecuencias.

Decíamos que el problema no es nuevo. En efecto, ya en 1929, seguramente el jurista más relevante del siglo XX, Hans Kelsen, se opuso a la distinción entre nacional y extranjero como soporte del concepto de Estado. Dijo así:

No es requisito indispensable del orden jurídico nacional distinguir, entre los individuos sujetos a él, aquellos que son nacionales de los que no lo son: en una autocracia nadie tiene derechos políticos; en una democracia radical la tendencia es la de ensanchar cuanto sea posible el círculo de quienes poseen derechos políticos<sup>29</sup>.

Posición que ha mantenido con dureza el profesor M. Atienza:

El principio de que se puede discriminar a las personas en lo concerniente al goce y disfrute de los bienes básicos por razón de su nacionalidad... es, pura y simplemente, inmoral<sup>30</sup>.

Tan inmoral como la esclavitud o la discriminación sexual.

Y, en efecto, la discriminación, ya patente en la L. O 8/2000, se acentúa en la actualmente vigente y en la reforma en tramitación.

---

29. Citado por M. Atienza en *Tras la justicia*, Ariel derecho, p. 237.

30. Obra citada. *Nacionales y extranjeros. Las (sin) razones de una discriminación*.

En todo caso, el análisis de la Ley vigente debe partir de los términos del artículo 10 de la Constitución:

(...) 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 otros son el fundamento del orden jurídico y de la paz social.

Y, en desarrollo de dicho precepto y de su fuerza expansiva, el profesor González Casanova ha sostenido que no puede prevalecer la distinción nacional-extranjero sobre la condición de la persona humana a los efectos de disfrutar de los derechos que le son inherentes<sup>31</sup>.

Pues bien la dignidad humana, atributo esencial de todos los inmigrantes, no es especialmente el fundamento de la Ley vigente y, aún menos, después de la reforma.

Cuando deberíamos estar ante una tendencia hacia la profundización de la efectiva igualdad de nacionales y extranjeros, a la difuminación de las diferencias, la realidad normativa actual va en dirección contraria. El artículo 3.1 de la L. O. 4/2000 pareció emprender aquel camino: “como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”. Y, en el apartado 2, constata que no puede “alegarse la profesión de creencias religiosas o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”. Coherentemente con estos principios, el artículo 23.1 define el acto discriminatorio:

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

Para luego definir distintas formas de discriminación, directa o indirecta que, sustancialmente, consisten en la imposición por las Administraciones a los extranjeros “por su condición de tal” de “condiciones más gravosas que a los españoles”. Exactamente esta situación, que continúa presente la nueva Ley, constituye una contradicción en sí misma.

La adopción de estas medidas represivas, que se extienden a unas cincuenta infracciones, podría constituir una “discriminación institucional” hasta el punto de crear, en términos legales, un entorno “intimidatorio, humillante u ofensivo”.

---

31. “Drets fonamentals i llei d'estrangeria”. Institut d'Estudis Autònomic.

En cuanto al derecho al voto, exigencia ineludible de un tratamiento justo de los inmigrantes, el Parlamento Europeo adoptó en 2001 una Resolución sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en la que se recomienda a Austria, Bélgica, Alemania, España, Francia, Grecia, Irlanda, Luxemburgo y Portugal que firmen y ratifiquen el convenio Europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local, de forma que amplíen el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y europeas a todos los ciudadanos de terceros países que residan legalmente en el territorio de la Unión Europea desde al menos tres años. El Estado español continúa sin cumplirla.

El reconocimiento de los derechos de ciudadanía es un elemento básico en la integración de los inmigrantes, puesto que evita la discriminación entre los que pueden y los que no pueden votar. Al reconocimiento de los derechos laborales y sociales debe acompañarle el reconocimiento de los derechos políticos. Sólo con el pleno reconocimiento de los derechos políticos se logrará la incorporación de los extranjeros a la sociedad como miembros de pleno derecho.

Las actuaciones en contra de la discriminación deben ir más allá del ámbito laboral y abarcar otros como la educación, la protección social, la asistencia sanitaria o la oferta de bienes y servicios.

Está claro que el hecho de que los inmigrantes no puedan participar en la elección de quienes legislan implica que éstos se interesen en menor cuantía por ello, por lo que se ahonda en la diferenciación y la discriminación. Permitir a los inmigrantes el voto es coherente con la propia democracia que aboga por la igualdad y el respeto a los demás.

La opción de voto para los extranjeros en España implica una modificación legislativa y constitucional importante, aunque no por ello imposible, y sí muy lógica. El principal cambio se centra sobre la Constitución de 1978. En el momento de la redacción de la Carta Magna, la situación social estaba muy alejada de la actual. En aquellas fechas, los artífices del texto constitucional no podían prever la realidad de principios del siglo XXI, en la que los inmigrantes se han convertido en parte inseparable de nuestra sociedad y, en mayor medida, los procedentes de países extracomunitarios.

Continuar relegando el derecho de voto a criterios de reciprocidad, cuando es evidente que hay existen países con los que no podremos firmar tratados por motivos legales, sociales o políticos, es condenar a sus ciudadanos a no ser reconocidos como ciudadanos de primera, fomentado la segregación política y, en consecuencia, dificultando la integración y la cohesión social.

El actual Proyecto de Ley, aprovecha la transposición de la normativa europea para introducir un nuevo recorte de derechos y una visión utilitarista de la inmigración orientada a las necesidades productivas, "haciendo que la célebre

frase que pronunció el escritor Max Frisch “pedimos mano de obra... y llegaron personas” recobre vida”<sup>32</sup>.

Las directivas europeas son normas de mínimos, es decir, el deber de transposición no justifica un retroceso en nuestra legislación. El caso más evidente en el de los centros de internamiento; la legislación europea no nos obliga a incrementar el periodo de retención y pasar de 40 a 60 días. Entendemos que esta reforma debía significar una oportunidad para incorporar la visión de integración y el respeto a los derechos humanos de acuerdo con la realidad actual, pero nos encontramos con todo lo contrario; se trata de un texto cuyo punto de partida es la regulación de la inmigración como respuesta al contexto de crisis, justificando de esta manera la rebaja en el listón de derechos y el incremento de sanciones, presentando a la personas inmigrantes como simple mano de obra y estigmatizando su figura, vinculándola a la ilegalidad y optando por medidas de represión y control y muy poco de integración.

La reforma debía haber sido una ocasión para aplicar “políticas de discriminación inversa y que se dirigen a restañar los efectos de desigualdades previas, duraderas y que afectan a los individuos que pertenecen a determinados colectivos que, por ciertas características, padecen históricamente una situación de grave desventaja”<sup>33</sup>. Pero el Gobierno no quiere avanzar en esa dirección. La respuesta son las alambradas de Ceuta y Melilla, esos “muros mudos” de que hablaba Eduardo Galeano.

## 6. CONCLUSIÓN

Para concluir, una vez más es preciso tener presente las palabras de Ferrajoli que enlazan con los presupuestos de este análisis. En dos sentidos. Primero, para exigir el fin de lo que el denomina “gran apartheid” que sufre la mayoría del género humano, sumido en la pobreza. Y, además, para plantear a los gobernantes que tienen competencia sobre ello, que no lo olviden, que los derechos fundamentales, entre los que están el derecho a la libre circulación y el de residencia, se harán reales cuando se haga “irresistible la presión de quienes han quedado excluidos ante las puertas de los incluidos”<sup>34</sup>.

Y, en el terreno de ética pública, constatar que la salvaguarda de los derechos económicos, sociales y culturales, que forman un todo con los derechos de la persona y los derechos civiles, exigen un Estado social de derecho más fuerte, un Estado en el que no puede tener cabida una economía insolidaria, una actividad económica carente de una auténtica regulación y la corrupción, vicios

---

32. Enmienda a la totalidad de IU-ICV de la reforma propuesta por el Gobierno de la vigente Ley de extranjería.

33. Javier de Lucas, Comentario al Art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en la obra colectiva *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 1998, Editorial Icaria, p. 180.

34. L. Ferrajoli, obra citada, p. 117.

que socavan los cimientos del Estado y generan una desmoralización cívica ante las instituciones democráticas. Como ya he dicho, para hacer frente a esa situación, hay que tomarse “los derechos en serio”, todos sin excepción y por todos los ciudadanos.

Ante retos tan trascendentes, hay que volver la mirada al Art. 28 de la Declaración Universal, que estableció acertadamente la conexión entre el ser humano, “Toda persona”, y un “orden social e internacional”, para avanzar hacia una sociedad donde “los derechos y libertades... se hagan plenamente efectivos”.