

# INMIGRACIÓN Y DERECHO: la Institucionalización de un Sistema Dual de Ciudadanía

*Héctor C. Silveira*

La inmigración se ha convertido en uno de los fenómenos sociales más importantes de la sociedad española. Si en 1989 había en España 398.147 extranjeros residentes, de los cuales 137.589 eran no comunitarios, diez años después había alrededor de un millón de extranjeros residentes (938.783) y los no comunitarios (515.955) eran por primera vez más numerosos que los comunitarios (422.828). A estas cifras hay que sumar otros trescientos mil extranjeros – una buena parte formada por jubilados europeos – que podrían estar viviendo en territorio español sin tener todos los papeles en regla. En total, el peso de la población extranjera apenas supera el 3 por 100 del censo total de habitantes de España (Izquierdo, 2001, p. 109). Este porcentaje aún está lejos del de otros países europeos, donde el número de extranjeros está entre el 8 y el 10 por 100 de la población

total<sup>1</sup>. Sólo en algunas provincias y ciudades españolas el número de extranjeros alcanza un porcentaje considerable. Por ejemplo, las provincias de Madrid y Barcelona albergan a más del 36 por 100 de los extranjeros residentes en todo el país y en la ciudad de Barcelona ya el 61 por 100 de la población residente es extranjera.

Este incremento del número de extranjeros residentes en las ciudades españolas pone de manifiesto los procesos de redistribución de la población a nivel mundial, procesos que tienen su origen en razones de muy diverso tipo. Guerras fratricidas, persecuciones étnicas o religiosas, carestías y condiciones de subdesarrollo intolerables están detrás de los éxodos y huidas masivas<sup>2</sup> de personas de los países del Sur. Junto a estos fenómenos, hay que tener en cuenta los problemas inducidos por los sistemas legislativos y la política de “clausura de fronteras” que los gobiernos han venido aplicando en los últimos años en los países occidentales. Estas políticas han contribuido a incrementar el número de solicitudes de asilo, de refugio, así como la entrada clandestina de inmigrantes. Veamos algunos datos sobre las consecuencias de estas políticas en España. En 1997, en las fronteras de Ceuta y Melilla fueron rechazados 399.469 extranjeros y 5865 en el resto del estado, en 1998 esta cifra subió a 759.695 personas rechazadas en Ceuta y Melilla y a 7870 en el resto del estado. Por entrada ilegal se devolvieron 22.572 personas en 1997 y 16878 en 1998; en 1999 se detuvieron 3569 inmigrantes irregulares llegados en pateras y en el 2000 esta cifra se multiplicó por tres, con 14983 inmigrantes detenidos. Asimismo, las autoridades marroquíes, entre el 1 de enero de 2000 y el 30 de junio de

<sup>1</sup> El peso de la población inmigrante es significativo en Luxemburgo (31 por 100 de la población total), Suiza (18 por 100), Bélgica, Austria, Alemania y Francia (alrededor del 10 por 100) y en Suecia y Holanda (entre el 6 y el 8 por 100) (Cuadernos del Sureste 2001, p. 47).

<sup>2</sup> Estas huidas masivas han puesto en cuestión a nivel internacional la figura del asilo individual, y las clasificaciones tradicionales de las migraciones – económicas y políticas, voluntarias e involuntarias – son sustituidas por la distinción entre inmigración *tout court*, refugio y asilo.

2001, interceptaron alrededor de 20.000 de sus conciudadanos que intentaban emigrar clandestinamente hacia Europa y expulsaron a más de 15.000 africanos y asiáticos

Los flujos migratorios, por tanto, están erosionando las fronteras del espacio estatal, antes relativamente cerrado y homogéneo, y dan lugar a la formación de nuevas minorías culturales en su interior. Las formas tradicionales de espacio de la modernidad, que permitían distinguir lo externo de lo interno, lo lejano de lo próximo, se ven desbordadas por formas espaciales nuevas, por espacios sin límites (Galli, 2000). Estos cambios afectan también a las categorías jurídico-políticas que hasta ahora han estado en el centro de la reflexión contemporánea. Categorías como estado, ciudadanía y democracia deben ser revisadas al no acomodarse bien a los nuevos fenómenos sociales y políticos. Por ejemplo, la entrada masiva de inmigrantes “sin papeles” constituye un nuevo desafío para las autoridades políticas ya que los extranjeros no entran en los confines del estado como enemigos, criminales o ciudadanos con los papeles en regla. Así, las cosas, ¿cómo debe tratarlos el ordenamiento jurídico?

Desde los años ochenta la política inmigratoria de los gobiernos europeos se ha caracterizado por el establecimiento de leyes inmigratorias y de extranjería restrictivas, que no han logrado frenar los flujos migratorios clandestinos y que, en consecuencia, han obligado a los gobiernos a adoptar medidas excepcionales de regularización de los extranjeros sin papeles. Estas políticas han tenido dos consecuencias directas. Hacia el exterior del estado han producido un incremento de la inmigración clandestina, con los riesgos que ello comporta – en los últimos cinco años la inmigración clandestina ha dejado más de 3924 personas ahogadas en las costas marroquíes y españolas<sup>3</sup>. Y hacia el interior han establecido un proceso de “inserción

<sup>3</sup> Según datos suministrados por la Asociación de Trabajadores Inmigrantes Marroquíes en España (*Atime*) (El País, julio de 2001).

diferenciada” de los inmigrantes extranjeros que, por un lado, restringe los derechos y libertades de éstos y, por otro, discrimina a los extranjeros indocumentados. Este proceso, al diferenciar a los extranjeros de los ciudadanos autóctonos, abre la puerta a la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía entre nacionales y extranjeros en el interior del estado. El precedente más conocido de las políticas de inserción diferenciada es el de los metecos en la antigua Grecia, admitidos a residir en la *polis* por razones exclusivamente económicas. El riesgo de que en los países occidentales se consolide e institucionalice de forma permanente un sistema dual de ciudadanía<sup>4</sup> es muy alto.

Las páginas que siguen están dedicadas, en primer lugar, a analizar el papel de la nueva ley de Extranjería – *Ley Orgánica 8/2000*, de 22 de diciembre, *de reforma de la Ley Orgánica 4/2000* – en la institucionalización de este sistema dual de ciudadanía en el ordenamiento jurídico español. En la segunda parte, se defiende la necesidad de un modelo inmigratorio diferente del configurado por esta ley. No es admisible que la legislación de extranjería sea un factor causante de que en el territorio español haya miles de extranjeros en situación de irregularidad administrativa, esté en el origen de los procesos de exclusión y de discriminación social y laboral que sufren los extranjeros, y que, en vez de ofrecer o de buscar soluciones a los problemas de convivencia entre los autóctonos y los foráneos, con el objetivo de conseguir una plena integración de éstos en la vida social, obstaculice y haga aún más difícil la búsqueda de soluciones.

<sup>4</sup> Utilizo el concepto de ciudadanía en el sentido de “status” que, en lo que a contenido se refiere, viene definido por los derechos y deberes ciudadanos.

## LA FORMACIÓN DE UN SISTEMA DUAL DE CIUDADANÍA

---

En todas las épocas y en todas las civilizaciones el extranjero representa al “otro”, aquel que no forma parte del grupo y que al venir de otra parte suele provocar temor, desconfianza y miedo entre los miembros de la comunidad<sup>5</sup>. Este miedo puede ser asumido de manera acrítica, con el peligro de que se extienda en la sociedad y provoque el surgimiento de conductas xenófobas, o bien se puede atenuar o superar a través de actos racionales, capaces de lograr la integración de las personas foráneas en el grupo. El derecho desempeña un papel importante en estos procesos, pero depende siempre de los vaivenes y de los intereses de los actores políticos.

En el inicio de la edad moderna (y de la inmigración como conquista) los juristas legitimaron la ocupación española de América invocando la existencia de derechos naturales, como, por ejemplo, el *ius migrandi* hacia los territorios del Nuevo Mundo y del *ius accipere domicilium in aliqua civitate illorum* en los nuevos territorios (Ferrajoli, 1996, p. 145-176). Estas doctrinas del derecho natural dejaron su huella en el pensamiento ilustrado sobre los derechos universales y tomaron cuerpo, entre otras, en la Constitución francesa de 1793, en la cual se atribuían los derechos de ciudadanía, además de al nacido en Francia, a todo extranjero mayor de veintiún años que cumpliera unos determinados requisitos (estar domiciliado en Francia con un año de antigüedad, vivir de su trabajo, haber adquirido una propiedad, estar casado con una francesa, haber adoptado un niño, alimentar a un viejo, etc.).

Bien distinta es la situación de los Estados contemporáneos, en los que el predominio de las medidas proteccionistas ha provocado un endurecimiento de los sistemas jurídicos nacionales. Éstos niegan la

---

<sup>5</sup> Sobre este tema me permito reenviar a Silveira (1996, p. 141-151).

universalidad y la reciprocidad del derecho a migrar y configuran a la ciudadanía como un vehículo más de exclusión que de inclusión (Ferrajoli, 2000; Balibar, 1992). En el derecho internacional el reconocimiento del derecho a emigrar<sup>6</sup> evoca un viaje con estación de partida pero sin estación de llegada, ya que le falta el complementario derecho a inmigrar.

En Europa, a partir de los años setenta, países como Alemania, Francia, Bélgica, Holanda, hasta entonces receptores de inmigración, iniciaron una política de cierre de fronteras con el fin de dificultar y de impedir la entrada de nuevos trabajadores en sus territorios. Asimismo, países tradicionalmente emigrantes y poco afectados por la inmigración, como España, Italia, Portugal y Grecia, se convirtieron primero en países de tránsito hacia los del norte europeo para más tarde, a partir de los años ochenta, llegar a ser también países receptores de inmigrantes.

En este contexto, y en vísperas de su ingreso a la Comunidad Económica Europea, España aprobó su primera ley de extranjería de la democracia: la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*. Con esta ley, el gobierno socialista español se sumó a las políticas restrictivas y de control policial de la inmigración extracomunitaria de los gobiernos europeos. Desde su publicación la ley fue denunciada por las asociaciones defensoras de los derechos humanos por la negación a los extranjeros de derechos y libertades fundamentales, por la falta de garantías jurídicas de los extranjeros en los procedimientos administrativos – hecho que abría las puertas a la realización de actos administrativos arbitrarios – y por ignorar algunos de los problemas sociales de los inmigrantes, como los relacionados con la educación, la sanidad y la reagrupación familiar. La ley establecía un sistema de permisos

<sup>6</sup> Ver art. 2.2 del Protocolo adicional al Tratado para la salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales adoptado en Estrasburgo el 16 de septiembre de 1963.

de trabajo y residencia que hacía muy difícil que el inmigrante pudiera legalizar su situación. Las innumerables trabas burocráticas forzaban el paso de inmigrantes con papeles a inmigrantes “sin papeles”, abriendo la puerta a la formación de bolsas de inmigrantes irregulares y, en consecuencia, a los procesos de expulsión de éstos. Una práctica administrativa rígida y una escasa preocupación por la cuestión de la integración social no hicieron más que generar, con los años, “irregulares sobrevenidos”, al tiempo que provocaron inestabilidad jurídica y la exclusión social de extranjeros. El gobierno intentó remediar esta situación con instrumentos excepcionales, tales como los procesos de regularización y el *Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985*, Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero.

La Ley 7/1985 estuvo vigente quince años, hasta la aprobación de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, *sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Esta ley sólo estuvo en vigor unos meses porque fue reformada en un ochenta por ciento por el segundo gobierno del Partido Popular en la *Ley Orgánica 8/2000*, de 22 de diciembre, *de reforma de la Ley Orgánica 4/2000*.

Con esta nueva ley el gobierno del Partido Popular ha realizado una verdadera “contrarreforma” del espíritu y de las mejoras que el anterior legislador de la Ley 4/2000, compuesto por una mayoría más plural, había decidido introducir en la legislación de extranjería para afrontar la cuestión inmigratoria. La contrarreforma se fundamenta en el mantenimiento de la diferenciación entre inmigración legal e ilegal, existente en la Ley 7/1985 pero que el legislador de la Ley 4/2000 había atenuado considerablemente al no diferenciar en muchos casos entre los derechos de los extranjeros regulares y los de los extranjeros irregulares, y al establecer vías de salida de la irregularidad más fáciles. En cambio, el Partido Popular, respaldado por la mayoría absoluta obtenida en las elecciones generales de marzo de 2000,

decidió endurecer la legislación y mantener una política de “tolerancia cero”<sup>7</sup> hacia comportamientos irregulares. Así, la nueva Ley de Extranjería diferencia claramente entre extranjeros regulares e irregulares, negando expresamente ciertos derechos fundamentales a los segundos. El espíritu de la contrarreforma consiste en no hacer concesiones a la inmigración irregular. Pues el nuevo gobierno considera que de lo contrario todo el sistema de regulación de la extranjería saltaría por los aires. Al tiempo que sostiene también que con una política restrictiva, de control policial, más represiva que preventiva, logrará mantener el control de las fronteras y del territorio ante los nuevos flujos migratorios. Sin embargo, los efectos de esta política están siendo precisamente los contrarios: la inmigración clandestina no deja de aumentar; ello se debe a que las migraciones, al constituirse en un fenómeno estructural, requieren de políticas que vayan más allá del mero control del territorio y de la represión de las irregularidades administrativas.

Los procesos de regularización extraordinarios realizados hasta el momento – cuatro desde la Ley de 1985 – han sacado a la luz pública el alto número de extranjeros “sin papeles” que había en el territorio español. En la regularización de 1991 se presentaron ciento treinta y cinco mil extranjeros para regularizar su situación frente a los ochenta y cinco mil que tenían en ese momento el permiso en regla. Y en la regularización de julio de 2000 hubo un cuarto de millón de solicitudes, frente a los doscientos mil trabajadores legales contabilizados en las estadísticas de permisos de trabajo de 1999. En realidad, los trabajadores no comunitarios que trabajan legalmente en España se han visto superados hasta ahora por los que trabajan sin permiso (Izquierdo, 2001, p. 132).

<sup>7</sup> Este es el nombre que recibe la política que sigue la policía en Gran Bretaña y en EEUU como complemento al encarcelamiento masivo a que conduce la penalización de la miseria. Las fuerzas del orden de estos países piensan que los comportamientos criminales y protocriminales (subcriminales) tales como arrojar basuras, insultar, pintar graffitis y otros tipos de vandalismo deben ser reprimidos con severidad a fin de impedir que se desarrollen comportamientos criminales más graves (Wacquand, 1999, p. 13).

En realidad, la política de clausura de fronteras promovida por los gobiernos de la Unión Europea en las dos últimas décadas ha alimentado la entrada clandestina de extranjeros y también los fenómenos que surgen a su alrededor, como la explotación, la discriminación<sup>8</sup>, la marginalidad social, la proliferación de mafias, la xenofobia y, en última instancia, los procedimientos administrativos de detención y expulsión de extranjeros, muchos de ellos trabajadores radicados desde hace tiempo en territorio europeo. Esta política ha dificultado aún más la consecución de uno de los objetivos buscados en la nueva ley de extranjería: la integración social del extranjero que vive y trabaja en el territorio.

Un gobierno pragmático y sensible hacia estos temas debería disponer de los instrumentos que le permitieran solucionar la situación de los miles de extranjeros que viven y trabajan en la clandestinidad. Cuando menos, debería establecer puentes de comunicación entre la inmigración regular y la irregular y estar en disposición de realizar una regulación permanente. De lo contrario el extranjero indocumentado se ve abocado a vivir y trabajar en la clandestinidad mientras el gobierno no abra algún proceso de regularización. De hecho, la contrarreforma del Partido Popular hace aún más difícil la comunicación entre los dos circuitos de regulación de la inmigración y por tanto la posibilidad de que el extranjero salga de la irregularidad administrativa y de la clandestinidad laboral y social.

---

<sup>8</sup> Por discriminación debemos entender “cualquier postergación, segregación o minusvaloración que un grupo ejerce sobre otro cuando tal proceso excluyente viene asociado a una diferencia entre ambos colectivos. La discriminación implica una práctica de poder que otorga un estatus de inferioridad a las víctimas de la discriminación; esto es; tiene lugar entre dos polos asimétricos: el grupo discriminante – activo, dominante – y el grupo discriminado – pasivo, dominado – (Colectivo Ioé 1999, p. 113 y ss.).

## Los dos Circuitos de la Inmigración

La Ley 8/2000 establece dos circuitos de regulación de la inmigración: el de los extranjeros regulares y el de los extranjeros irregulares o “sin papeles”. Un extranjero se encuentra irregularmente en territorio español cuando no ha obtenido o tiene caducada en más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente (art. 53 Ley 8/2000)<sup>9</sup>.

La escasa comunicabilidad existente entre ambos circuitos dificulta la posibilidad de sanar *in itinere* la condición de los “sin papeles”. La Ley permite que el extranjero abandone su situación de indocumentado y obtenga un permiso de residencia temporal si se encuentra en alguna de las siguientes situaciones: a) en el caso de que hubiera tenido el permiso de residencia temporal y no lo hubiera podido renovar habiendo permanecido de forma continuada en territorio español sin permiso de residencia durante los dos años anteriores (art. 41.2.b Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 8/2000 (REL); b) si acredita una permanencia continuada, sin permiso de residencia, en territorio español durante un período mínimo de cinco años (art. 41.2.c REL)<sup>10</sup>; c) si acredita una permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y en los que concurra una situación excepcional y acreditada de arraigo, considerando como tal la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles (art. 41.2.d REL). El extranjero indocumentado también puede lograr que el Ministerio del

<sup>9</sup> De ahora en adelante los artículos que no vayan acompañados de la referencia legal corresponden a la Ley 8/2000.

<sup>10</sup> En cambio, el art. 29.3 de la Ley 4/2000 permitía acceder a la residencia temporal si el extranjero acreditaba dos años de permanencia ininterrumpida en el territorio.

Interior le conceda de forma excepcional una “estancia” en el territorio español por un período máximo de tres meses también por motivos humanitarios, de interés nacional u obligaciones internacionales (art. 38 REL).

El tránsito de la irregularidad a la regularidad sólo se puede realizar a través de estos mecanismos y depende siempre de la voluntad del Ministerio del Interior de conceder los permisos (art. 31.3). En cambio, el tránsito de la regularidad a la irregularidad es más fácil, ya que el extranjero, por el mero hecho de no solicitar la renovación del permiso de residencia, pasa a la situación de irregularidad administrativa.

Si comparamos lo que dice la nueva Ley sobre los procedimientos para obtener un permiso de residencia temporal con la anterior Ley 4/2000 se puede afirmar que la filosofía que ha seguido el legislador ha sido la de dificultar aún más las posibilidades de tránsito de los irregulares a la situación de regularidad administrativa. El derogado art. 29.3 exigía sólo dos años de estancia ininterrumpida en vez de los cinco que establece la nueva ley para que el extranjero acceda a la situación de residencia temporal. Otro ejemplo de este endurecimiento lo da el legislador al introducir en el Reglamento un requisito que no está en el art. 31.4 de la Ley 8/2000. Dicho artículo dice: “Podrá otorgarse un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente”. En cambio el nuevo Reglamento exige, además de los anteriores requisitos, que se acrediten también tres años de permanencia continuada en el territorio español (art. 41.2.d). Esta exigencia de permanencia continuada deja prácticamente sin efecto la concesión de la permanencia temporal por motivos humanitarios y circunstancias excepcionales del art. 31.4 de la Ley, quedando para estos casos las situaciones excepcionales contempladas en el art. 41.3 del Reglamento.

El extranjero irregular que no pueda acogerse a ninguna de las opciones establecidas por el legislador o, en el caso de que pudiendo hacerlo el Ministerio del Interior le deniegue el permiso de residencia, se verá afectado, tarde o temprano, por un procedimiento de detención y expulsión

administrativa. Para regular este procedimiento el legislador crea un derecho administrativo y penal especial destinado a los extranjeros, poniendo con ello una de las piedras angulares para la formación de una ciudadanía dual en el ordenamiento jurídico.

## LA DETENCIÓN Y LA EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA: la Configuración de un Derecho Administrativo y Penal Especial Para Extranjeros

---

Una de las mejoras de la Ley 4/2000 en el tratamiento de la inmigración extranjera fue la eliminación de la sanción de la expulsión y dejar sólo la sanción de una multa para los casos de los extranjeros que se encontraran irregularmente en el territorio<sup>11</sup>. Pero la contrarreforma reintrodujo la sanción de la expulsión y amplió además el abanico de actividades contrarias al orden público susceptibles de implicar la expulsión del extranjero<sup>12</sup>. Esta ampliación la hace remitiéndose a las infracciones

---

<sup>11</sup> Otra de las mejoras introducidas en la ley es la paralización de la ejecución de la resolución de expulsión cuando se haya formalizado una petición de asilo, y hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto (art. 64.3).

<sup>12</sup> En la legislación vigente las infracciones graves que pueden ser sancionadas con multa o con la expulsión del territorio español son las siguientes: a) "encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber tenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente; b) encontrarse trabajando sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no se cuenta con autorización de residencia válida; c) incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio de Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio; d) incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente; e) participación del extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre *Protección de la Seguridad Ciudadana* (art. 53 a, b, c, d y f, LO 8/2000). Asimismo es causa de expulsión la condena del extranjero, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2 LO 8/2000).

muy graves de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, sobre *Protección de la Seguridad ciudadana* (art. 53 f.). El art. 23 de esta ley regula hasta 15 situaciones constitutivas de infracciones graves, las cuales van desde, por ejemplo, “la apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas careciendo de autorización o excediendo de los límites de la misma” hasta “la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos”, pasando por un concepto tan indeterminado como la “provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana”.

La remisión que la Ley 8/2000 hace a la ley de *Protección de la Seguridad ciudadana* abre la puerta para que las fuerzas de orden público puedan incoar procedimientos de expulsión en base a una gran variedad de conductas, muchas de ellas, a nuestro entender, no merecedoras de una sanción tan grave como la que contempla el art. 58.1, consistente en la imposición de una multa que puede ir de 50.001 a 1 millón de pesetas o bien la expulsión del territorio por un mínimo de tres años y un máximo de diez. Es más, a nuestro entender las sanciones previstas en la Ley 8/2000 para las situaciones de irregularidad no observan el principio de proporcionalidad que todo ordenamiento sancionador debe respetar, el cual, por un lado, exige que haya una correspondencia entre la infracción y la sanción y, por otro, prohíbe medidas innecesarias o excesivas. Toda sanción “debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según un criterio de proporcionalidad atento a las circunstancias objetivas del hecho...” (STS de 28 de febrero de 2000). De todos modos, a la hora de aplicar las sanciones la administración debe tener presente que en la nueva Ley la multa y la expulsión tienen carácter alternativo, teniendo la sanción de multa carácter preferente respecto a la expulsión<sup>13</sup>. Esto obliga

<sup>13</sup> La expulsión, señala el art. 53.1, “podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa”.

a que la administración, cuando decida sancionar a un extranjero con la expulsión deberá exponer y argumentar las razones que la llevan a adoptar tal medida. Por último, cabe decir también que a nuestro entender el art. 57.2 de la Ley 8/2000, que prevé la expulsión “cuando el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país un delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año”, es de dudosa constitucionalidad ya que puede infringir el principio *non bis in idem*<sup>14</sup>. El legislador impone al extranjero, además de una pena privativa de libertad, la sanción de la expulsión.

Por otra parte, para llevar adelante las expulsiones administrativas la Ley establece una serie de medidas cautelares que la administración puede adoptar durante la tramitación del expediente de expulsión. También estas medidas cautelares se han ampliado respecto de la legislación anterior. En la Ley 4/2000 se preveían como medidas cautelares: a) la obligación de presentarse periódicamente en las dependencias que las autoridades indiquen; b) la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad y c) el ingreso preventivo en un centro de internamiento. La contrarreforma añade a estas medidas: d) la residencia obligatoria en un determinado lugar y e) la detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de setenta y dos horas previas a la solicitud de internamiento (art. 61).

Otro cambio de la contrarreforma es el reestablecimiento del procedimiento de expulsión preferente existente en la Ley 7/1985. De acuerdo con este procedimiento, aplicable en unos determinados supuestos – como, por ejemplo, encontrarse el extranjero irregularmente en territorio español –, la administración podrá dar traslado de la propuesta motivada de expulsión por escrito al interesado para que alegue lo que considere

<sup>14</sup> El Tribunal Constitucional ha integrado este principio, aunque matizado continuamente por él mismo, en el art. 25.1 CE. Ver SSTC 2/1981 y 204/1996.

adecuado en el plazo de cuarenta y ocho horas para después ejecutar la orden de forma inmediata (art. 63 Ley 8/2000). Ahora bien, este procedimiento, al no tener que esperar la administración la resolución de los posibles recursos interpuestos por el interesado para ejecutar la sanción de expulsión, deja sin contenidos el derecho que toda persona tiene a una tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE.). Los dos derechos que quedan dañados por este procedimiento preferente de expulsión son: a) el derecho de audiencia, consistente en el derecho que tiene toda persona contra la que se sigue un procedimiento sancionador a conocer los hechos ilícitos que se le imputan, la sanción que se le puede imponer por estos hechos, así como el derecho a presentar alegaciones y pruebas que desvirtúen la realidad de los hechos que se le atribuyen o la calificación jurídica concedida a éstos por la Administración; y b) el derecho de tutela cautelar, que impide dar ejecutividad inmediata a las actuaciones administrativas cuando una persona, que disponga de interés legítimo, cuestione la legalidad de tal decisión ante un juzgado o tribunal contencioso-administrativo y solicite la suspensión del correspondiente acto administrativo<sup>15</sup>.

El mantenimiento de la expulsión administrativa como medida principal de intimidación y de control de la inmigración requiere para su propia supervivencia de la adopción de instrumentos de intervención drásticos y de gran significado simbólico. Es aquí donde aparecen los centros de internamiento para extranjeros, una de las manifestaciones más claras del endurecimiento de los mecanismos de control social promovidos por el neoliberalismo en los países occidentales (Wacquand, 1999).

<sup>15</sup> Para un análisis en profundidad de este tema ver Nieto Martín (2001, p. 23-29).

## LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO

Hoy día los centros de internamiento para extranjeros se han convertido en un instrumento ordinario de intervención de la administración en la regulación de las políticas de extranjería en los países occidentales.

En España fueron introducidos en el ordenamiento por primera vez con la Ley 7/1985 a fin de permitir o facilitar la expulsión administrativa. Actualmente hay seis centros de internamiento: Verneda (Barcelona), Moratalaz (Madrid), Antiguo cuartel de los Capuchinos (Málaga), Murcia, Barranco Seco (Las Palmas de Gran Canaria), y el Antiguo cuartel de Zapadores (Valencia). Estos centros son definidos por el legislador como establecimientos públicos de carácter no penitenciario para la detención, custodia y puesta a disposición de la autoridad judicial, de extranjeros sujetos a un expediente de expulsión del territorio nacional. El ingreso y estancia en ellos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, y estará orientado a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión (art. 1 de la Orden de 22 de febrero de 1999 *sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros*).

Los centros de internamiento forman parte del “derecho penal especial o administrativo” que el legislador ha venido configurando junto al derecho penal ordinario en los últimos años. Este último se rige al menos normativamente por los principios de estricta legalidad y jurisdiccionalidad; en cambio, el “derecho penal especial” se sustrae incluso legalmente a tales principios y da primacía a las competencias policiales en detrimento de la jurisdicción, aunque ésta también juega un papel importante en su desarrollo. La primacía de la policía determina también que esté dominado por una amplia discrecionalidad administrativa. La función de este derecho penal y procesal administrativo especial es prevenir los delitos y las perturbaciones del orden público a través de medidas de defensa social

*ante o extra delictum* aplicadas por vía administrativa a sujetos “peligrosos” o “sospechosos”. Por tanto, con este derecho el sistema penal se disgrega en diversos subsistemas relacionados con el desarrollo de un amplio y variado abanico de formas de punición preventiva *ante o extra o ultra delictum* -como la prisión preventiva, las medidas de seguridad, de prevención, las cautelares de policía y las atípicas de orden público (Ferrajoli, 1995, p. 766-767, 700).

En el ordenamiento español el extranjero podrá ingresar en un centro de internamiento si se encuentra en alguno de los siguientes supuestos: a) que haya sido detenido por encontrarse en algunos de los supuestos de expulsión de los párrafos a) y b) del art. 54.1, así como de los párrafos a), d) y f) del art. 53 de la Ley 8/2000; b) cuando se haya dictado resolución de retorno<sup>16</sup> y ésta no pueda ejecutarse dentro del plazo de setenta y dos horas, cuando la autoridad judicial así lo determine; c) cuando se haya dictado acuerdo de devolución; d) cuando se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no haya abandonado el territorio nacional en el plazo que se le ha concedido (art. 127. 2 REL).

Ahora bien, a la luz de lo que dice el art. 17 de la CE podemos preguntarnos si se puede considerar legítima la limitación de la libertad personal sobre la base de un presupuesto no penal o en ausencia de un hecho delictivo. Para el Tribunal Constitucional la comisión de un hecho delictivo no es el único título que permite restringir la libertad. Entiende que “la restricción de la libertad es un concepto genérico del que una de sus

<sup>16</sup> Los extranjeros a los que en la frontera no se les permita el ingreso en el país serán “retornados” a su punto de origen. Y son “retornados” por no reunir los requisitos legales necesarios para entrar en el territorio -visado, suficiencia económica, documentación en regla, etc- (art. 60 Ley 8/2000). La devolución, en cambio, es una sanción que se puede imponer a los extranjeros que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en el país, como también a aquellos que pretendan entrar de forma ilegal en el territorio. En estos casos no es preciso tramitar el expediente de expulsión (art. 58 Ley 8/2000).

modalidades es la prisión en razón de un hecho punible (...). [Y] el art. 17.1 no concibe la libertad individual como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones. Lo que ocurre es que sólo la ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es posible, reserva de Ley, que por la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan – aun previstas en la ley – restricciones de libertad, que no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación” (STC 178/1985, de 19 de diciembre).

En este sentido, se puede entender que el carácter judicial de la privación de libertad del extranjero hace plenamente aplicable a los casos de internamiento la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional para los supuestos de privación de libertad distintos de la prisión provisional. Pero si esto es así, entonces el internamiento del extranjero “debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar” (STC 41/1982, de 2 de julio). Y el carácter excepcional del internamiento exige que el Juez aplique el criterio hermenéutico del *favor libertatis*, lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial. Para el Tribunal Constitucional el carácter excepcional del internamiento estaba recogido en el art. 26.2 de la derogada Ley 7/1985, que aun cuando utilizaba el término “imprescindible” sólo respecto a la duración, implícitamente parecía que daba a entender que había de ser también imprescindible la propia pérdida de libertad, de modo que no era la substanciación del expediente de expulsión sino las propias circunstancias del caso – razones de seguridad, orden público, etc. – las que debían justificar el mantenimiento de la pérdida de libertad, siendo el Juez guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar garantizar esas razones (STC 115/1987, de 7 de julio).

De este modo, el carácter excepcional que debe tener la restricción o privación de la libertad del extranjero conduce a que el papel del juez sea determinante en el proceso de internamiento de aquél en el marco del procedimiento de expulsión administrativa. El juez tiene que adoptar su decisión sobre la autorización del internamiento del extranjero pendiente de expulsión mediante resolución judicial motivada (STC 41/1982, de 2 de julio) y teniendo en cuenta principalmente las circunstancias concernientes a la causa de expulsión invocada, la situación legal y personal del extranjero, la mayor o menor probabilidad de su huída o cualquier otra que el juez estime relevante. El juez debe pronunciarse sobre el internamiento sin entrar a valorar la decisión de la expulsión ya que ésta corresponde al Subdelegado del Gobierno o al Delegado del Gobierno, únicos órganos autorizados por la ley para imponer las sanciones por las infracciones administrativas establecidas en la ley (art. 55.2).

La libertad del extranjero, transcurridas las setenta y dos horas de detención, se encuentra a disposición judicial, hasta que el juez decida su puesta en libertad o hasta que la autoridad administrativa solicite del órgano judicial la entrega del detenido para proceder a su efectiva expulsión (STC 115/1987, de 7 de julio). Ahora bien, hay que destacar que, a pesar de que el extranjero está a disposición judicial durante el transcurso del expediente de expulsión y del internamiento, se encuentra muchas veces indefenso, sobre todo si el que gestiona su expediente es un juez escasamente preocupado por su situación personal. En muchos casos las situaciones de indefensión tienen su origen en el hecho de que el juez de instrucción que dicta la orden de internamiento no está en la misma ciudad o provincia que el centro de internamiento donde se encuentra el extranjero<sup>17</sup>. La distancia

<sup>17</sup> De las 799 personas internadas en 1998 en el Centro de la Verneda, 510 procedían de Barcelona, 97 de Tarragona, 75 de Gerona, 52 de Bilbao, 25 de Lérida, 13 de Melilla, 5 de Salamanca, 3 de Gijón, etc.

entre la ciudad donde se incoa el expediente de internamiento y aquella en la que se realiza el internamiento limitan de forma importante la asistencia jurídica que le debe de prestar su abogado y la posible ayuda de sus familiares y amigos. Situaciones de este tipo, en la que se ven inmersos centenares de extranjeros, están en abierta contradicción con la doctrina del Tribunal Constitucional en virtud de la cual el juez de instrucción que autoriza el internamiento tiene que estar constantemente informado de las incidencias que se puedan presentar durante el mismo.

El *Informe 2000* del Defensor del Pueblo ha sacado a la luz graves deficiencias en el funcionamiento de los centros. La mayoría de éstos, al estar configurados como calabozos policiales, hacen especialmente aflictiva la privación de libertad. Asimismo dicho *Informe* pone también de manifiesto las escasas garantías jurídicas de que disponen los extranjeros “indocumentados” y el amplio grado de discrecionalidad que tienen las autoridades españolas a la hora de aplicar la Ley de Extranjería, cosa que hacen de forma laxa y diferente según el órgano y la zona geográfica en que se aplique. Un ejemplo de esto lo encontramos en el procedimiento de revisión de los 57.000 expedientes rechazados en el proceso de regularización del año 2000, donde los porcentajes de expedientes desestimados por las distintas administraciones provinciales variaron desde el 91’3 por 100 de Melilla hasta el 0’0 de Zaragoza, Tarragona o Huelva, pasando por el 53’3 de Madrid, el 20’5 de Gerona y el 5’1 de Barcelona (El País, 6 de julio de 2001). Asimismo, el Defensor del Pueblo ha constatado los distintos raseros que las autoridades aeroportuarias aplican a la hora de proporcionar asistencia letrada a los extranjeros rechazados en la frontera. Así, si las autoridades del aeropuerto de Madrid “mantienen una posición de máximas garantías, consistente en la presencia del letrado de oficio en la primera toma de declaración al extranjero realizada ante los funcionarios policiales, y no sólo en la notificación de la resolución del retorno”, en el aeropuerto de Barcelona el extranjero “realiza una primera declaración sin

asistencia letrada para después volver a realizar esta misma declaración en presencia de un letrado”. Y en los aeropuertos de Las Palmas y de Lanzarote el abogado “sólo se encuentra presente en la resolución de retorno e, incluso, se admite la renuncia a la asistencia letrada por escrito y ante el representante de la compañía aérea correspondiente”. Otros hechos que denuncia el *Informe* son que “las autoridades policiales encargadas del control de frontera notifican las resoluciones de rechazo con una sucinta motivación, si bien ésta en muchos casos sigue resultando insuficientemente expresiva de las causas de rechazo” y que las autoridades gubernativas de Ceuta tramitaron retornos y expulsiones sin la presencia de un abogado, tal y como exige la Ley de Extranjería (2001, p. 61-62).

Otro tema preocupante es el mal uso que hace la administración de los procedimientos de expulsión y devolución. La Ley establece que cuando el inmigrante no se encuentra aún en el territorio e intenta entrar en éste por puertos no fronterizos se le debe aplicar el procedimiento de devolución. En cambio, la administración opta por incoar procedimientos de expulsión a fin de poder indentificar al extranjero, generalmente a los subsaharianos que llegan a la costa andaluza o canaria. Lo grave es que el procedimiento de expulsión permite, por un lado, mantener “internado” al extranjero hasta cuarenta días y, por otro, aplicarle una prohibición de entrada en el territorio que puede llegar hasta los diez años. En cambio, el procedimiento de devolución no permite que el extranjero pueda ser internado, debe ejecutarse en 72 horas y no impide que el extranjero pueda volver a entrar en el territorio. Pero lo más grave, como se denuncia el *Informe*, es que en la mayoría de los casos la incoación del expediente de expulsión no culmina en una orden de expulsión ejecutable. Ello se debe, en la mayoría de los casos, a que no se llega a conocer la nacionalidad del extranjero o por afectar a inmigrantes procedentes de países con los que no hay convenio de repatriación. En estos casos, señala el Defensor del Pueblo, “la única eficacia práctica de tal incoación es la de dificultar la posible regularización de estas

personas mediante la obtención de las correspondientes autorizaciones administrativas, abocándolas a situaciones de marginalidad” (2001, p. 66). Por todo ello podemos decir que el funcionamiento del sistema de expulsiones en su conjunto no guarda los niveles jurídicos mínimos necesarios que garanticen el principio de la tutela judicial. Estamos ante una legislación de “mera legalidad”<sup>18</sup> cuya consecuencia más directa es un incremento de la barbarie en el sistema jurídico.

En realidad, los centros de internamiento constituyen una de las expresiones más diáfanas de una cultura autoritaria que, por un lado, configura la inmigración clandestina como un “cuasi-delito” al cual se responde con una detención especial y, por otro, no duda en utilizar el internamiento como instrumento de control, como hace también con otros sujetos, tales como los menores, los disminuidos psíquicos y los toxicodependientes. Ello expresa y perpetúa una visión de la inmigración como fenómeno peligroso en sí mismo al cual se debe hacer frente con los instrumentos propios de defensa del orden público. Es decir, los centros de internamiento son el resultado natural de una política migratoria fundamentada en la gestión, perpetuación y criminalización de la inmigración irregular. Política que impide un gobierno racional del fenómeno migratorio. Una muestra del sin sentido de esta política, como decíamos antes, lo constituye el hecho de que los centros de internamiento no funcionan para lo que han sido creados sino que la mayoría de las veces son usados por la administración como salas de espera para comprobar los datos del extranjero “retenido”. Según datos suministrados por el Ministerio del Interior entre 1995 y 1998, los expedientes de expulsión incoados

<sup>18</sup> La legislación de “mera legalidad” autoriza a la administración a ejercitar poderes no rígidamente vinculados por la misma ley, a diferencia de la legislación de “estricta legalidad”, la cual regula y limita lo más rígidamente posible el funcionamiento de la administración y el ejercicio de los poderes coercitivos. Sobre las diferencias entre estas políticas ver Ferrajoli (1989, p. 154).

cuadruplicaron a las expulsiones materializadas. Por ejemplo, en 1998 se incoaron 18349 expedientes pero tan sólo se llevaron a cabo 5525 expulsiones<sup>19</sup>. En realidad, cada año muchos de los expedientes de expulsión quedan sin resolver o pendientes de ejecución. Ello se debe, entre otras cosas, a que no es nada barato expulsar a un inmigrante. La administración, además de documentar su procedencia, debe abonar los billetes de retorno a los países de origen<sup>20</sup>. En muchos casos esta situación se produce como consecuencia de que la administración al no poder identificar al inmigrante debe dejarlo en libertad con un documento identificativo que acredite su inscripción en las dependencias del Ministerio del Interior. Lo grave es que esta situación administrativa deja al extranjero en una situación de precariedad legal. El extranjero puede circular libremente por el territorio pero no puede obtener la residencia al tener una orden de expulsión. Por tanto, de un modo u otro, el extranjero inmerso en un procedimiento de expulsión pasa a una situación de a-legalidad que lo sitúa automáticamente en la clandestinidad. La ley, como señala Dal Lago, lo expulsa del sistema de garantías jurídicas en nombre de una necesidad superior –peligrosidad, alarma social, seguridad nacional – (2000, p.141).

Coherente con esta política migratoria es también la diferenciación que realiza el legislador entre los derechos de los extranjeros “regulares” y los derechos de los “irregulares”. Veamos cómo realiza el legislador la asignación y reconocimiento de estos derechos y cuáles son sus consecuencias.

<sup>19</sup> En 1998 en el centro de internamiento de la Verneda de Barcelona se llevaron a cabo 799 internamientos previos a la expulsión (99 obedecían a causas penales y 700 a una resolución administrativa) Pues bien, de los 700 expedientes de expulsión sólo se realizaron 389, quedando 311 personas en libertad después de su internamiento (Fundació Jaume Bofill, 2000, p. 93).

<sup>20</sup> En realidad, las dificultades técnicas y los recursos económicos disponibles determinan que los Estados sólo dispongan de la posibilidad de realizar un número máximo de expulsiones por año. Por ejemplo, la devolución de los 4227 chinos rechazados en la regulación del año 2000 cuesta 1572 millones de pesetas y la de los 4426 ecuatorianos unos 885 millones de pesetas. Ante estos costes y las consecuencias de la política de expulsiones nos podemos preguntar si no valdría más la pena invertir los escasos recursos económicos disponibles para el fenómeno migratorio en otro tipo de políticas.

## LOS DERECHOS DEL EXTRANJERO Y LA CONSTITUCIÓN DE UNA CIUDADANÍA DUAL

---

La Ley 8/2000 reconoce a los extranjeros derechos y libertades de tres maneras: a) con independencia de la residencia en España; b) si se cumple una serie de condiciones; c) supeditados a la residencia legal.

En primer lugar, la Ley reconoce al extranjero que se encuentre en España, ya sea regular o irregular, los derechos: a la documentación (art. 4); a la educación obligatoria, que comprende el acceso a una enseñanza básica y gratuita, la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas (art 9); a los servicios y prestaciones sociales básicas (art. 14.3); a la tutela judicial efectiva (art. 20); al recurso contra los actos administrativos (art. 21); a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes (art. 12.2); a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles para los menores de dieciocho años (art. 12.3).

En segundo lugar, la Ley establece que el extranjero puede ser titular de: a) el derecho a la libertad de circulación (art. 5.1), si cumple con lo establecido en el Título II de la Ley 8/2000 (que regula el régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros), es decir, si tiene los papeles en regla; b) el derecho al trabajo, si cumple con los requisitos previstos en la misma Ley Orgánica (art. 10); c) el derecho a la asistencia sanitaria, si tienen la inscripción en el padrón del municipio en el que residan habitualmente (art. 12.1); y el derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos de procedimientos administrativos o judiciales sobre la denegación de entrada, expulsión o salida obligatoria del territorio español y en materia de asilo si se encuentra en España y acredita insuficiencia de recursos económicos para litigar (art. 22.1).

Por último, el legislador condiciona el ejercicio de ciertos derechos fundamentales a la autorización administrativa de estancia o residencia. Así, los extranjeros que no tengan autorización de residencia no tienen derecho: a la educación de naturaleza no obligatoria (art. 9.3); a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda (art. 13); a acceder a las prestaciones y servicios específicos de la Seguridad Social (art. 14. 2); a la vida en familia y a la intimidad familiar (art. 16); a la reagrupación familiar (art. 16.2); a la asistencia jurídica gratuita para los casos que no sean de expulsión (art. 22.2). Asimismo, los que no tengan autorización de estancia o residencia no pueden ejercer el derecho de: reunión y manifestación (art. 7.1)<sup>21</sup>; asociación (art. 8)<sup>22</sup>; sindicación (art. 11.1) y huelga (art. 11.2)<sup>23</sup>. En estos últimos derechos el legislador utiliza el artificio jurídico consistente en diferenciar entre la titularidad del derecho – que la Ley reconoce a todos los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles – y el ejercicio del derecho, que la Ley limita a los extranjeros con autorización de estancia o residencia. Es decir, todos los extranjeros son titulares pero sólo los que tengan permiso de estancia o residencia los podrán ejercer.

<sup>21</sup> Este artículo dispone que “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”. En cambio, el art. 7.1 de la Ley 4/2001 disponía que “los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercitar, sin necesidad de autorización administrativa previa y de conformidad con lo dispuesto en las normas que lo regulan, el derecho de reunión recogido en el art. 21 de la CE”.

<sup>22</sup> Este artículo establece que “todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”. En cambio, la ley anterior 4/2000 no distinguía entre los extranjeros que se encuentran en España.

<sup>23</sup> En relación al derecho de sindicación el art. 11.1 de la Ley 8/2000 dispone que el extranjero podrá ejercitar este derecho cuando obtenga autorización de estancia o residencia en España. Y el art. 11.2 dispone que cuando el extranjero esté autorizado a trabajar podrá ejercer el derecho de huelga. En cambio, el art. 11 de la Ley 4/2000 reconocía estos dos derechos a todos los trabajadores extranjeros que se hallen en España.

En relación a la limitación del ejercicio de estos derechos hay que decir que la doctrina del TC reconoce que el art. 13 CE permite al legislador – a los Tratados Internacionales y a las leyes – establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España. Ahora bien, el legislador está legitimado para tratar de forma diferente a los ciudadanos y a los extranjeros sólo cuando haya una razón justificada, cuando esté razonablemente argumentado en función de las situaciones existentes entre los ciudadanos y los extranjeros. A nuestro entender, en este punto el legislador no da razones y argumentos suficientes en la nueva Ley de Extranjería para excluir a los extranjeros irregulares del goce de esos derechos<sup>24</sup>, teniendo en cuenta sobre todo que la Ley 4/2000 no contemplaba tal exclusión. Por otra parte, el legislador al diferenciar entre extranjeros regulares e irregulares está conculcando Tratados y Convenios ratificados por España. El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 19 de diciembre de 1966 (arts. 21 y 22), el *Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (art. 11), el *Convenio n. 87 de la OIT, sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación*, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966 (arts. 4 y 8.1 a y d) reconocen a “toda persona”, sin adjetivaciones, el derecho de reunión, manifestación, sindicación y huelga. Estos Tratados prevén también que estos derechos puedan ser objeto de restricciones en la medida en que

<sup>24</sup> Por otra parte, también se puede considerar inconstitucional el argumento que ha dado el legislador para reformar la ley –el de que una ley demasiado generosa en derechos tiene un “efecto llamada” sobre la inmigración. Como escribe Gutierrez, “no es constitucionalmente legítimo utilizar como argumento disuasorio de la inmigración irregular la restricción de los derechos fundamentales de quienes se hallan en el ámbito territorial de aplicación del ordenamiento jurídico. Porque, si se trata precisamente de que la pérdida de derechos fundamentales sea tan onerosa como para disuadir de la presencia irregular en España, ello constituye una típica norma penal, con su efecto de prevención especial (...)”. Y ante esto se ha de tener en cuenta que el extranjero irregular no ha cometido un delito, sino una infracción administrativa, y que la sanción de privarle de derechos se impone sin procedimiento judicial alguno, sino por la simple fuerza de la ley (2001, p. 20).

sea necesario en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, o para la protección de los derechos y libertades ajenos. Pero estas circunstancias, a nuestro entender, no se dan hoy en la sociedad española<sup>25</sup>. De todos modos, en el caso de que se dieran estas circunstancias tales conceptos tendrían que ser interpretados de forma restrictiva, algo que la Ley 8/2000 no hace al excluir de forma genérica a todos los extranjeros indocumentados del ejercicio de estos derechos. En realidad, la opción del legislador, más que una restricción, equivale a una prohibición de derechos. La paradoja está en que estas prohibiciones, además de no ser para nada necesarias para el mantenimiento de la convivencia en una sociedad democrática, no hacen más que dificultar la convivencia. El legislador, por tanto, estaría conculcando Tratados y Convenios ratificados por España básicamente por dos tipos de argumentos: por la contradicción – o por la falta de acomodación subjetiva – entre la Ley 8/2000 y aquéllos y por la ausencia de razones objetivas que justifiquen las restricciones admitidas en esos Tratados y Convenios (Escudero Rodríguez, 2001, p. 35-36).

El legislador, además, no está autorizado a restringir libremente los derechos de los extranjeros, ya que no puede vulnerar los derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana y que, conforme al art. 10.1 CE, constituyen el fundamento del orden político español (STC 99/1985; 242/1994). Por tanto, si se considera que los derechos de reunión, manifestación, asociación y huelga forman parte de los derechos básicos para la plena realización de la dignidad humana, estos derechos no podrán ser restringidos, debiéndoseles reconocer por igual a españoles y a extranjeros, sean éstos regulares o irregulares. Asimismo hay que tener en cuenta que el legislador tampoco puede configurar el contenido de un derecho cuando éste les sea reconocido directamente a los extranjeros por la Constitución (STC 115/1987). Así, por todas estas razones en lo tocante a estos derechos, se puede afirmar que la Ley 8/2000 es inconstitucional.

<sup>25</sup> En este mismo sentido Mateo Menéndez (2001, p. 11-12).

Vamos qué ocurre con cada uno de estos derechos por separado. En cuanto a ejercer el derecho de reunión y manifestación, el art. 21 CE no distingue entre españoles y extranjeros, de manera que cualquier diferencia de trato que el legislador quiera establecer tiene que ser objetiva y respetar el contenido esencial del artículo constitucional. Así, se puede entender que el legislador, al exigir una autorización administrativa previa para el ejercicio de estos derechos, está limitando dicho ejercicio exclusivamente a los extranjeros que “obtengan autorización de estancia o residencia en España”. El legislador exige de forma indirecta una autorización administrativa para poder ejercer los derechos de reunión y manifestación. Al respecto hay que recordar que la STC 115/1987 declaró inconstitucional un precepto de la Ley 7/1985 por establecer como requisito para que los extranjeros legales pudieran ejercitar el derecho de reunión la solicitud de una autorización del órgano competente. En esta sentencia, y refiriéndose a los extranjeros legales, el TC consideró que el derecho fundamental quedaba desnaturalizado si el legislador exigía para su ejecución la necesidad de una autorización administrativa. Por tanto, y aunque ahora el legislador priva de estos derechos sólo a los extranjeros indocumentados, se puede entender que también en este caso el legislador estaría vulnerando el art. 21 CE<sup>26</sup>. A nuestro entender una autorización administrativa de residencia no se puede convertir en una condición general para el ejercicio de un derecho fundamental<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Manuel Aragón, en cambio, no encuentra razones de peso suficiente para sostener la inconstitucionalidad de esta decisión del legislador. Fundamenta su opinión en que si bien el derecho de reunión y manifestación está conectado con la dignidad de la persona, no lo está de manera “directamente inmediata”. Por otra parte, considera que como para el ejercicio de este derecho en lugares de tránsito público hay que informar previamente a las autoridades administrativas los extranjeros indocumentados no estaría en condiciones de hacerlo, ya que ello supondría su *autodelación* a las autoridades del Estado, que pueden, por ello, poner en marcha su propia expulsión del territorio nacional. Ahora bien, esto no significa que no esté de acuerdo en contemplar el caso desde una perspectiva humanitaria favorable a la extensión de los derechos, si bien eso sería una cuestión de política legislativa (Aragón, 2001, p. 14-15).

<sup>27</sup> En este punto veáse también Gutiérrez (2001, p. 21).

Lo mismo sucede con el derecho de asociación. El art. 22 CE no distingue entre ciudadanos y extranjeros a la hora de reconocer el derecho de asociación y, por tanto, el hecho de que el legislador limite el ejercicio de este derecho sólo a los extranjeros que “obtenzan autorización de estancia o residencia” puede entenderse en el sentido de que exige de forma indirecta una autorización administrativa previa para el ejercicio del derecho fundamental, vulnerando así el art. 22 CE<sup>28</sup>. Es decir, en estos casos, el legislador hace depender el derecho fundamental, no de las determinaciones legales sobre la nacionalidad, sino del arbitrio de la Administración. Y, como se sabe, la Administración concede los permisos de residencia de forma bastante discrecional, con criterios difíciles de objetivar, en la medida en que van ligados a un permiso de trabajo que puede depender, por ejemplo, de la situación laboral del sector en España.

En relación al derecho de sindicación y de huelga el art. 28 CE reconoce estos derechos a todos sin distinguir entre españoles y extranjeros. Comoquiera el legislador, en el art. 11 de la Ley 8/2000, establece unas condiciones no previstas en la Constitución y que afectan a su contenido esencial, se puede afirmar que este artículo es contrario al art. 28 CE. Asimismo, la Ley estaría también vulnerando el Convenio 87 de la OIT<sup>29</sup>, el

<sup>28</sup> En esta caso Manuel Aragón vuelve a manifestar su perplejidad y tiene sus dudas sobre la inconstitucionalidad del no reconocimiento del ejercicio de este derecho a los extranjeros en situación de ilegalidad. “Es cierto, sostiene, que el derecho de asociación está muy íntimamente ligado con el libre desarrollo de la personalidad, también reconocido como principio en el art. 10.1 CE, pero esa categoría no se confunde con la dignidad de la persona (...). Y el Tribunal Constitucional ha ligado la conexión directamente inmediata del derecho con la dignidad de la persona, no con el libre desarrollo de la personalidad”. Este autor, en relación a la justicia constitucional, defiende el principio *in dubio, pro legislatore* (Aragón, 2001, p. 15).

<sup>29</sup> El art. 2 del Convenio núm. 87 de la OIT, ratificado por España el 13 de abril de 1977, dispone que “los trabajadores y empleadores, sin ninguna distinción y autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes...”.

Estatuto de los Trabajadores<sup>30</sup> y el *Convenio de Roma de Protección de derechos humanos y libertades fundamentales*<sup>31</sup> por el mero hecho de introducir distinciones entre los trabajadores españoles y extranjeros.

Para Manuel Aragón, la decisión del legislador de reducir la titularidad del derecho de huelga a los extranjeros “que estén autorizados” es dudosa por dos motivos. De una parte, porque tal y como sostiene el Tribunal Constitucional, no pueden exigirse derechos desde la ilegalidad – salvo los más inmediatamente conectados con la dignidad de la persona–. Y para Aragón el derecho de huelga no se encuentra en esa situación de tan especial y directa conexión, aunque, como todo derecho, esté ligado a la dignidad humana. Pero, por otra parte, el extranjero irregular que está trabajando, aunque su contrato sea de *facto* más que de *iure*, por cuanto está contratado de forma clandestina y prohibida por el ordenamiento, como trabajador que es no puede ser privado de unos derechos mínimos relativos a la jornada, el salario, etc. Y estos derechos sí que están directamente conectados con la dignidad de la persona. Por ello, para Aragón la duda estriba en si el derecho de huelga entra en ese mínimo de derechos que el trabajador en situación de estancia irregular y con contrato de trabajo también irregular debe tener (2001, p. 16).

Una mención especial merece también la exclusión de los inmigrantes irregulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita para los casos que no tengan que ver con su expulsión del territorio y los procedimientos de asilo

<sup>30</sup> El Estatuto de los Trabajadores los reconoce como derechos básicos de los trabajadores, sin distinguir entre extranjeros y nacionales.

<sup>31</sup> El art. 11 del *Convenio de Roma de Protección de derechos humanos y libertades fundamentales*, establece que toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos. Y el artículo 14 de este Convenio establece asimismo que “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de origen nacional o social...”.

(art. 22.2). En relación a esta exclusión debemos decir que para el Tribunal Constitucional los derechos contenidos en el art. 24 CE, regulador de la tutela judicial efectiva, son “inmediatamente inherentes a la dignidad de la persona”. Por tanto, en relación a este derecho no puede haber diferencias de trato entre españoles y extranjeros, sean legales o ilegales, y ya se trate de una causa penal, civil, laboral o administrativa en la que pudiesen verse afectados. Sin embargo, el legislador, al excluir al extranjero irregular del derecho a la asistencia gratuita para los casos no relacionados con los procedimientos de expulsión y asilo, está en realidad excluyendo al extranjero del derecho a la tutela judicial efectiva. Por ello se puede considerar que la discriminación que hace el art. 22.2 respecto a los extranjeros indocumentados es inconstitucional (Aragón, 2001, p. 16).

La imposibilidad de ejercitar los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga constituye también una agresión contra el conjunto de derechos que se reconoce a los extranjeros irregulares. Como se sabe, la primera garantía de los derechos, su garantía sustancial, se funda en la articulación social de sus titulares, esto es, en su capacidad para constituirse en grupo social con relevancia pública (Gutiérrez, 2001, p. 21) La “conquista de derechos”, si no va acompañada de una conquista de poderes democráticos, “es insuficiente por sí sola para conseguir la solidaridad y el respeto por las diferencias” (Barcellona, 1992, p. 109). La solución de los conflictos sociales requiere la existencia de vías de participación social, algo necesario para los extranjeros que están en la clandestinidad y sometidos a procesos de explotación, segregación y discriminación social. Pero su exclusión del ámbito de vigencia de los derechos fundamentales los minoriza respecto al resto de la sociedad, quedando aún más desprotegidos ante esos procesos. No hay más que ver el régimen de semiesclavitud y las condiciones de vida en el que se encuentran

miles de extranjeros en los invernaderos y campos de las provincias mediterráneas y de cómo son tratadas centenares de mujeres extranjeras, obligadas muchas de ellas a prostituirse para sacar adelante a sus familias<sup>32</sup>.

La exclusión de los extranjeros de algunos de los derechos y libertades fundamentales significa “la puesta en marcha de un proceso de reducción de ciertas categorías de seres humanos de personas a no-personas” (Dal Lago, 2000, p. 139). Sin el amparo de la ley el extranjero se convierte en una “no-persona”. Este proceso de despersonalización alcanza su punto culminante con la expulsión del territorio. Para evitar que se produzcan fenómenos de esta índole es necesario un cambio radical en la política migratoria de los gobiernos europeos, en particular en la política de admisión del extranjero en el territorio.

## LA ADMISIÓN EN EL TERRITORIO Y LA NATURALIZACIÓN

---

La decisión sobre la admisión en el territorio es importante para la sociedad receptora. Ello se debe a que los principios, normas y políticas institucionales que se establezcan en una materia como la de extranjería influyen directamente en la convivencia y son uno de los factores que definen, además, el grado de exclusión y de democracia existente en la sociedad.

En la admisión del extranjero, la sociedad receptora debe pronunciarse sobre el derecho a la inmigración contestando básicamente a cuatro preguntas: si hay que conceder o no y porqué el derecho de admisión, cuántos pueden entrar, cómo pueden entrar y quiénes pueden hacerlo. Por

---

<sup>32</sup> Sobre las condiciones de vida de muchas mujeres extranjeras en las ciudades españolas ver el reportaje que realizó la escritora y periodista Empar Pineda en *El País* del 25 de febrero de 2001.

otra parte, a la hora de abordar estas cuestiones no es posible dejar de tener en cuenta, por lo menos, tres aspectos. En primer lugar, que ninguna comunidad ha de tomar decisiones que la puedan conducir a su propia autodestrucción. En segundo lugar, que en las sociedades receptoras hay un buen número de ciudadanos que no están dispuestos a renunciar al principio moral de que todas las personas, por más extranjeros que sean, tienen derecho a emigrar y, en consecuencia, a ser tratadas como iguales en derechos y deberes allí donde se encuentren viviendo. Por último, que las políticas de admisión, en un mundo cada día más mundializado, en el que se están formando grandes espacios económico-políticos supranacionales, exigen una dirección unitaria por parte del conjunto de estados pertenecientes a una misma región o a una misma entidad económico-política.

Las decisiones sobre la admisión cambian en función de cómo se considere a la inmigración, si es un derecho fundamental que tiene toda persona<sup>33</sup> y que, por tanto, no puede quedar subordinado a otros intereses, o si, por el contrario, no es un derecho fundamental y, por tanto, puede quedar relegada a un segundo plano frente a otros derechos e intereses<sup>34</sup>. De todos modos, sea cual sea el punto de vista que se adopte, el primer filtro de admisión es muy importante ya que de él depende la ampliación de la pertenencia a la sociedad receptora. Es decir, cuando obtiene el permiso para residir y trabajar el inmigrante se convierte en un ciudadano en potencia.

Ahora bien, el segundo filtro, la naturalización o adquisición de la nacionalidad por residencia, puede estar sometido a ciertas exigencias de tiempo pero no se puede negar por completo. Tarde o temprano el

<sup>33</sup> Recordemos que los arts. 25 de la Constitución de 1869 y 27 de la Constitución republicana de 1873 establecían que: “Todo extranjero podrá establecerse libremente en territorio español”. Y el art. 31 de la de 1931 decía: “El derecho a emigrar o inmigrar queda reconocido y no está sujeto a más limitaciones que las que la ley establezca”.

<sup>34</sup> Sobre esta cuestión me permito reenviar a Silveira (2000, p. 11 y ss).

extranjero residente tiene derecho a adquirir la ciudadanía. Por eso a la hora de decidir sobre estos dos filtros, un autor como Walzer defiende el derecho universal a la ciudadanía si bien lo supedita a un principio de justicia distributiva de tipo comunitarista que actuaría como primer filtro de admisión. Este filtro permitiría el ingreso de nuevos inmigrantes en el territorio siempre y cuando haya trabajo para todos los que luego han de ser ciudadanos y su admisión tenga en todo momento la conformidad de los actuales ciudadanos. Es decir, para Walzer la entrada de inmigrantes en el territorio debe estar vinculada no sólo al principio de ayuda mutua sino también a la elección que cada sociedad esté dispuesta a hacer de sí misma (1993, p. 51-52).

Una vez superado el primer filtro de admisión toda persona con arraigo y que pueda demostrar su pertenencia<sup>35</sup> de forma continua y voluntaria a una comunidad política, aunque sea extranjera, tiene derecho a participar en la vida pública de aquélla. La imposibilidad de ejercitar este derecho como consecuencia de unas políticas de naturalización restrictivas hace aún más difícil la convivencia y la configuración de un marco político-jurídico común que responda a la nueva realidad multiétnica de la sociedad. En este punto encontramos que el Estado está dispuesto a transigir en el tema de los derechos relativos a la persona pero no, aunque pueda parecer paradójico, en el de los relativos al ciudadano. Así, mientras que los extranjeros indocumentados sufren un proceso de “despersonalización”, los extranjeros regulares sufren un proceso de “metequización”, en el sentido de que el legislador les concede derechos civiles, sociales y libertades fundamentales, pero no les reconoce completamente los derechos políticos.

<sup>35</sup> La pertenencia de hecho a una comunidad puede ser demostrada a través de la residencia habitual, la ocupación laboral, el respeto de las leyes, el pago de los impuestos, etc.

El ordenamiento jurídico español prevé que los extranjeros residentes podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales (art. 6.1 LO 8/2000)<sup>36</sup>. Ahora bien, según lo establecido en los artículos 13 y 23 CE, para que los extranjeros regulares puedan votar en las elecciones municipales deben cumplirse dos condiciones: a) que mediante ley o tratado se amplíe el derecho de los inmigrantes con residencia legal a participar en las elecciones locales; y b) que haya reciprocidad de trato en cuanto a los derechos políticos de los españoles en los países de origen de los extranjeros. Actualmente sólo se cumplen estas dos condiciones con los ciudadanos noruegos residentes en España. En realidad, la exigencia de la reciprocidad de trato para los españoles residentes en los países de los extranjeros que residen en España anula prácticamente el ejercicio de este derecho.

Asimismo, la configuración de esta ciudadanía dual entre ciudadanos nacionales y extranjeros tiene otro apoyo importante en las dificultades que encuentran los extranjeros para obtener la ciudadanía, todavía fundada en muchos países europeos en el *ius sanguinis*. En España, como es conocido, la atribución de la nacionalidad por “vínculo de sangre” entre el progenitor y su hijo es el criterio fundamental de atribución de la nacionalidad<sup>37</sup>. Son españoles de origen, dice el art. 17.1 del Código Civil, “los nacidos de padre o madre españoles”. Este principio se aplica con independencia del lugar de nacimiento de la persona, incluso aunque se produzca en territorio extranjero.

<sup>36</sup> El artículo 6.2 establece que los “extranjeros residentes, empadronados en un municipio, tienen todos los derechos establecidos por tal concepto en la legislación de bases de régimen local, pudiendo ser oídos en los asuntos que les afecten de acuerdo con lo que disponga el Reglamento Orgánico de la Corporación”.

<sup>37</sup> Aunque la adquisición originaria de la nacionalidad también se puede adquirir por aplicación del denominado *ius soli* o atribución por razón del “lugar del nacimiento”. Son españoles de origen: “los nacidos en España de padres extranjeros, si al menos uno de ellos hubiera nacido también en España... (art. 17.1.b CC).

En cambio, el proceso de “naturalización”, en vez de ser un instrumento de integración del inmigrante en la sociedad receptora, se convierte en un procedimiento bastante excepcional de adquisición de la ciudadanía. La adquisición de la nacionalidad española por “naturalización” o por residencia” exige que se cumplan una serie de requisitos y depende de la voluntad del Ministro de Justicia. Se exige que la residencia sea legal, continuada, ininterrumpida y efectiva durante un período de tiempo variable según los casos –diez, cinco, dos o un año– e inmediatamente anterior a la petición (art. 22.1.2.3 CC)<sup>38</sup>. Ahora bien, la residencia continuada por los períodos anteriores no es de por sí suficiente para poder obtener la nacionalidad española ya que el Ministro de Justicia puede “denegarla por motivos razonados de orden público o de interés nacional” (art. 21.2 CC). En estos casos, el interesado tendrá que justificar “buena conducta cívica y suficiente grado de integración en la sociedad española” (art. 22.4 CC) en el correspondiente expediente incoado al efecto conforme a la legislación del Registro Civil (arts. 220 y ss y 365 y ss. RRC). La exigencia de estos requisitos indeterminados y de difícil valoración deja la puerta abierta para que el Ministerio de Justicia pueda decidir de forma bastante discrecional la obtención de la nacionalidad por residencia. Ante esto, el legislador contempla en la Ley 8/2000 la posibilidad de conceder al extranjero la residencia permanente, una vez transcurridos cinco años de residencia temporal continuada en el territorio (art. 32).

El no reconocimiento de los derechos políticos o la existencia de barreras jurídicas, como la exigencia de la reciprocidad, reafirma aún más la configuración de una ciudadanía dual entre ciudadanos autóctonos y

<sup>38</sup> La regla general es la exigencia de residencia de diez años; cinco para los que hayan obtenido asilo o refugio; dos para los nacionales originarios de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Portugal, Guinea Ecuatorial o Sefardíes; y un año para distintos supuestos, como, por ejemplo, para el que haya nacido en territorio español o que en el momento de la solicitud estuviere casado con español o española y no se hallare separado legalmente o de hecho.

ciudadanos extranjeros. De todos modos, en el tema de los derechos políticos se han producido algunos avances importantes en los ordenamientos jurídicos europeos. En algunos como el español, ya se prevé que los extranjeros no comunitarios residentes puedan ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales. Asimismo la *Convención Europea sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local*, elaborado en el marco del Consejo de Europa y firmado en Estrasburgo el 5 de febrero de 1992, recoge el compromiso de los Estados de conceder el sufragio activo y pasivo a todos los extranjeros que hayan residido legal y habitualmente en el Estado al menos durante los cinco años que precedan a las elecciones<sup>39</sup>. Hasta ahora han firmado este Convenio Irlanda, Países Bajos, Noruega, Dinamarca, Italia y Suecia. Pero es en Gran Bretaña donde se han producido los avances más significativos por dos motivos: por tener leyes de nacionalidad menos exigentes y por su pasado imperial, en virtud del cual se reconocen a los ciudadanos nacionales de los países miembros de la *Commonwealth* el derecho a la participación política tan pronto como deciden residir de modo permanente en Gran Bretaña. Así, ciudadanos extranjeros de Jamaica, Nigeria, Ghana, Paquistán, India nada más obtener la residencia permanente son incluidos de forma inmediata y efectiva en la política británica. Los votos de estas personas, como señala Amartya Sen, han servido para “frenar los intentos anteriores de políticas racistas en Gran Bretaña” (2001, p. 20).

En el resto de países europeos aún queda un largo camino por recorrer hasta alcanzar la inclusión política de los extranjeros en sus territorios de residencia. Detrás de esta exclusión está el hecho de que los derechos políticos en los países europeos se siguen rigiendo, tal y como señaló en su

<sup>39</sup> El hecho de que los extranjeros residentes no puedan ejercitar los derechos políticos en los países europeos choca incluso con uno de los principios del liberalismo: el de “ninguna tasa sin representación”.

momento Carl Schmitt, por un principio de igualdad sustancial: el de la nacionalidad. No hay más que leer el *Tratado de la Comunidad europea* para ver cómo el principio de nacionalidad sigue impregnando al principio de ciudadanía. En el artículo 13 de este *Tratado* se dice que “será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro”. Y esta concepción de la ciudadanía europea vuelve a ser reafirmada en los artículos 37 y 38 de la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea*, los cuales restringen el derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento y en las elecciones municipales únicamente a los ciudadanos de la Unión, sin aludir para nada a los extranjeros residentes.

Desde un punto de vista democrático no es admisible la conversión del extranjero residente en un *meteco*. En sociedades democráticas los procesos de toma de decisiones deben estar abiertos a la participación de todas las personas a quienes afecten las decisiones adoptadas. En este sentido, y para no ir hacia atrás en el proceso de democratización y evitar una división de la sociedad entre ciudadanos nacionales y ciudadanos extranjeros los países de la Unión Europea deben revisar no sólo las políticas de admisión en el territorio sino también las de naturalización o de concesión de la ciudadanía por residencia en el territorio.

## HACIA UNA DESNACIONALIZACIÓN DE LA CIUDADANÍA

---

La vida en común entre ciudadanos autóctonos y extranjeros requiere que tanto unos como otros encuentren igual protección jurídica y respeto social: a) en su integridad como individuos irremplazables; b) en tanto que miembros de un grupo étnico o cultural; y c) en su condición de ciudadanos. Algo que no sucede, como hemos visto, con los extranjeros no comunitarios, quienes se ven inmersos en procesos de “despersonalización” y de “metequización” en los países occidentales. El derecho en estos países

sólo garantiza al ciudadano nacional, ni que sea sólo desde un punto de vista formal, los derechos civiles, políticos y sociales y las libertades fundamentales. En cambio, los extranjeros no comunitarios se ven privados de derechos y libertades fundamentales por el hecho de ser extranjeros o bien por encontrarse en el territorio con o sin los papeles exigidos para residir y trabajar. Ahora bien, a nuestro entender en un Estado democrático de derecho la política migratoria no puede favorecer la paulatina institucionalización jurídica del extranjero en un ordenamiento desvinculado de los principios fundamentales del marco jurídico general.

Para hacer frente a la institucionalización de la ciudadanía dual habría que conseguir, en primer lugar, que la ciudadanía se desprenda de sus rasgos nacionales y de su fundamento territorial. Sólo así, eliminando cualquier tipo de componente sustancial, la ciudadanía dejaría de ser una categoría excluyente y volvería a ser el reflejo del estatus de los derechos y deberes de las personas que viven en una determinada comunidad o, si se prefiere, la expresión del título de acceso a determinados bienes que tienen forma de derechos civiles, políticos y sociales. Este es el camino que han iniciado las ciudades europeas con la elaboración de *Carta Europea de salvaguarda de los derechos humanos en la ciudad*, aprobada en *Saint Denis* (Francia) el 18 de mayo de 2000.

Esta *Carta* define la ciudad como “un espacio colectivo que pertenece a todos sus habitantes, los cuales tienen derecho a encontrar las condiciones para su realización política, social y ecológica, asumiendo deberes de solidaridad” (art. I). Asimismo establece que “los derechos enunciados en esta Carta se reconocen a todas las personas que viven en las ciudades signatarias, independientemente de su nacionalidad” (art. II.1) y que “las ciudades signatarias promueven la extensión del derecho de sufragio activo y pasivo en el ámbito municipal a todos los ciudadanos y ciudadanas mayores de edad no nacionales, después de un período de dos años de residencia en la ciudad” (art. VIII.2). Como puede comprobarse, el espíritu

de la *Carta* es muy diferente del de la Ley de Extranjería. En ella se busca la inclusión en la ciudad de todos sus habitantes, independientemente de su nacionalidad. En este sentido, la *Carta* se presenta como un buen punto de partida y un buen instrumento para articular decisiones acerca de las cuestiones de interés general de la comunidad. Hace falta ahora que las instituciones y la sociedad civil hagan lo posible para que las normas y los principios recogidos en ella tengan efectividad.

Por otra parte, para lograr que los extranjeros vean reconocidos sus derechos como personas y ciudadanos es necesario también hacer frente a los discursos excluyentes y xenófobos promovidos por grupos sociales y políticos ultranacionalistas. Estos grupos buscan activar el antagonismo entre autóctonos y foráneos con el fin de impedir que estos últimos se integren en la comunidad y participen en las cuestiones de interés general. Es importante que estos grupos no alcancen sus objetivos políticos principalmente por dos motivos. En primer lugar, porque vivimos en sociedades del conflicto, con grandes desigualdades sociales, en las que constantemente hay que tomar decisiones acerca del reparto de los bienes y los puestos de trabajo. Y éste es un proceso lleno de dificultades porque siempre hay personas y grupos sociales que quedan excluidos de los acuerdos y, en consecuencia, del reparto de los bienes y recursos de la comunidad. Por ello es importante evitar que las posibles desavenencias que se puedan producir entre autóctonos y foráneos lleguen a convertirse en un antagonismo de difícil solución. Y, en segundo lugar, porque es necesario que todos los habitantes de la ciudad, ciudadanos y extranjeros con arraigo, puedan decidir libremente acerca de los principios, normas e instituciones que deben regular su convivencia.

La desactivación del antagonismo entre autóctonos y foráneos puede ayudar a avanzar hacia una sociedad donde nadie sea excluido de la vida en común por su condición de extranjero. Para ello es necesario que los

extranjeros vean reconocidos sus derechos como personas y ciudadanos, lo cual exige, claro está, un cambio de las actuales políticas inmigratoria y de extranjería. Este cambio es hoy urgente en la sociedad española. Las distintas manifestaciones de racismo popular que se han producido en los últimos años en diversos municipios de la geografía española han puesto de relieve las consecuencias y los límites de las políticas migratoria y de extranjería que los gobiernos han aplica desde 1985. Vale la pena hacer una breve referencia a lo sucedido en El Ejido durante los días 5, 6 y 7 de febrero de 2000.

Durante esos tres días los trabajadores inmigrantes marroquíes sufrieron ataques xenófobos y racistas por parte de ciudadanos ejidenses. ¿Cómo explicar estos ataques? Una de las explicaciones que se dan es que los actos racistas fueron la respuesta de los ciudadanos autóctonos a los asesinatos de tres de sus conciudadanos a manos de dos inmigrantes marroquíes – uno de ellos en tratamiento psiquiátrico –, en un corto período de tiempo. Pero esto no explica por sí solo la barbarie que se apoderó de El Ejido en esos días. Las movilizaciones y los ataques racistas contra los inmigrantes fueron más bien el resultado de la suma de distintos fenómenos<sup>40</sup>.

Uno de los más importantes es que los trabajadores inmigrantes marroquíes no están para nada integrados en el entorno municipal de El Ejido. Y no sólo por culpa de ellos sino como consecuencia principalmente de la segregación espacial y de la exclusión social a la que están sometidos<sup>41</sup>.

<sup>40</sup> Para una explicación detallada de lo que sucedió y un estudio en profundidad de los ataques racistas ver Martínez Veiga (2001) y (1999).

<sup>41</sup> De las 260 viviendas de El Ejido, Vicar y Berja – tres municipios de Almería – sólo un 33 por 100 de los inmigrantes vivía en casas situadas dentro del pueblo, un 10 por 100 vivía en cortijos con ciertas condiciones de habitabilidad y el 57 por 100 vivía en almacenes o en casas semiderruidas (Informe de 1998 de la ONG Almería Acoge y los sindicatos CCOO y UGT, citado en Martínez Veiga (2000, p. 157).

En esta segregación y exclusión intervienen tanto las autoridades del gobierno local como los empresarios agrícolas de la región. El ayuntamiento ejidense es uno de los principales promotores de la segregación espacial: al mismo tiempo que desaloja a los inmigrantes de los núcleos urbanos ofrece a los agricultores subvenciones a fondo perdido para que reformen los cortijos y alojen en ellos a los inmigrantes. Esta segregación espacial no hace más que reforzar el desconocimiento de los nativos con respecto a los inmigrantes, los cuales pasan a convertirse en unos verdaderos extraños, en una masa de individuos anónimos que produce desconfianza y hacia la que no se tiene el más mínimo respeto.

A la falta de integración hay que añadir un fenómeno que el antropólogo Stanley Tambiah designa con los términos de “focalización” y “transvaluación”. La “focalización” consiste en despojar progresivamente los incidentes locales de sus contextos particulares, y la “transvaluación” distorsiona, abstrae y proyecta estos incidentes locales hacia cuestiones colectivas, más amplios y de mayor importancia desde el punto de vista étnico y nacional. “Una serie de incidentes, escribe Tambiah, de carácter local y disputas a pequeña escala, ocasionados por asuntos religiosos, comerciales e interfamiliares que comprometen el contacto directo de unos individuos con otros, se van agrandando y, poco a poco, se convierten en confrontaciones entre grupos cada vez mayores de antagonistas que no tenían nada que ver con las disputas originales”<sup>42</sup>. Ambos procesos, están interrelacionados. Un ejemplo de “focalización” y “transvaluación” lo encontramos en lo que hizo la Asociación de Agricultores (COAG) tras la muerte de dos de sus socios agricultores por un inmigrante marroquí. La COAG aprovechó estas muertes para acusar a todos los inmigrantes marroquíes en general y pedir la expulsión de todos los extranjeros que no

<sup>42</sup> Stanley Tambiah, citado en Martínez Veiga (2001, p. 193).

tuvieran los papeles en regla. Ahora bien, el origen de este comportamiento de la COAG estaría, según Martínez Veiga, no tanto en estas muertes sino en las demandas constantes que los inmigrantes hacen a los agricultores nativos para que les firmen los documentos necesarios para poder acceder a los subsidios, a la regularización o a la reagrupación familiar. Al mismo tiempo, los empresarios ejidenses aprovecharon la circunstancia de los asesinatos para expresar sus críticas a la política comercial de Marruecos. Así, un hecho puntual y concreto como un asesinato sirvió para trasladar la culpa a todo un colectivo de personas.

Todo esto contribuyó a reactivar y a extender el fenómeno del “mininacionalismo<sup>43</sup>” contra lo extranjero. Este “mininacionalismo” se expresó con el aislamiento del pueblo del resto de los municipios y la destrucción de la mezquita. El cierre de las carreteras constituyó una afirmación de la población nativa frente a los extraños procedentes de fuera. Ello unió aún más a los habitantes ejidenses en contra de los marroquíes, representados por la mezquita como lugar de culto<sup>44</sup>. Esto pone de manifiesto, según señala Martínez Veiga, que los acontecimientos de El Ejido no se pueden considerar como un puro fenómeno de clase, sino como algo en lo que la etnicidad<sup>45</sup> juega un papel central. Otro fenómeno de una importancia fundamental en la movilización de los nativos contra

<sup>43</sup> “Mininacionalismo” en el sentido de “exaltación de los valores y realidades locales que, como toda exaltación de los localismos, se lleva a cabo por oposición a lo exterior” (Martínez Veiga, 2001, p. 197).

<sup>44</sup> La religión y la violencia, escribe Stanley Tambiah, dan “una identidad colectiva, fusionan a los individuos y, al menos, por cortos períodos de tiempo, les dan una identidad personal como miembros de una especie homogénea” (cit. en Martínez Veiga, 2000, p. 201).

<sup>45</sup> En la etnicidad hay que distinguir entre la “identificación étnica de los individuos dentro de un grupo” y la “cultura objetiva o perceptible de la personalidad étnica”. Lo fundamental es la afirmación étnica. Un grupo étnico, escribe Barth, es “una organización social construida a partir de elementos emblemáticos cuyo valor fundamental no se pone en duda, pero cuya característica fundamental es trazar o establecer límites entre el grupo y los otros” (citado en Martínez Veiga, 2001).

los inmigrantes fue la difusión de rumores. El periódico *La Voz de Almería*, en su edición de 7 de febrero de 2000, señala que uno de los rumores que se hicieron circular el día anterior es que se habían envenenado los depósitos de agua potable y que el ayuntamiento, preventivamente, había ordenado su vaciado. También circularon otros rumores relativos a nuevos asesinatos que no llegaron a confirmarse.

En fin, la suma de todos estos fenómenos, y de otros más, como el miedo expresado por los ejidenses de vivir rodeados de desconocidos indocumentados, desembocaron en un enfrentamiento entre dos grupos étnicos: uno mayoritario y dominante, el de los nativos españoles, y otro minoritario y subordinado, el de los inmigrantes marroquíes. Con los ataques de los españoles hacia los inmigrantes se reafirmó, como señala Martínez Veiga, el “cierre social<sup>46</sup>” y la exclusión social de los inmigrantes marroquíes (2001, p. 220). Ahora bien, a pesar de la trascendencia de los fenómenos que se produjeron esos días, no se puede dejar de tener en cuenta que el “cierre social” respecto a los inmigrantes marroquíes no es un fenómeno esporádico y puntual sino que es un estado permanente en el municipio de El Ejido y en otros muchos municipios del territorio español<sup>47</sup>. Es por ello que urge un cambio en la política migratoria.

Sin embargo, la nueva ley de extranjería, y a pesar de lo que diga el gobierno, al seguir apostando por las políticas de control y de represión de la inmigración irregular y al dificultar el paso de la irregularidad a la regu-

<sup>46</sup> Con esta expresión Max Weber se refería a los procesos de subordinación que se producen dentro de la sociedad cuando un determinado grupo monopoliza en exclusiva las ventajas que tiene, negando oportunidades a otro grupo de extraños situado por debajo de ellos a los que se define como inferiores o no aptos para acceder a las posiciones ventajosas (Martínez Veiga, 2001, p. 215).

<sup>47</sup> En el municipio de Sant Pere Pescador (Alt Empordà) centenares de extranjeros que trabajan en las tareas agrícolas duermen al raso o en chozas porque se les niega alojamiento durante los meses de agosto y septiembre (El País, 8 de octubre de 2001).

laridad, poco ayudará a mejorar las condiciones sociales y laborales de los inmigrantes y, en consecuencia, a las políticas de integración, las únicas que pueden ayudar a superar la brecha existente entre autóctonos y foráneos. El gobierno continúa optando, como señala Antonio Izquierdo, por un modelo migratorio que en lo fundamental sigue siendo un sistema de inmigración irregular (2001, p. 135). Esto significa continuar apostando por gestionar la regulación de la inmigración como si de un problema de “orden público” se tratase, a través, por un lado, de la detención y de la expulsión administrativa como instrumentos ordinarios de regulación y, por otro, de la realización, de tarde en tarde, de “regularizaciones” extraordinarias. Sin embargo, las autoridades no pueden ignorar que la irregularidad es un fenómeno presente en todos los procesos migratorios y que la posibilidad de hacerla salir a la luz es el único antídoto para evitar la explotación y la discriminación del extranjero y el surgimiento de mafias dedicadas al tráfico de personas. Las políticas de clausura, al alimentar los ingresos clandestinos – y ahí están las cifras sobre el incremento de la inmigración clandestina durante el año 2001<sup>48</sup> – contribuyen a extender los mismos fenómenos que el gobierno dice querer combatir. La irregularidad administrativa, al dejar a miles de extranjeros en la clandestinidad, favorece aún más los procesos de marginación social y laboral de éstos. Y no es admisible que en un Estado de derecho la discriminación de los inmigrantes se apoye principalmente en las políticas de extranjería y de inmigración que han decidido practicar los poderes públicos.

Una política de extranjería valiente debería romper con el mito del control estatal de la territorialidad y hacer frente al contingente de inmigrantes irregulares con políticas ordinarias de regulación permanente. A nuestro

<sup>48</sup> El número de inmigrantes interceptados en septiembre de 2001 – 19465 irregulares – ya superaba el de todos los interceptados el año anterior – 15195 – (El País, 5 de septiembre de 2001).

entender, la legislación tendría, en primer lugar, que diferenciar claramente entre los extranjeros indocumentados que no están dispuestos a abandonar esa situación de los que están dispuestos a regularizar su situación, como podría ser el caso de los que en su momento tuvieron los papeles y que más tarde, por motivos diversos, han pasado a una situación de irregularidad administrativa. En segundo lugar, el legislador debería ofrecer a los extranjeros dispuestos a salir de la clandestinidad la posibilidad de regularizar su situación a través de procedimientos ordinarios preestablecidos y no sólo mediante procesos extraordinarios de regularización. Sin esta posibilidad los indocumentados, tarde o temprano tendrán que hacer frente a una detención administrativa y a un más que probable proceso de internamiento-expulsión del territorio. Que la administración disponga de instrumentos para realizar una regulación permanente es fundamental con vistas a una política inmigratoria dúctil y pragmática que se proponga combatir la clandestinidad. Tiene poco sentido que si un inmigrante encuentra un trabajo o tiene una propuesta de trabajo tenga que volver a su país de origen para poder ser llamado por el que le ofrece el trabajo por el hecho de no haber entrado en el país con el permiso adecuado. Si tiene trabajo o una propuesta de trabajo debería tener la posibilidad de regularizar su situación en su ciudad de residencia. En realidad, el punto cardinal de las leyes de extranjería, hoy por hoy en los países europeos, es el de la conversión de los permisos de estancia en un permiso de trabajo y de residencia. Esto, por otra parte, frenaría la inmigración clandestina y los fenómenos delictivos que la rodean.

Esta política debe ir acompañada además de un replanteamiento del sistema de los flujos a la luz de las causas de las actuales migraciones y de las características del sistema económico. La política de los contingentes ha funcionado hasta ahora como clausura. Un replanteamiento de esta política y una mayor apertura de las fronteras contribuiría en el debilitamiento de las mafias y en la reducción de las costosas barreras marítimas. Es necesario que la regulación de la inmigración deje de estar en manos del mercado. La configuración de la inmigración como un sistema

de adquisición de mano de obra para trabajos preestablecidos, además de algo injusto, es una pretensión irreal. Las personas emigran para buscar trabajo, no para ocupar un puesto predeterminado y luego volver a su país de origen. Los extranjeros no son una mercancía que se adquiere o no se adquiere en función de las demandas del mercado de trabajo o de las necesidades de financiación de la Seguridad Social. Por el contrario, lo que debería hacer el gobierno es prever flujos realistas con el fin de permitir la inserción libre del inmigrante en el mercado laboral.

Una política de flujos mínimamente eficaz debería estar basada en la “corresponsabilidad<sup>49</sup>”, la “contractualización<sup>50</sup>” y el “co-desarrollo<sup>51</sup>” (Nair 1998, p. 9-10). En relación a esta cuestión vale la pena tener en cuenta que las remesas que los extranjeros que viven en el mundo rico envían a sus familiares de sus países de origen alcanzan los 70.000 millones de dólares, mientras que el total de la ayuda de los países miembros de la OCDE a esos países es sólo de 53.000 millones de dólares<sup>52</sup>. Por todo ello, podemos decir

<sup>49</sup> Con la “corresponsabilidad” se trata de conseguir que tanto los países de acogida como los de origen se responsabilicen de los flujos –los de acogida preocupándose de la demanda migratoria, para evitar que los inmigrantes caigan en manos de las mafias, y los de origen estableciendo estrategias de dominio de los flujos. La inhibición de los estados en la gestión de los flujos migratorios provoca que los inmigrantes queden en manos de la oferta y de la demanda del mercado, con la posibilidad de caer en las redes de las mafias de trabajo clandestino.

<sup>50</sup> Con la “contractualización” se pretende identificar en los países receptores aquellos sectores en los que la mano de obra extranjera es necesaria, flexibilizar la legislación laboral para favorecer el empleo en estos sectores y realizar contratos de contingencia de trabajadores de extranjeros con los países proveedores de emigrantes; es decir, hay que evitar que la inmigración parasite el mercado legal de trabajo.

<sup>51</sup> Las políticas de “codesarrollo” buscan orientar las transferencias financieras y de mercancías de la inmigración hacia fines socialmente emancipadores en los países de origen.

<sup>52</sup> España es uno de los países europeos con uno de los niveles más bajos de ayuda al desarrollo (AOD). Según el informe La Realidad de la Ayuda, de Intermón Oxfam, en 1992 y 1993 la AOD española alcanzó el 0'28 del PNB, pero en 1999 fue del 0'23 % y en 2001 del 0'21 %. En cambio, la AOD en Suecia es del 0'7 %, en Holanda el 0'79 %, en Noruega el 0'9 % y en Dinamarca el 1 %. La media de la UE es del 0'33 %. Por otra parte, España es, tras Italia, el país europeo que da más ayuda condicionada a la adquisición por parte del receptor de bienes y servicios del país donante. Entre un 20 % y un 25 % de la ayuda oficial al desarrollo se consume en los créditos FAD (Fondo de Ayuda al Desarrollo), créditos que han demostrado su ineficacia contra la pobreza.

que un cambio de las políticas migratorias fundamentado en estos tres puntos podría interpretarse como un buen síntoma de que los gobiernos y los ciudadanos europeos comienzan a tener un poco más en cuenta las necesidades, los derechos y los intereses de los inmigrantes extranjeros.

## BIBLIOGRAFIA

---

ARAGÓN, M. ¿Es constitucional la nueva ley de extranjería? En *Claves*, n. 112, 2001.

BALIBAR, E. *Les frontières de la démocratie*. París: La Découverte, 1992.

BARCELONA, P. *Postmodernidad y comunidad*. Madrid: Trotta, 1996.

COLECTIVO Ioé. *Inmigrantes, trabajadores, ciudadanos*. Una visión de las migraciones desde España. Valencia: Universitat de València, 1999.

CUADERNOS del Sureste. *Carpeta Inmigración*, n. 9, Lanzarote, 2001.

DAL LAGO, A. Personas y no-personas. In: SILVEIRA, H. (Ed.) *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. Sobre la inconstitucionalidad de la regulación de la libertad de sindicación y de huelga de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000. In: *Revista de Derecho Social*, n. 13, 2001.

FERRAJOLI, L. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

\_\_\_\_\_. La legalità violenta. In: *Democrazia e diritto*, n. 3, 1989.

\_\_\_\_\_. La conquista de América y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados. In: AA.VV. *Soberanía: un principio que se derrumba* (Aspectos metodológicos y jurídico-políticos) (al cuidado de R. Bergalli y E. Resta). Barcelona: Paidós, 1996.

FUNDACIÓ Jaume Bofill. *Anuari de la Immigració a Catalunya*, 1999. Barcelona: Mediterrània, 2000.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. Constitución española, derechos de los extranjeros. In: *Jueces para la Democracia*, n. 41, 2001.

IZQUIERDO ESCRIBANO, A. La política hacia dentro o el sistema de inmigración irregular en España. In: SASSEN, S. *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2001.

MARTÍNEZ VEIGA, U. *Pobreza, segregación y exclusión social* (La vivienda de los inmigrantes extranjeros en España). Barcelona: Icaria, 1999.

\_\_\_\_\_. *El Ejido*. Discriminación, exclusión social y racismo. Madrid: La Catarata, 2001.

MATEO MENÉNDEZ, F. de. Aproximación a la ley de extranjería. In: *Jueces para la Democracia*, n. 40, 2001.

NAÏR, S. Hacia una nueva gestión de los flujos migratorios. In: *El País*, 12 de agosto de 1998.

NIETO MARTÍN, F. Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar. In: *Jueces para la Democracia*, n. 41, 2001.

SEN, A. La otra gente. Más allá de la identidad. In: *Letras Libres*, n. 1, 2001.

SILVEIRA, H. "La exclusión del otro extranjero y la democracia de las diferencias". En AA.VV. *En el límite de los derechos*. EUB, Barcelona, 1996.

SILVEIRA, H. La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate. In: SILVEIRA, H. (Ed.). *Identidades comunitarias y democracia*. Madrid: Trotta, 2000.

WACQUANT, L. Una tormenta represiva que llega de Estados Unidos. In: *Le Monde Diplomatique*. Edición española, abril, 1999.

WALZER, M. *Las esferas de la justicia*. México: FCE, 1993.

