

LA LEY DE EXTRANJERÍA Y LA FORMACIÓN DE UN SISTEMA DUAL DE CIUDADANÍA

HÉCTOR C. SILVEIRA*

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 comporta¹. Y hacia el interior han establecido un proceso de «inserción 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 ciudadanía² entre nacionales y extranjeros en el interior del Estado³.

Las páginas que siguen están dedicadas 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 una segunda parte se defiende la necesidad de un modelo inmigratorio diferente del configurado por esta ley.

I. LA FORMACIÓN DE UN SISTEMA DUAL DE CIUDADANÍA

En el inicio de la Edad Moderna (y de la inmigración como conquista) los joristas legitimaron la ocupación española de América invocando la existencia

* Universidad de Barcelona.

¹ Según datos suministrados por la Asociación de Trabajadores Inmigrantes Marroquíes en España (Atime) en los últimos cinco años la inmigración clandestina ha dejado más de 3.924 personas ahogadas en las costas marroquíes y españolas (*El País*, julio de 2001).

² Utilizo el concepto de ciudadanía en el sentido de pertenencia a una comunidad política, cuyo contenido viene definido por un conjunto de derechos y deberes ciudadanos.

³ 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.

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: 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 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 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 de trabajo y residencia que hacía muy difícil que el inmigrante pudiera legalizar su situación. Una práctica administrativa rígida y una escasa preocupación por la cuestión de la integración social no hicieron más que generar, con los años, «irregulares

La Ley de Extranjería y la formación de un sistema dual de ciudadanía

sobvenidos», 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 80% 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»⁴ 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 aumentar⁵; ello se debe a que las migraciones, al constituirse en un fenómeno

⁴ Éste es el nombre que recibe la política que sigue la policía en Gran Bretaña y en EE.UU. 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: 13).

⁵ 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. Ver Izquierdo (2001: 132).

estructural, requieren de políticas que vayan más allá del mero control del territorio y de la represión de las irregularidades administrativas.

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 discriminación⁶, la marginalidad social, la proliferación de mafias, la xenofobia y, en última instancia, los procedimientos administrativos de detención y expulsión de extranjeros. 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. 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.

1. 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)⁷.

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 (artículo 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); c) si acre-

⁶ 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» (Colectivo Ioé 1999: 113 y ss.).

⁷ De ahora en adelante los artículos que no vayan acompañados de la referencia legal corresponden a la Ley 8/2000.

La Ley de Extranjería y la formación de un sistema dual de ciudadanía

dita una permanencia continuada en España durante un período 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 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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.

2. 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 fue la eliminación de la sanción de expulsión y dejar sólo la sanción de una multa para los casos de los extranjeros que se encontraran irregularmente en el territorio⁸. Pero la contrarreforma reintrodujo la expulsión administrativa y amplió además el abanico de actividades contrarias al orden público susceptibles de implicar la expulsión del extranjero. Esta ampliación la hace remitiéndose a las infracciones muy graves de la Ley 1/1992, de 21 de febrero, sobre *Protección de la Seguridad ciudadana* (art. 53 f.).

Esta remisión abre la puerta para que las Fuerzas de Orden Público puedan incoar procedimientos de expulsión en base a una gran variedad de conductas⁹, muchas de ellas, a nuestro entender, no merecedoras de una sanción tan grave como la que contempla el artículo 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 expulsión¹⁰. Esto obliga 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 artículo 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

⁸ 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).

⁹ El artículo 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...» hasta «la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas...», pasando por un concepto tan indeterminado como la «provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana».

¹⁰ La expulsión, señala el artículo 53.1, «podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa».

La Ley de Extranjería y la formación de un sistema dual de ciudadanía

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*¹¹. 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 restablecimiento 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 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 administrativo¹².

¹¹ El Tribunal Constitucional ha integrado este principio, aunque matizado continuamente, en el art. 25.1 CE. Ver SSTC 2/1981 y 204/1996.

¹² Para un análisis en profundidad de este tema ver Nieto Martín (2001: 23-29).

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 (Wacquant, 1999).

3. 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 aba-

La Ley de Extranjería y la formación de un sistema dual de ciudadanía

nico 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: 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 artículo 54.1, así como de los párrafos a), d) y f) del artículo 53 de la Ley 8/2000; b) cuando se haya dictado resolución de retorno¹³ 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 artículo 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 modalidades es la prisión en razón de un hecho punible (...). [Y] el artículo 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 —aún 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). El carácter excepcional del internamiento exige que el Juez aplique el criterio hermenéutico del *favor libertatis*, lo que supone que la

¹³ 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).

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 artículo 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 pero no puede 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 ¹⁴. La distancia entre la ciudad donde se incoa el expediente de

¹⁴ 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.

La Ley de Extranjería y la formación de un sistema dual de ciudadanía

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 las leyes 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% 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: 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 identificar a los extranjeros, 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, imponerle 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 en 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: 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»¹⁵ 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 inmigratorio. 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 la comprobación de los datos

¹⁵ 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: 154).

La Ley de Extranjería y la formación de un sistema dual de ciudadanía

del extranjero «retenido». Según datos suministrados por el Ministerio del Interior entre 1995 y 1998, los expedientes de expulsión incoados cuadruplicaron a las expulsiones materializadas. Por ejemplo, en 1998 se incoaron 18.349 expedientes pero tan sólo se llevaron a cabo 5.525 expulsiones¹⁶. 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 origen¹⁷. 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: 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.

4. 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; y 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 educa-

¹⁶ 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: 93).

¹⁷ En realidad, las dificultades técnicas y los escasos recursos económicos disponibles determinan que los Estados sólo puedan realizar un número máximo de expulsiones por año. Esto nos lleva a plantear si no valdría más la pena invertir los recursos económicos disponibles en otro tipo de políticas.

ción 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)¹⁸; asociación (art. 8)¹⁹; sindicación (art. 11.1) y huelga (art. 11.2)²⁰. En estos últimos derechos el

¹⁸ 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 artículo 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 artículo 21 de la CE».

¹⁹ 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.

²⁰ En relación al derecho de sindicación el artículo 11.1 de la Ley 8/2000 dispone que el extranjero podrá ejercer este derecho cuando obtenga autorización de estancia o resi-

La Ley de Extranjería y la formación de un sistema dual de ciudadanía

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.

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 ²¹, 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 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 ²². 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 indo-

dencia en España. Y el artículo 11.2 dispone que cuando el extranjero esté autorizado a trabajar podrá ejercer el derecho de huelga. En cambio, el artículo 11 de la Ley 4/2000 reconocía estos dos derechos a todos los trabajadores extranjeros que se hallen en España.

²¹ 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. Ver Gutiérrez (2001:20).

²² En este mismo sentido Mateo Menéndez (2001: 11-12).

cumentados 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: 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 artículo 10.1 CE, constituyen el fundamento del orden político español (SSTC 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.

Veamos qué ocurre con cada uno de estos derechos por separado. En cuanto a ejercer el derecho de reunión y manifestación, el artículo 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 «obtenzan 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 vulne-

La Ley de Extranjería y la formación de un sistema dual de ciudadanía

rando el artículo 21 CE²³. A nuestro entender una autorización administrativa de residencia no se puede convertir en una condición general para el ejercicio de un derecho fundamental²⁴.

Lo mismo sucede con el derecho de asociación. El artículo 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 «obtenan 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 artículo 22 CE²⁵. 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 artículo 28 CE reconoce estos derechos a todos sin distinguir entre españoles y extranjeros. Comoquiera el legislador, en el artículo 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 artículo 28 CE. Asimismo, la Ley estaría también vulnerando el Convenio 87 de la OIT, el Estatuto de los Trabajadores y el *Convenio de Roma de Protección de derechos*

²³ 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: 14-15).

²⁴ En este punto véase también Gutiérrez (2001: 21).

²⁵ 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 artículo 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: 15).

*humanos y libertades fundamentales*²⁶ 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: 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 (art. 22.2). En relación a esta exclusión debemos decir que para el Tribunal Constitucional los derechos contenidos en el artículo 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 artículo 22.2 respecto a los extranjeros indocumentados es inconstitucional (Aragón 2001: 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 arti-

²⁶ El artículo 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 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...».

La Ley de Extranjería y la formación de un sistema dual de ciudadanía

culación social de sus titulares, esto es, en su capacidad para constituirse en grupo social con relevancia pública (Gutiérrez 2001: 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: 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 familias²⁷.

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: 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 las políticas de admisión²⁸ y de naturalización o de concesión de la ciudadanía por residencia en el territorio.

La configuración de una ciudadanía dual entre ciudadanos nacionales y ciudadanos 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 descendiente es el criterio fundamental de atribución de la nacionalidad²⁹. Son españoles de origen, dice el artículo 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.

En cambio, el proceso de «naturalización», en vez de ser un instrumento de integración del inmigrante en la sociedad receptora, se convierte en un proce-

²⁷ 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.

²⁸ Sobre este punto me permito reenviar a Silveira (2000: 21 y ss.).

²⁹ 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).

dimiento 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 requiere 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)³⁰. 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).

Por otra parte, la configuración de una ciudadanía dual entre autóctonos y extranjeros se reafirma aún más con el no reconocimiento de los derechos políticos o con la existencia de barreras jurídicas, como la exigencia de la reciprocidad de trato, que dificultan la concesión de estos derechos a los extranjeros residentes. Como es conocido, 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). 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.

³⁰ 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.

La Ley de Extranjería y la formación de un sistema dual de ciudadanía

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, para evitar una división de la sociedad entre ciudadanos nacionales y ciudadanos extranjeros y para no ir hacia atrás en el proceso de democratización los países de la Unión Europea deberían revisar no sólo las políticas de admisión en el territorio sino también las de naturalización o de concesión de la ciudadanía por residencia.

II. HACIA UN MODELO MIGRATORIO RESPETUOSO CON LOS DERECHOS DE LA PERSONA

Como hemos visto, la nueva Ley de Extranjería dificulta el paso de la irregularidad a la regularidad y sigue apostando por las políticas de control y de represión de la inmigración irregular. Ello se debe a que el Gobierno continúa optando por un modelo migratorio que en lo fundamental sigue siendo un sistema de inmigración irregular (Izquierdo 2001: 135). Esto conlleva a que la inmigración acabe siendo gestionada 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. Pero todo esto poco ayuda a mejorar las condiciones sociales y laborales de los inmigrantes extranjeros y, en consecuencia, a realizar, como pretende la ley, las políticas de integración.

Sin embargo, las autoridades no pueden ignorar que la irregularidad es un fenómeno que está 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. En cambio, las políticas de clausura, al alimentar los ingresos clandestinos –y ahí están las cifras sobre el incremento de la inmigración clandestina durante el año 2001³¹– 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

³¹ El número de inmigrantes interceptados en septiembre de 2001 –19.465 irregulares– ya superaba el de todos los interceptados el año anterior –15.195– (*El País*, 5 de septiembre de 2001).

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 tendría que hacer frente al contingente de inmigrantes irregulares con políticas ordinarias de regulación permanente. 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. 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 actuales leyes de extranjería europeas es el de la conversión de los temporales permisos de estancia en permisos de trabajo y de residencia. Esto, asimismo, frenaría en parte la inmigración clandestina y los fenómenos delictivos que la rodean.

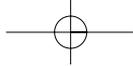
Esta política debería ir acompañada además de un replanteamiento del sistema de los flujos a la luz de las causas de las actuales migraciones y de las características del sistema económico. La política de los contingentes ha funcionado hasta ahora como clausura del sistema de inmigración. Un replanteamiento 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 en función de las demandas del mercado de trabajo o de las necesidades de financiación de la Seguridad Social. Por el contrario, el Gobierno debería establecer flujos realistas con el fin de permitir la inserción libre del inmigrante en el mercado laboral. En relación a esta cuestión vale la pena tener en cuenta también 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. Por todo ello podemos decir que un cambio radical en las políticas migratorias podría interpretarse como un buen síntoma de que los gobiernos y los ciu-

La Ley de Extranjería y la formación de un sistema dual de ciudadanía

dadanos europeos comienzan a tener un poco más en cuenta las necesidades, los derechos y los intereses de los inmigrantes extranjeros.

BIBLIOGRAFÍA

- 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.
- Barcellona, 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», en Silveira H. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- Escudero 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», en *Revista de Derecho Social*, n. 13, 2001.
- Ferrajoli, L., «La legalità violenta», en *Democrazia e diritto*, n. 3, 1989.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- Ferrajoli, L., «La conquista de América y la doctrina de la soberanía exterior de los Estados», en AA.VV., *Soberanía: un principio que se derrumba (Aspectos metodológicos y jurídico-políticos)*, (al cuidado de R. Bergalli y E. Resta), Barcelona, Paidós, 1996.
- Ferrajoli, L., «De los derechos del ciudadano a los derechos de la persona», en Silveira H. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000.
- Fundació Jaume Bofill, *Anuari de la Immigració a Catalunya 1999*, Barcelona, Mediterrània, 2000.
- Gutiérrez Gutiérrez, I., «Constitución española, derechos de los extranjeros», en *Jueces para la Democracia*, n. 41, 2001.
- Izquierdo Escribano, A., «La política hacia dentro o el sistema de inmigración irregular en España», en S. Sassen, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Barcelona, Bellaterra, 2001.
- Mateo Menéndez, F., «Aproximación a la Ley de Extranjería», en *Jueces para la Democracia*, n. 40, 2001.
- Nieto Martín, F., «Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar», en *Jueces para la Democracia*, n. 41, 2001.
- Silveira, H., «La exclusión del otro extranjero y la democracia de las diferencias», en AA.VV., *En el límite de los derechos*, Barcelona, EUB, 1996.



Héctor C. Silveira

Silveira H., «La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate», en Silveira H. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

Wacquant, L., «Una tormenta represiva que llega de Estados Unidos», en *Le Monde Diplomatique*, edición española, abril, 1999.

