

Universitat internacional de la Pau

Curs d'Estiu

XXI Edició  
La mediterrànea

Dues ribes,  
Una responsabilidad compartida

### El inmigrante extracomunitario, una fuerza de trabajo carente de derechos

Afrontar el problema migratorio, particularmente el de origen africano ,obliga a tener presente datos históricos sobre la relación de Occidente con ese continente. Así lo expresaba el Profesor Luis de Sebastián;”Recordemos brevemente los casi 25 millones de africanos que los comerciantes y marinos ingleses, franceses, holandeses, daneses, portugueses, españoles, etcétera, van a transportar contra su voluntad y en condiciones infrahumanas a las plantaciones americanas de azúcar, tabaco y algodón”(El Periódico de Cataluña 23-10-2005).En definitiva, el tráfico de esclavos que, junto a la posterior colonización, truncaron las posibilidades de desarrollo de esos pueblos.Europa y, en concreto, el Gobierno español están obligados a formular una política de inmigración que repare aquellos daños históricos y favorezca un proceso migratorio fundado en el respeto de los derechos humanos y en la progresiva integración social. Así lo proclama la Declaración del Milenio de NNUU:”Adoptar medidas para garantizar el respeto y la protección de los derechos humanos de los migrantes, los trabajadores migratorios y sus familias....”.Sin embargo, el modelo europeo, reflejado en el Proyecto de Constitución europea, es un modelo excluyente e insolidario, en el que los inmigrantes, en general, son tratados como un grupo potencialmente peligroso y de forma estigmatizante. Así quedó de manifiesto en los hechos de Ceuta y Melilla, con una durísima y coordinada respuesta española y marroquí, de contenido estrictamente policial, con una denegación total de derechos a los inmigrantes que

habían alcanzado suelo español y deportaciones masivas que eminentes penalistas han estimado que rozan “los crímenes de lesa humanidad” En nuestro país, el tratamiento global está en esa dirección, pese a los efectos positivos de los recientes procesos de regularización. El 22 de Diciembre de 2003 entró en vigor la Ley Orgánica 14/03, de 20 de noviembre, denominada “sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social” cuando aún estaban pendientes de resolución ante el Tribunal Constitucional varios recursos y una cuestión de inconstitucionalidad respecto a la L.O. 4/2000, reformada por L.O 8/2000. ¿Para qué?. Para el mismo objetivo que las anteriores, para aumentar la contención de la inmigración procedente de países empobrecidos y un mayor control policial de su entrada y permanencia en España. Una ley contra grupos de personas que son esencialmente “inmigrantes extracomunitarios pobres”, que buscan sobrevivir en nuestro país con riesgo incluso de su propia vida. Los demás objetivos, proclamados en la exposición de motivos, son pura retórica.

Ya sabemos que España, por su condición de frontera con países subdesarrollados es un destino privilegiado de flujos migratorios que, con mayores o menores barreras policiales, seguirán afluyendo a nuestro país. Naturalmente que el fenómeno migratorio debe ser regulado y ordenado, pero desde el respeto riguroso de los principios constitucionales y del ordenamiento jurídico que debe inspirarse en dichos principios. La globalización económica y financiera está generando un incremento de la desigualdad económica y social que provoca ineludiblemente movimientos migratorios desde los países empobrecidos hacia los desarrollados. Así lo favorece la expansión de dicha desigualdad, la falta de oportunidades de empleo, la violencia, la discriminación y la pobreza. En la medida en que los países de destino, fundamentalmente los occidentales, implantan políticas de contingentes y fuertes controles fronterizos para frenar la inmigración están favoreciendo, objetivamente, la irrupción de grupos delictivos organizados, de redes criminales que controlan y explotan el proceso migratorio. Creando situaciones que se asemejan a formas modernas de

esclavitud. La descripción de este estado de de cosas quedo reflejada, entre otros documentos, en éste de la Unión Europea: “La inmigración ilegal es polifacética en cuanto a los individuos implicados y los modelos de su entrada y residencia ilegales. Primero están los que entran ilegalmente en el territorio de un estado miembro. Esto puede ocurrir cruzando las fronteras de forma ilegal o utilizando documentos falsos o falsificados en un puesto fronterizo. A menudo estas entradas ilegales se hacen de forma individual. Sin embargo, cada vez en mayor medida, las entradas ilegales son organizadas por intermediarios, que proporcionan transporte, refugio temporal, documentos de viaje, información, vigilancia u otros servicios de apoyo que empiezan en los países de origen, continúan en los de tránsito y finalizan en el país de destino. Los precios de estos servicios de tráfico son muy altos. En caso de que los inmigrantes ilegales no sean capaces de pagar el precio se convierten a menudo en víctimas de los traficantes, que recurren a su explotación para obtener el “reembolso del coste del viaje”. (Plan Global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos, 2002/C14202)

Así lo reconocía el Consejo Europeo, aunque luego no sea coherente en el desarrollo de sus políticas migratorias. En la Resolución de 20-10-03, sobre iniciativas para luchar contra la trata de seres humanos, en particular de mujeres (2.003/C 260/03) insistía en “la erradicación de las causas profundas de la trata (que podría extenderse a las migraciones) como las desigualdades por razones de sexo, el desempleo, la pobreza y todas las formas de explotación”.

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

Decíamos que el problema no es nuevo. En efecto, ya en 1929, seguramente el jurista más relevante del siglo XX, Hans Kelsen, se opuso a la distinción entre nacional y extranjero como soporte del concepto de Estado. Dijo así:” No es requisito indispensable del orden jurídico nacional distinguir, entre los individuos sujetos a él, aquellos que son nacionales de los que no lo son: en una autocracia nadie tiene derechos políticos; en una democracia radical la tendencia es la de ensanchar cuanto sea posible el círculo de quienes poseen derechos políticos”<sup>1</sup>. Posición que ha mantenido con dureza el profesor M.Atiienza: “El principio de que se puede discriminar a las personas en lo concerniente al goce y disfrute de los bienes básicos por razón de su nacionalidad... es, pura y simplemente, inmoral.”<sup>2</sup> Tan inmoral como la esclavitud o la discriminación sexual.

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

La Exposición de motivos reitera criterios orientativos de la reforma, “la ordenación de los flujos migratorios”, reforzar “mecanismos para incidir en la lucha contra la inmigración ilegal”, la “simplificación” del régimen jurídico de los extranjeros, todo con el fin de favorecer su integración.

Una vez más, resulta patente el divorcio entre esos supuestos propósitos y la realidad de la norma que expresa la negación del inmigrante como sujeto real de derechos.

No es ahora momento de volver a la cuestión planteada por L.O 8/2000, mantenida íntegramente en la vigente sobre la privación de derechos cívicos a los inmigrantes llamadas irregulares o sencillamente, “sin papeles”. Pero sí es oportuno recordar que la reforma 2003 tiene entre una de sus causas la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 que corrigió duramente al Gobierno por el cúmulo de ilegalidades que cometió en el Reglamento de ejecución de las leyes anteriores (Real decreto 864/01). Los tribunales han vuelto a corregir los

---

<sup>1</sup> Citado por M.Atiienza en “Tras la justicia” página 237. Ariel derecho

<sup>2</sup> obra citada. Nacionales y extranjeros. Las (sin) razones de una discriminación.

abusos del Poder Ejecutivo, ésta vez , a través de la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 11 de Mayo de 2005 que anuló varios preceptos (los arts. 30, apartados 1,2,3,6,8 y 9,34 y 35.5) de la Orden Ministerial, de 22-2-1999, que regulaba los Centros de internamientos de extranjeros. Impidiendo así el mantenimiento de normas que restringían derechos básicos de los internados, como las comunicaciones, o que atribuían a los Directores facultades abusivas.

En todo caso el análisis de la Ley vigente debe partir de los términos del artículo 10 de la Constitución:” la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los otros son el fundamento del orden jurídico y de la paz social”. Y, en desarrollo de dicho precepto y de su fuerza expansiva, el profesor González Casanova ha sostenido que no puede prevalecer la distinción nacional-extranjero sobre la condición de la persona humana a los efectos de disfrutar de los derechos que le son inherentes<sup>3</sup>.

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

### **El trato discriminatorio de los extranjeros**

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

---

<sup>3</sup> “Drets fonamentals i llei d’estrangeria. Institut d’Estudis Autònomic

principios, el artículo 23.1 define el acto discriminatorio:” ....todo acto que, directa o indirectamente conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”. Para luego definir distintas formas de discriminación, directa o indirecta que, sustancialmente, consisten en la imposición por las Administraciones a los extranjeros “por su condición de tal” de “condiciones más gravosas que a los españoles”. Exactamente esta situación es la que refleja la nueva Ley de Extranjería que constituye una contradicción en sí misma.

Así resulta, en primer lugar, de la disposición contenida en el artículo cuarto que modifica la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo común, ley a la que añade una Disposición adicional decimonovena que dice: “los procedimientos regulados en la L.O.4/2000, de 11 de enero, sobre..., modificada por la L.O.8/2000 de 22 de diciembre se regirán por su normativa específica, aplicándose supletoriamente la presente ley”. Reforma aparentemente inocua pero de enorme trascendencia.

Previamente al análisis del alcance de dicha reforma, conviene echar una mirada al pasado reciente. El Tribunal Supremo, en la sentencia ya citada anuló los apartados 2 y 6 del artículo 84 del Reglamento, sobre la admisión a trámite de las solicitudes de permisos de trabajo, precisamente porque la regulación reglamentaria era ilegal por vulneración de la Ley 30/92. Decía así el tribunal Supremo: “como quiera que la Ley 3092 es aplicable a todas las administraciones públicas y a ellas habrán de adecuarse todos los procedimientos administrativos, es claro que lo dispuesto en el artículo 84.6 del Reglamento es contrario al artículo 71 del Ley 30/92 y, por tanto, debe

ser anulado al no permitir la subsanación de defecto en los términos establecidos en la Ley” ( F.J.Décimo).

Conviene recordar que la Ley 30/92 es la que regula la relación de los ciudadanos con las Administraciones, cuestión central en un sistema democrático. Ello significa reconocer a las personas la condición de ciudadano y obligar a las Administraciones a que “actúen de conformidad con los principios de transparencia y participación” (artículo 3.5).

Pues bien, la reforma expuesta representa un durísimo golpe al modo de relación de los inmigrantes con las Administraciones públicas. A partir de ahora, quedan sujetos a un régimen de excepción, es más que problemática su condición de ciudadano y hasta podría afirmarse que entran en la categoría de no-sujetos, paso atrás capital en la desigualdad de derechos<sup>4</sup> así lo confirman varios preceptos.

En primer lugar la Disposición Adicional tercera que exige la “presentación personal” de los sujetos legitimados para solicitar, incluso en territorio extranjero, autorizaciones de residencia y trabajo, exigencia que no solo extrema la dificultad física para el ejercicio de los derechos sino que, sobre todo, establece una barrera más para relacionarse con la Administración. La norma general de actuar “por medio de representante” (artículo 32.1 de la Ley 30/92) queda excluida para los inmigrantes con alguna salvedad excepcional que no justifica en modo alguno la imposición de dicha medida.

En segundo lugar, se introduce la Disposición Adicional cuarta que establece hasta ocho supuestos de inadmisión a trámite de solicitudes de cualquier clase. La nueva norma constituye otra excepción, por la razón exclusiva de ser extranjero, del principio general que establece el artículo 42 de la Ley 30/92 cual es la obligación de la Administración de resolver cualquier procedimiento con las excepciones previstas en dicho precepto, en el que no se contempla la inadmisión a trámite como forma de finalización del procedimiento administrativo. Ante esa

---

<sup>4</sup> Lecciones de Derecho Sociales. M<sup>a</sup> José Añón y otros. “Derechos Sociales de los inmigrantes: ciudadanía y exclusión.” Tirant lo Blanc. Páginas 303 y siguientes

eventualidad, los inmigrantes, por ser extranjeros, no podrán, a diferencia de los españoles presentar alegaciones, aportar documentos y subsanar deficiencias, acentuándose su estado de indefensión. Así se quebrantan nuevamente los principios generales, de igualdad y contradicción establecidos en los artículos 84 a 86 de la Ley 30/92 como una expresión más del grave retroceso discriminatorio.

La Administración solo ha facilitado la relación de los inmigrantes con la misma cuando plantea su colaboración frente a las redes organizadas en los términos del art.59 de la Ley vigente. En efecto, es una causa de exención de responsabilidad administrativa, evitando la expulsión, la colaboración con las autoridades competentes contra las que se denominan “redes organizadas”, es decir, los “autores o cooperadores de dicho tráfico”, colaboración que podrá revestir la forma de “denuncia” o la cooperación “proporcionando datos esenciales” o, finalmente “testificando” en el proceso correspondiente. El presupuesto para poder beneficiarse de esta colaboración –en forma de retorno al país de origen o legalización de su permanencia en España– es haber sido “víctima, perjudicado, o testigo” de un “acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad”. Cuando es patente y así lo reconocen todos los pronunciamientos nacionales e internacionales sobre esta delincuencia la especial vulnerabilidad psicológica y social de todos los colectivos sujeto a ese tráfico, resulta difícil admitir la viabilidad de esta colaboración sobre todo, cuando hemos visto que constituye una forma actualizada de esclavitud a la que difícilmente podrán enfrentarse los inmigrantes si no se les garantiza ninguna protección.

En tercer lugar, una muestra más del estadio inferior en el que es situado el inmigrante es el que resulta del artículo 63, 2 de la ley que regula el procedimiento de expulsión. El instructor del expediente, ante la falta de alegaciones por el interesado o el rechazo de las que fueran propuestas, puede acordar algo insólito en el régimen del procedimiento administrativo común: “el acuerdo de iniciación del expediente será

considerado como propuesta de resolución”. Norma abiertamente generadora de indefensión que rompe con el esquema ya referido de derechos de los ciudadanos que contemplan los artículos 35,79 y 80 de la Ley 30/92.

La carencia del derecho de voto.

La participación en los asuntos públicos a través del derecho de voto es una condición de la ciudadanía, es un derecho fundamental, como lo reconoce la Constitución para los españoles. Si es un derecho fundamental, no pueden ser excluidos absolutamente colectivos de personas por carecer de la nacionalidad española. Es una discriminación más que sitúa a los inmigrantes, particularmente si son residentes, como sujetos sin derechos. El art. 6.1 de la Ley Orgánica 8/2000 reconoce el derecho de sufragio para las elecciones municipales de los extranjeros residentes en los mismos términos que la Constitución, es decir, bajo el principio de reciprocidad, condición que los excluye del ejercicio de ese derecho.

El derecho de voto es un mecanismo esencial para la integración social de los inmigrantes, tanto el activo como el pasivo, en cuanto estimula el interés por las instituciones y les permite valorar las políticas públicas. Es una cuestión que ya ha sido discutida en el Congreso de Diputados (8-3-2005), a propuesta de IU-ICV, siendo rechazada por el Grupo socialista en términos especialmente duros como estos: “nada nos garantiza... que esa participación política haga más corresponsables o, mejor dicho, integre mejor a los extranjeros...” (Sr. Hernando). Ciertamente, puede haber un obstáculo dado el tenor del art. 13.2 de la Constitución, pero se allanaría el camino hacia el reconocimiento de ese derecho si el Gobierno firmara y luego fuera ratificada la Convención del Consejo de Europa de 5-11-1992, “sobre la participación de extranjeros en la vida pública a nivel local”. Convención que en el Preámbulo admite que “la residencia de extranjeros es... una característica permanente de las sociedades europeas” y que “la participación activa de los residentes europeos es una vía para el

desarrollo y la prosperidad de la colectividad local”.Reconoce tal derecho en las elecciones locales a los que sean residentes,”legalmente y habitualmente”, durante cinco años.El Parlamento europeo, en 2002,recomendó a varios Estados, entre los que estaba España, la firma de esa Convencion.Ante una sociedad donde están produciéndose grandes avances en materia de derechos civiles no puede subsistir esta gravísima carencia que es contraria al principio de igualdad de trato.No debe olvidarse que ante el incremento de la población inmigrante en ciertas ciudades y barrios la negación de este derecho supone la exclusión de la vida política de porcentajes importantes de la población, que quedan una vez mas relegados y apartados del proceso de integración colectiva.

### **Las injerencias ilegítimas**

Con un profundo paralelismo con las normas descritas, la L:O 14/03 lleva lo que denomina coordinación de los poderes públicos a límites inadmisibles. Nadie duda de la necesidad de arbitrar fórmulas de cooperación para soluciones globales del problema migratorio. Pero ahora el objetivo es, ya definitivamente, hacer frente al inmigrante, como persona ilegal y, por tanto, como un “peligro”. Por un lado, la Agencia Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística facilitarán a las autoridades del Ministerio del Interior “el acceso directo a los ficheros en los que obren datos que hayan de constar en dichos expedientes- los que afectan a los extranjeros- y sin que sea preciso el consentimiento de los interesados”. Primera medida de control que se impone a la Administración pública, mucho más allá de sus específicas competencias, medida que no tiene otra finalidad que crear un clima generalizado de sospecha respecto de los afectados que guarda similitud con los actos de discriminación directa o indirecta que contempla el artículo 23 de la Ley. Las informaciones facilitadas por dichas administraciones podrían, razonablemente, plantear la tutela judicial por “vulneración de derechos y libertades fundamentales”.

Si grave es lo anterior, mucho más lo son las reformas del artículo 16.3 de la Ley 7/85, de 2 de abril de Bases de Régimen Local, y la nueva Disposición Adicional séptima que implican a los Ayuntamientos en un complejo mecanismo represivo. El presupuesto básico de esta reforma es el artículo 15 de la citada Ley: “Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente.... La condición de vecino se adquiere en el mismo momento de su inscripción en el Padrón”. Complementariamente, se ha dispuesto que la inscripción de extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente debe renovarse cada dos años. Por otra parte el artículo 12.1 de la Ley vigente, de extranjería, dice que “los extranjeros que se encuentran en España inscritos en el Padrón del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles”, con algunas salvedades.

Las novedades normativas son claramente expresivas del cerco a que son sometidos los extranjeros. Por una parte, “los datos del Padrón municipal se cederán a otras Administraciones públicas que lo soliciten sin el consentimiento previo del afectado, solamente les sean necesarios para el ejercicio de sus respectivas competencias...”. Pero es más grave aún la D.A. séptima “... la Dirección General de la Policía accederá a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales...”

Esta Disposición, que amplía la disponibilidad de datos personales sin consentimiento del interesado por la Autoridad policial, tiene dos importantes consecuencias. La primera es que queda gravemente cuestionada, por razones de orden público, la competencia de los municipios para la custodia de los datos del Padrón. Pero es más seriamente preocupante el control policial que ello representa. En la Ley 15/99, de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal, ya estaba previsto que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tuvieran acceso a aquellos datos. Pero ese acceso tenía una justificación única, clara y determinada: “la prevención de un peligro real para la seguridad

pública y para la represión de las infracciones penales” (artículo 22). Según la Ley, la recogida de datos “podrá realizarse exclusivamente en los supuestos en que sea absolutamente necesario para los fines de una investigación concreta” Y, en todo caso, deben cancelarse cuando los datos ya no sean necesarios para las averiguaciones que motivaron su almacenamiento.

El carácter excepcional y exclusivamente represivo que justificaba el acceso policial a los datos de los ciudadanos, se transforma ahora en norma generalizada sólo para los extranjeros, desvirtuándose la razón de ser de aquella intervención y constituyendo a todo el gran colectivo social de los inmigrantes en objeto de sospecha policial.

La reforma expuesta revela, pues, el verdadero rostro de la política de inmigración “una política instrumental y defensiva, de policía de frontera y de adecuación coyuntural a las necesidades del mercado de trabajo”<sup>5</sup>. Una política dónde el Estado no acepta, sino muy excepcionalmente, que el inmigrante permanezca establemente en España. Creando un modelo que convierte al inmigrante, como ya habíamos dicho, en “sujeto de derecho de otro orden”, para los que valen unas reglas muchos más restrictivas que para cualquier otro ciudadano español.

### **Medidas represivas**

Así lo expresa el Reglamento vigente en materia de concesión de visados. El artículo 19 dice: “en la resolución del visado se atenderá al interés del Estado y a la aplicación de los compromisos internacionales asumidos por España”. Y el visado se utilizará como instrumento para el cumplimiento de la política de inmigración, de la política económica y la de seguridad ciudadana. Y, naturalmente, no se otorgará al extranjero que suponga un peligro para el orden público, la seguridad nacional etc. Es toda una definición, sin mayores comentarios, de una

---

<sup>5</sup> J. de Lucas “El objetivo de integración en las políticas de inmigración” en obra colectiva “Inmigración y derecho.” C.G.P.J. páginas 134 y siguientes

política represiva de inmigración<sup>6</sup>. Por ello, no es de extrañar que el trato que se concede a los extranjeros inmigrantes no se acomode a los grandes principios y declaraciones de derechos contenidos en los Tratados y Convenios Internacionales. Así resulta de las siguientes normas:

- ✓ En el proceso penal se incrementa las medidas represivas. La L.O 11/03 de 29 de septiembre, reformó el artículo 57.7 de la L.O 4/2000, disponiendo que “cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o de distinta naturaleza...”, el juez pueda autorizar su expulsión salvo que concurren circunstancias excepcionales. Así pues la mera imputación, incluso por falta –la más leve de las infracciones penales- imputación que no es sino un juicio provisional de responsabilidad penal, puede determinar la sustitución del proceso y del pronunciamiento judicial por la expulsión del territorio nacional, que, en definitiva, es una medida de seguridad prevista en el artículo 96 del Código Penal para determinadas conductas delictivas en función de las circunstancias concurrentes. Estamos ante una flagrante violación del principio de presunción de inocencia. Para el legislador es un modo de agilizar “la eficacia de la orden de expulsión”.
- ✓ Con este mismo criterio, la L.O.11/03 reformó también los artículos 89 apartados 1,2 y3 y 108 del Código Penal, estableciendo la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años “impuestas a un extranjero no residente legalmente en España” por la expulsión, también con algunas salvedades que confiamos sean aplicadas por los Tribunales. El principio constitucional sobre el fin de las penas de prisión del artículo 25.2 de la Constitución cede ante una decisión puramente defensiva del Estado “para evitar que la pena... se convierta en una forma de permanencia en España”.

---

<sup>6</sup> Ver “Nosotros y los otros : el desafío de la inmigración” M.Gascón Abellán. Jueces para la Democracia, nº 40, página 308.

- ✓ Se refuerza de forma exasperante el control de fronteras “fuera del espacio Schengen” imponiéndose en el artículo 66 3.a) de la Ley a los transportistas de viajeros discutibles funciones policiales, de control de pasajeros, pues no sólo han de facilitar información sobre ellos sino comprobar la validez y vigencia de los pasaportes, documento nacional de identidad y visados. Llegándose incluso a exigirles que en determinadas circunstancias se hagan cargo de los extranjeros, garantizando a los mismos “unas condiciones de vida adecuadas”. ¿Cual es el fundamento constitucional por el que los particulares puedan restringir la libertad de movimiento de otra persona? ¿Cuál es el *status* del extranjero en esta situación? ¿Ha sido previsto dónde el transportista ha de mantener al extranjero del que se hace cargo? ¿Cuales serán los derechos del extranjero en este supuesto? ¿Podrá ejercer el *habeas corpus*? Además de estos interrogantes debe darse por supuesto que les serán aplicables, supletoriamente, las normas sobre tratamiento de detenidos previstas en el artículo 5 de L.O 2/86 de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Además, el art. 66 d) contiene una norma, más retórica que otra cosa, que representa una abdicación de las responsabilidades del Estado respecto de los inmigrantes expulsados. Se exige a los transportistas, unos particulares al fin, que garanticen que los inmigrantes solo serán entregados a Estados que les asegure “un trato compatible con los derechos humanos”. Cómo puede platearse tal exigencia a unos particulares. Es el Gobierno, solo el Gobierno, el que debe garantizar, en todo caso, que los inmigrantes nunca serán entregados a un país “donde hay bases suficientes para pensar que correría un riesgo real de ser sometido a tortura o malos tratos” (CPT/Inf(97)10). El Gobierno español, ¿tiene esas garantías por parte de Marruecos y otros Estados subsaharianos?
- ✓ Se amplía además el internamiento judicial de “los que pretendan entrar ilegalmente en el país” (artículo 58.5) si no puede ejecutarse la devolución en un plazo de setenta y dos horas,

aplicando como siempre con criterios restrictivos los fundamentos jurídicos de la citada sentencia del Tribunal Supremo. Procediendo, pues, a elevar de categoría de norma legal lo que fue una norma reglamentaria anulada por ilegal.

- ✓ Si está acordada por un Estado de la Unión europea la expulsión de un extranjero, que es detenido en España, sin más “se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución” (artículo 64.3) solicitándose, en su caso, el internamiento judicial. Una muestra más del status de indefensión a que es sometido el inmigrante- esta vez con independencia de su residencia legal o ilegal en España- ya que no está habilitado para formular alegaciones o plantear, en su caso, si la resolución de expulsión de otro Estado se ajusta o no a la legalidad.
- ✓ Nuevamente, debe denunciarse que el derecho al trabajo del extranjero- el más esencial de los derechos sociales- está sometido a un régimen de “autorización administrativa previa”, autorización que si bien habilita para residir está sujeta a su vez a la concesión del visado de trabajo y residencia. Se mantiene, pues, el régimen ya vigente y serán las autoridades policiales, con competencias para el otorgamiento de visados quienes, en última instancia, con arreglo a criterios de seguridad públicas, determinarán si los extranjeros pueden o no trabajar. Reiterar una vez más la gravedad que representa, en un sistema democrático, esta restricción impuesta a quienes aspiran a trabajar y sobrevivir cuando huyen de la pobreza extrema.
- ✓ Y, por último, la gran cuestión de la reagrupación familiar. El artículo 39.1 de la Constitución proclama: “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Debe entenderse de todas las familias de quienes residen en España, cualquiera que sea su nacionalidad, raza, etnia o religión. El Tribunal Supremo ya infligió un duro revés al Gobierno en el F.J. Quinto de la citada sentencia al anular el artículo 41.5 del Reglamento por contravenir lo dispuesto en el

artículo 17.2 de la Ley. Ahora, en la L.O 14/03, la Exposición de motivos dice que esta materia es regulada “para evitar fraudes en las reagrupaciones en cadena”. Pero lo que ha hecho es endurecer el régimen jurídico vigente al elevar a rango de Ley la norma reglamentaria anulada por el Supremo, exigiendo a los familiares reagrupados autorización de residencia y de trabajo y obstaculizando el régimen de reagrupación en cadena en la medida en que los ascendientes reagrupados solo podrán ejercer el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acreditado solvencia económica. Sigue constituyendo una materia con fuertes límites al proceso de reagrupación familiar que se limita al cónyuge, hijos menores o incapacitados y ascendientes sin que queden comprendidos los hermanos y los supuestos de convivencia marital. Asimismo se extiende a los ascendientes reagrupados el régimen ya restrictivo impuesto en el artículo 19 de L.O. a los cónyuges e hijos al exigirles además de la autorización de residencia, una autorización para trabajar.

### El Reglamento vigente

El Reglamento vigente, que desarrolla la Ley 14/03 presenta y reproduce todas las carencias democráticas que acaban de referirse a dicha Ley. Pero al materializarse y concretarse las previsiones legales el resultado es un ordenamiento profundamente represivo que, en aras de “priorizar” la “emigración legal” lo que, en definitiva hace es impulsar y provocar la emigración ilegal. Son tales los obstáculos que se imponen para entrar y residir legalmente en España que prácticamente no hay otra alternativa para miles de inmigrantes que las formas irregulares de entrar en territorio español.

Los presupuestos de este planteamiento están claramente expresados en el Preámbulo del Reglamento. No se habla de las necesidades

económicas y sociales que determina la inmigración, muy escasamente se hace referencia a los derechos de los inmigrantes, el inmigrante como ya se ha dicho, no es concebido como sujeto de derecho sino como un peligro para la comunidad tal como se refleja en las numerosas barreras que tienden a frenar su acceso al territorio español. El planteamiento es tan rígido como contundente. La “arquitectura del sistema migratorio” está basada en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo. Por ello, toda la política reflejada en el reglamento pivota sobre dos bases. Primero un riguroso control de la Administración. Segundo una activa y decisiva intervención de los empresarios. El inmigrante queda atrapado ante la profunda desconfianza de la Administración y el criterio empresarial que, naturalmente, sólo actuará en cuanto el inmigrante no perjudique sus intereses económicos. La desconfianza de la Administración se expresa, sobre todo en dos líneas de actuación. Por una parte la exigencia del visado en el país de origen y, en segundo lugar, en la profusión, casi exasperante, de requisitos y documentos exigidos para alcanzar cualquier grado de regularidad. La ordenación de la inmigración es compatible con un régimen jurídico mucho más flexible que el actual que no hace sino cerrar las puertas a la inmigración. El común denominador para cualquier forma de acceso legal a España es condicionado de tal forma que resulta imposible pretenderlo, con la dificultad añadida de que en gran parte de los países subsaharianos el Estado español carece de representación consular. Tanto la entrada, como el tránsito, como la estancia, como la residencia temporal, tanto para trabajar como para otros fines – como la reagrupación familiar – como la residencia permanente están sometidas a tal cúmulo de requisitos legales y documentales que difícilmente un inmigrante podrá abordar. El inmigrante, que debe ser situado en su país de origen, resulta obligado a conocer y someterse al Reglamento dictado por el Estado al que pretende acceder. Por ejemplo la entrada está sujeta a la obtención del visado y nueve requisitos más que naturalmente deben cumplirse en el país de origen. Pensemos en los Estados subsaharianos, su débil estructura social y política y,

consecuentemente, la incapacidad para obtener la documentación que se exige, como documentos de identidad, documentos de viaje, certificados de poseer medios económicos suficientes para vivir en España, certificados médicos que acrediten su estado de salud y así muchos más. ¿Cómo puede exigirse seriamente a un ciudadano del Camerún que conozca previamente a su entrada en España cuales van a ser sus medios de vida en este país?. Cuando precisamente lo que pretende es obtener esos medios de vida en España. Pero, sobretodo, la obtención del visado constituye una barrera infranqueable. El inmigrante está obligado, en su país de origen no sólo a aportar numerosos documentos sino que, además, debe observar diversos plazos cuyo incumplimiento genera la denegación del visado o, en su caso de la autorización de residencia obtenida. Es sometido a entrevistas personales por el personal consular para comprobar la veracidad de sus documentos y de sus intenciones. Dependerá de la información de los “servicios policiales” sólo para alcanzar la autorización de residencia temporal, autorización que podrá denegarse, ya en el país de origen, como consecuencia de un “informe gubernativo previo desfavorable”. Pero lo más grave es la dureza con que el Reglamento afronta la posición del inmigrante, que ya disfruta de un status legal, que por los motivos que sean pierde su empleo. Automáticamente, se extingue su autorización, pasa a la condición de irregular y se verá ineludiblemente abocado a la expulsión. Así lo dice tajantemente el artículo 75 del Reglamento que sólo otorga un plazo de tres meses para obtener un nuevo empleo. Todo ello expresa un permanente acoso de la Administración sobre el inmigrante que es incompatible con las proclamaciones de derechos y, desde luego, con la invocación del principio de igualdad de trato. Por el contrario, no se advierte que en situaciones críticas como la descrita se establezcan mecanismos en orden a la acogida y una efectiva integración social de los inmigrantes.

El cuadro de medidas restrictivas de la Administración frente a la inmigración se completa con las diversas formas de expulsión como el retorno, la devolución sin que medie expediente y la expulsión por el procedimiento preferente en la que el inmigrante en situación irregular es directamente equiparado a los que participan en actividades ilícitas con quebranto del principio de proporcionalidad en la respuesta jurídica. Pero, el Reglamento no ha previsto como regular la situación jurídica de todos aquellos inmigrantes respecto de los que se ha acordado la devolución o expulsión pero, una vez transcurrido el plazo máximo de internamiento no pueden ser efectivamente expulsados. Es urgente, hallar una solución humanitaria y de acogida antes que dejarlos abandonados a su suerte.

Entre las respuestas de la Administración, tras las previsiones legales, estaba pendiente como regular la actuación de los transportistas cuando se les obliga a hacerse cargo de los inmigrantes a quienes se les deniega la entrada en territorio español. Era necesario, ante una situación tan excepcional, como la de habilitar a un particular para detener a otro sin que medie la comisión de un delito – pues sólo puede entenderse como una detención privar de libertad de movimientos a alguien – que el Reglamento concretase como deben actuar los transportistas para garantizar al inmigrante unas “condiciones de vida adecuadas” según dice el artículo 66 de la Ley. Incomprensiblemente, nada dice el Reglamento de una situación que afecta a las garantías fundamentales de la persona, sometida a una grave limitación de su libertad personal y que, por tanto, debería haber sido regulada con absoluta claridad y precisión. Es una muestra más del escaso respeto de la Administración hacia las personas inmigrantes.

Decíamos que el otro origen de la política inmigratoria es el papel otorgado al empresariado por razón de la concepción prioritaria del inmigrante como mano de obra.

En primer lugar, la primera exigencia para obtener autorización de residencia temporal y trabajo es no encontrarse en situación irregular lo que impide el inicio de un proceso de normalización y conduce a perpetuar las condiciones de irregularidad. Si ello ya es grave, el acceso a España para trabajar está condicionado a dos factores relacionados con el mercado de trabajo. Que lo permita “la situación nacional de empleo” que la Administración concretará a través de lo que se denomina “catálogo de ocupaciones de difícil cobertura” y que el empresario garantice una actividad continuada al inmigrante por el tiempo de duración de la autorización. De conformidad con esos principios el empresario sustituye al inmigrante en la solicitud de la autorización y es quien solicitará la autorización correspondiente para lo que debe acreditar el cumplimiento de numerosos requisitos. Si el inmigrante llegara a obtener esa autorización de trabajo deberá entonces, no antes, iniciar los trámites en su país de origen para la obtención del visado y volverá a tener que cumplir requisitos y plazos de los que dependerá que pueda hacerse efectiva aquella autorización provisional. En todo caso, cualquiera que sea el grado de cumplimiento, francamente difícil, por el inmigrante de todas las exigencias que impone el Reglamento, podrá denegársele la autorización para trabajar cuando así lo imponga “la situación nacional de empleo” o cuando el empresario “no garantice al trabajador la actividad continuada durante la vigencia de la autorización”.

En todos estos supuestos el inmigrante queda sujeto absolutamente a decisiones de la Administración o del empresariado, completamente inerme e indefenso porque de no sujetarse a ese cúmulo de requisitos es conducido a la ilegalidad sin que sea necesario que haya realizado ninguna conducta irregular. Por supuesto, tampoco en estos supuestos el Reglamento ha previsto como ofrecer soluciones, siquiera provisionales, para garantizar un marco mínimo de legalidad de quien es lanzado contra su voluntad al paro, cuando no a la marginación y a la exclusión social.

El Reglamento contiene un dato que expresa con claridad el marco jurídico desde el que se enfoca el tratamiento de los inmigrantes. El Registro Central de Extranjeros no está en el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, está en la Dirección General de la Policía, circunstancia que cierra toda una concepción de la inmigración como un fenómeno de riesgo y, por tanto, bajo control policial y, en todo caso, al servicio de los intereses económicos que fijan las condiciones del mercado de trabajo. El planteamiento descrito, con independencia de los procesos de regularización ya producidos, es la negación del hecho migratorio como una realidad que debe abordarse desde la solidaridad y que debería resolverse desde los principios de la tolerancia, la no discriminación y la integración social. El Reglamento vigente, fiel desarrollo de la Ley, pendiente como sabemos de recurso de inconstitucionalidad, está atravesado por todos los criterios discriminatorios y represivos que siguen presidiendo el tratamiento del fenómeno migratorio.

En definitiva, el régimen legal vigente impone un modelo defensivo ante la inmigración que limita gravemente los derechos de los colectivos de inmigrantes, modelo que favorece directa o indirectamente, el rechazo y la exclusión social. Ha sido creado un sistema de medidas restrictivas que vulneran derechos y libertades hasta el punto de constituir “un sacrificio innecesario de los derechos que la Constitución garantiza (STC 66/85 y 18/88)”.