

Migración y derecho: los dilemas del discurso cosmopolita (a propósito de la LO 8/2000)

JOSÉ ASENSI SABATER*

SUMARIO

- I. POLÍTICA, ÉTICA Y DERECHO
- II. TRES DISCURSOS BÁSICOS SOBRE INMIGRACIÓN Y COMUNIDAD POLÍTICA: EL DISCURSO DE LA ACOGIDA, EL DISCURSO DE LA SOSPECHA Y EL DISCURSO COSMOPOLITA
- III. ¿QUÉ DISCURSO PREVALECE HOY?
- IV. ¿SOBRE QUÉ BASES HABRÍA QUE CONSTRUIR UN DISCURSO CONSECUENTE? EL PROGRESO DE UN CONCEPTO DE INTEGRACIÓN. LA SEPARACIÓN ENTRE LA ESFERA DE LOS DERECHOS Y LAS MEDIDAS DE POLICÍA INMIGRATORIA

I. POLÍTICA, ÉTICA Y DERECHO

Si algún dato altera sustancialmente el orden jurídico de los Estados del mundo desarrollado, este es, con seguridad, el de la migración. Desde de las dos últimas décadas y coincidiendo con la nueva fase de expansión mundial del capitalismo, la migración se convierte en un fenómeno generalizado y masivo, determinado por el desarrollo desigual y la condena de poblaciones enteras a la pobreza. Este proceso alcanza, en la última década, a España, que, a partir de 1991, ve incrementar aceleradamente el sector de población extranjera (bien como residente¹,

* *Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Alicante, España.*

¹ Se conocen bien las características que presenta la inmigración en España, especialmente desde que, en 1991, se registra el primer saldo migratorio positivo. Se citan a continuación los principales datos.

bien en situaciones «irregulares»²) con un claro predominio del contingente de inmigrantes económicos.³ Las cifras se conocen bastante bien,

En la UE, se calcula que hay 11 millones de extranjeros residentes; de ellos, 5 millones residen en Alemania; más de 2 millones, en Francia; un millón, en Reino Unido; y más de medio millón, en Holanda, Italia o España (Oficina Internacional para las Migraciones). Durante el 2001, según datos de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración (Diario *El Mundo*, 18 de enero del 2002), la población de inmigrantes creció en un 23,81% respecto al año anterior. La progresión del número de extranjeros residentes es altamente significativa: si en 1975 se registraban 165 289 extranjeros residentes, al finalizar el 2000, España cuenta ya con 938 783 registrados, de los cuales el 45,2% son de procedencia europea (comunitarios y no comunitarios), el 26,4 de procedencia africana, el 19,9 de procedencia americana y el resto de procedencia asiática (MTAS, Anuario de Migraciones, 2000). Ya en el 2000, los ciudadanos no comunitarios superan a los comunitarios. El número total de residentes en España es de 1 109 068 (en 1995, era de 499 773). A fines del 2000, más del 24% de la población total española son ya residentes extranjeros, tasa todavía notablemente inferior a la de otros países europeos —en el 2000, Bélgica: 8,9; Francia: 6,2; Alemania: 8,9; Suecia: 5,9; Reino Unido: 4,0; Austria: 6,6; y Portugal: 1,8 (Eurostat, Migration, 2000, Statistiques en bref, Theme, 3-16/2000)—. Otro dato de especial relevancia, vinculado a la inmigración, es su incidencia en el aumento de la población española. Pese a las previsiones pesimistas de la ONU, según las cuales, para el 2050, España habría perdido el 22% de la población, llegando a ser el país más envejecido del mundo, España ha alcanzado en el 2001 su mayor aumento de población gracias a la inmigración, pasando de 39 852 651 habitantes a 41 116 842 (Fuente INE, Padrón Municipal de 1 de enero). De este crecimiento, el 96% se debe a la inmigración. Los mayores aumentos se registran en Madrid, Cataluña y la Comunidad Valenciana; los menores en Castilla y León, y Galicia.

² No existen estadísticas fiables sobre inmigrantes ilegales, pero el INE calcula que, en 1998, había al menos 3 millones en la UE, de los que 500 000 residían en Francia; 235 000, en Italia; y, al menos, 150 000, en España. Posteriormente, estas cifras se han visto corregidas al alza. Sólo en los últimos dos años (2000-2001) en los cuatro procesos de regularización habidos, de los 615 377 que solicitaron resolver su situación documental, 334 882 obtuvieron el visto bueno de la Administración. La inmigración «ilegal», con todo, sigue estando por debajo de los flujos que llegan por vía terrestre a otros países de Europa —1,1 por mil y 1 por mil para 1998 y 1999, respectivamente, frente a 1,4 y 1,9 para la media europea en esos años (Eurostat)—. Se estima (OCDE y EOROPOL) que, en los años próximos, el flujo de inmigrantes sin papeles en España será de entre 100 000 y 150 000, y de 500 000 para la UE. Ello indica que, en muchos casos, la entrada «ilegal» en España no es más que la vía para desplazarse después a otros países europeos, aunque en los dos últimos años se observa una tendencia contraria. Quiere ello decir que, si bien la inmigración económica no alcanza en España las magnitudes de otros países, la progresión es muy intensa en muy pocos años. Por otro lado, en España se carece de la experiencia de ser país receptor, con la que sí cuentan otros países europeos.

³ Se trata de personas que llegan a España buscando nuevas oportunidades de vida y de trabajo. Los inmigrantes económicos se encuentran con dos escollos que son, a

al igual que las características y los problemas principales a los que los inmigrantes y las sociedades de acogida se enfrentan.⁴

Además de otras importantes consecuencias, el impacto migratorio interpela frontalmente los supuestos jurídicos, éticos y políticos de las

su vez, los dos principios que rigen la política laboral española respecto a los ciudadanos de terceros países: el de preferencia de mano de obra nacional, en función de la situación nacional del empleo; y el de la necesidad de regularización de la situación laboral en el país de origen. En virtud del primero de ellos, a partir de 1993 se va consolidando, en la práctica, la aprobación de contingentes anuales de trabajadores (mecanismo finalmente incorporado al Reglamento de 1996 y, posteriormente, a la LO 4/2000 y a la LO 8/2000) como principal vía para articular la concesión de permisos de trabajo por cuenta ajena. Por el segundo, el extranjero que desee trabajar en España debe tramitar su permiso de trabajo y residencia en el país de origen. Tales principios, cuya filosofía consiste en desincentivar las entradas irregulares en España, responden a un esquema ideal de regulación de flujos que está lejos de darse en una realidad, como decíamos, marcada por una fuerte presión migratoria a nivel global. Por lo tanto, ambos instrumentos reguladores han sido inviables y rápidamente superados. Todo ello ha originado que el número de inmigrantes irregulares que eluden estos dos mecanismos aumente progresivamente. La entrada de inmigrantes económicos al margen del cupo y de la regularización en origen se realiza, normalmente, por vías legales, bien como turistas, bien como estudiantes o bien como trabajadores temporales. Pero, una vez en el país, la entrada regular puede transformarse en estancia irregular, si no obtienen un contrato de trabajo que les permita obtener el permiso de trabajo y de residencia. La segunda fuente de «irregulares» es la entrada ilegal en España, franqueada normalmente a través de mafias organizadas. Aunque su incidencia es escasa, su repercusión en la opinión pública es enorme, al ser la que acarrea las consecuencias humanas más trágicas. Respecto a las entradas irregulares, se observa que, a partir de 1997, la inmigración ha crecido de manera más intensa y acelerada, al tiempo que se ha reducido en número de personas que utilizaban su llegada a España para emigrar a otro país (Antonio Izquierdo, *El País*, 10 de enero del 2002). El ingreso en España de inmigrantes que después pasan a ser «irregulares» se realiza en España por vías normales: el 70% como turistas y el resto como estudiantes solicitantes de asilo, visado de trabajo o reclamados por sus familiares (CIS, 2000).

⁴ En contra de la opinión más extendida, los inmigrantes económicos que acceden a España poseen un nivel medio de cualificación profesional satisfactorio. Datos recientes apuntan a un incremento de la población inmigrante adolescente, con una presencia cada vez mayor de mujeres, con las necesidades que plantea la integración social de la madre como condición imprescindible de la familia. Otras características del fenómeno son, por un lado, las necesidades de mano de obra de diversos sectores productivos españoles y, por otro, que no se trata de una inmigración temporal, al menos en parte. Hay que tener presente otra importante variable: la contribución de los inmigrantes a las arcas del Estado: entre 1996 y 1998, esta es muy superior a lo que la Hacienda Pública gastó en ellos (en 1998, supuso 335 000 millones de pesetas frente a los 148 000 invertidos por el Estado. Fuente: IMSERSO).

sociedades democráticas occidentales hacia las cuales los inmigrantes se dirigen: jurídicos, porque cuestiona los conceptos tradicionalmente acuñados de ciudadanía y soberanía; éticos, porque interroga en concreto sobre la relación con los otros y se pregunta sobre los fundamentos de los vínculos sociales, la idea de pertenencia, los vínculos de sangre y de linaje territorial; y políticos, porque plantea potenciales conflictos a la vez que nuevas posibilidades de diálogo intercultural. Supone, además, un reto que, por sus dimensiones, supera el marco estatal-nacional, sin que ello pueda servir de excusa para ignorar las propias responsabilidades estatales ante la inexistencia de políticas coherentes de calado más global.

Si las relaciones entre lo jurídico, lo político y lo ético son las que determinan, al fin y al cabo, una estructura de convivencia, ya no parece defendible —ni por razones éticas ni, probablemente, por razones prácticas— la preterición de cualquiera de estos planos ante la exclusiva lógica político-estatal, tal como ocurriera durante el siglo XIX y buena parte del siglo XX, en que lo político, representado por la razón de Estado, impuso su ley a los otros dos. Está por verse si una nueva conjunción ético-jurídica está en condiciones de tomar el relevo para articular, al respecto, otra política (es decir, otra política de fronteras, otra política de lo humanitario, otro derecho internacional y otro concepto de ciudadanía).

La migración, pues, se ha convertido en el fenómeno que más directamente mide la consistencia de los valores constitucionales y las estructuras jurídicas que sobre dichos valores se han construido en los distintos Estados europeos y en el conjunto de la Europa comunitaria. El modo y las medidas que se toman al respecto constituyen, probablemente, la prueba más decisiva de la validez de esas promesas, bien para expandirlas y hacerlas efectivas, o bien, por el contrario, para degradarlas en la época del predominio absoluto de las razones unilaterales, sean estas las del Estado o las del mercado.

II. TRES DISCURSOS BÁSICOS SOBRE INMIGRACIÓN Y COMUNIDAD POLÍTICA

2.1 El discurso de la acogida

El discurso de la acogida incondicional del inmigrante-extranjero desarrolla el ideal —a la vez antiguo y actual— de la solidaridad, siempre que el problema del inmigrante-extranjero se enfoque desde su lado utópico. Hablar de la acogida incondicional del extranjero y del inmigrante supone partir de la igualdad esencial del género humano y de la

existencia de profundos vínculos de solidaridad entre las personas. La acogida es, entonces, algo más que un deber. Supone asumir un ideal de justicia antes de la justicia legal o del derecho como legalidad.

El discurso de la acogida es, básicamente, un discurso ético, producto de una ética de la convicción. Sus raíces, esparcidas en diferentes épocas, culturas y civilizaciones, se confrontan con todo concepto excluyente de derecho. Se encuentra recogido en ciertas corrientes de la tradición cristiana, mesiánica y estoica; en el anarquismo y el comunismo; y en lo que todas estas propuestas contienen de crítica de las razones del poder y del Estado, de la política como dominación, y de las fronteras y de las naciones, así como en lo que contienen de positivo a favor del ideal de reconciliación y de comunicación con el otro.

Una exposición muy actual e influyente de estas ideas se puede encontrar en Emmanuel Levinas.⁵ En este autor, la acogida debida al extranjero no es expresión de una raíz común y, de hecho, no tiene nada de natural; por el contrario, es consecuencia, precisamente, de la separación, de la alteridad, de la errancia o el peregrinaje consustancial al hombre. El suelo y el territorio no tienen nada de raíz sagrada, nada de una posesión para el ocupante nacional. La tierra da, ante todo, hospitalidad, una hospitalidad ya ofrecida al ocupante inicial, una hospitalidad provisional consentida al huésped. «[...] Que un pueblo acepte a los que vienen a instalarse en su casa, por más extranjeros que sean, con sus costumbres y sus vestidos, con su hablar y sus olores, que les de una *akhsania* como un lugar para albergarse y con qué respirar y vivir [...] ¿Abrigar al otro hombre en casa de uno, tolerar la presencia de los sin tierra y de los sin-domicilio sobre un suelo ancestral tan celosamente, tan malvadamente amado, es el criterio de lo humano?. Indiscutiblemente —nos dice Levinas—».

Se dirá de él que es un discurso utópico, con lo que no se hace otra cosa que redundar en la idea de que, en la época de predominio absoluto del mercado, la utopía, como señal de la modernidad, ha quedado arrumbada al menos por ahora.⁶ Frente a ello, se puede aducir que la

⁵ LEVINAS, E. *Totalidad e Infinito* [trad. al castellano de D.E. Gillot]. Salamanca: Sígueme, 1977; del mismo autor, *Dios, la Muerte y el Tiempo* [trad. al castellano de María L. Rodríguez Tapia]. Madrid: Cátedra, 1994 y *A l'heure des nations*. París: Minuit, 1988.

⁶ Sobre las relaciones entre la utopía y la cultura moderna es esencial el libro de JAMESON, Fredric. *Las semillas del tiempo* [trad. al castellano de Antonio Gómez Ramos]. Madrid: Trota, 2000.

ética de la acogida se proyecta, hoy, contraculturalmente, en las más recientes perspectivas cosmopolitas.⁷ Y así es porque la ética de la acogida visualiza el género humano y permite ejercer una creciente influencia en el derecho internacional y en las alternativas políticas que surgen en la globalización. Aunque el legislador frecuentemente los desprecie, como veremos que hace el legislador español, elementos de esa ética de la hospitalidad se encuentran en la cultura jurídica de los derechos humanos a la cual pertenecemos, traducida en algunos casos al orden jurídico internacional en diferentes tratados. También se puede encontrar en ciertos pronunciamientos de los tribunales (por ejemplo, el del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) o, por no ir demasiado lejos, en los principios que informan la propia Constitución española.

Pero sobre todo, la ética de la acogida, a diferencia de otros conceptos éticos más abstractos, es bien concreta: delata que el problema está ahí y plantea la exigencia inmediata de organizarla, de regular una situación de modo que no se dé la espalda a cuestiones tales como la dignidad o los derechos humanos básicos. Tal vez por ello, la hospitalidad respecto a inmigrantes, refugiados o exiliados, aparte de ser el problema actual que exige las respuestas más concretas, es el que mejor puede servir para articular la ética en general en el seno de lo político y de lo jurídico. Ciertamente, la ética de la hospitalidad o de la acogida, tomada en su raíz, no puede ser traducida inmediata e incondicionalmente en el ámbito del derecho positivo, porque se corre el riesgo de suscitar efectos perversos y contrarios a los que se pretende; pero ¿no debe permanecer, en todo caso, como referencia para encontrar las mejores soluciones jurídicas, de tal manera que no sea violada en su esencia y sea respetada lo más posible?

2.2. El discurso de la sospecha

El discurso de la sospecha, tan antiguo como aquel, desarrolla ante todo un planteamiento político, especialmente si se toma este en su acepción schmittiana, es decir, como el conflicto real o potencial amigo-enemigo. Los defensores de este discurso, pensadores de la «seguridad» y de la «sospecha», son innumerables, y eso revela, también, su profun-

⁷ Véase: POGGE, Thomas. «Cosmopolitanism and Sovereignty». *Ethis* 103; y DE SOUSA SANTOS, Boaventura. «Cosmopolitismo y Derechos Humanos». En: AA.VV. *La globalización del Derecho*. Bogotá: UNC - ILSA, 1998.

do arraigo: Platón, Tucídides, Maquiavelo, Hobbes, Burke y Bossuet, entre otros, se cuentan entre los más conocidos; se sostiene igualmente por parte de racionalistas como Condorcet y por parte de tradicionalistas como De Maistre y Donoso.

En sus elaboraciones más sofisticadas, la sospecha sistemática hacia el otro, sea extranjero o simplemente extraño a la comunidad, no tiene por qué tener en el odio su privilegiada fuente de alimentación, sino que puede descansar también en el cálculo preventivo de aquella máxima, según la cual, el peligro de la agresión viene de afuera y es dable siempre potencialmente. Se trata, pues, de un discurso que apuesta, en primer término, por la seguridad; por lo que se hace ineludible, en la tradición constitucionalista, referirse a C. Schmitt y a su concepto de seguridad, ya que este autor no es simplemente el pensador de la hostilidad —cualidad diametralmente opuesta a la de la hospitalidad—, sino que, en la medida en que coloca al enemigo al principio de una política irreductible a lo ético, su concepción es también, por ello mismo, irreductible a lo jurídico.

Para sus defensores, el pesimismo antropológico que está en la base que alimenta la sospecha pasa por ser el único pensamiento político razonable,⁸ hasta el punto de que, en *El concepto de lo político*, C. Schmitt se reafirma en su conocida tesis de que solo los pensadores pesimistas sobre la naturaleza humana son pensadores sistemáticos, auténticos y consecuentes con la «cosa» política. Su influencia es decisiva en la configuración del derecho moderno y del perfil político del *Estadonación*, sobre todo en la acuñación de un concepto de derecho y de Estado que se conjuga desde categorías dicotómicas: dentro-fuera, nacionales-extranjeros, nosotros-vosotros, civilización-barbarie. No olvidemos que los siglos XIX y XX han sido los de la glorificación del Estado y de la nación, aunque también de los conflictos entre ellos; tampoco se debería olvidar cómo entre las víctimas habituales de estos enfrentamientos se encuentran los extranjeros, es decir, los que, en cualquier lugar, son desplazados o refugiados de toda especie, regulares e irregulares, desde la Alemania nazi a la ex-Yugoslavia, desde Ruanda al Medio Oriente, desde el Zaire a Afganistán.

⁸ SCHMITT, C. *El concepto de lo político* [trad. al castellano de R. Agapito]. Madrid: Alianza Editorial, 1991, p. 4.

2.3. El discurso cosmopolita

El discurso regulativo o cosmopolita, a medio camino entre lo ético y lo jurídico, se asienta sobre una ética de la responsabilidad en la que el derecho juega un papel regulador, tanto como expresión de situaciones de dominación como por las posibilidades liberadoras que ofrece. El discurso cosmopolita se reconoce por su aceptación de la igualdad básica del género humano, pero se distingue porque juzga necesario regular las relaciones entre los pueblos y los Estados con el fin de concretar un concepto seguro (es decir, jurídico) de ciudadanía. Se sitúa, pues, entre la utopía, a la que no renuncia (Kant: *La paz perpetua*), y la «realidad», con sus exigencias concretas (especialmente con la de evitar «males mayores»). No se trata aquí, como en el discurso de la sospecha, de asegurar la seguridad, a la manera hobbesiana, sino de asegurar la paz.

Sus raíces son igualmente profundas. Abarcan un amplio y rico movimiento que va desde el estoicismo y la tomística (Francisco de Vitoria) a la Ilustración. Recorre el pensamiento democrático y republicano, y reaparece con fuerza en el constitucionalismo reciente. Las ideas centrales las expone Immanuel Kant (sobre todo en *La paz perpetua* y, especialmente, en su *Tercer artículo definitivo en vistas a la paz perpetua*⁹). Para Kant, la hospitalidad universal, incondicional e infinita, está basada en un derecho natural que se deriva, en último término, de la posesión común de la superficie redonda y finita de la Tierra, sobre la cual los hombres no pueden dispersarse hasta el infinito; pero este derecho se encuentra limitado por un gran número de condiciones, de tal suerte que Kant, por ejemplo, solo reconoce el derecho de visita pero no el derecho de residencia. Por tanto, la realización de un derecho sin condiciones es remitido por Kant al ideal de una Constitución cosmopolita, a la que el género humano no puede sino aproximarse indefinidamente. Para Kant, el estado de paz, que incluye el derecho de extranjería, debe ser instituido, es decir, jurídicamente construido. Para él, no sería realista esperar de un Estado-nación (cualquiera que sea su régimen, aunque sea democrático) que se abra a una hospitalidad incondicional o a un derecho de asilo sin reserva. Un Estado-nación querrá controlar siempre los flujos de inmigración.¹⁰

⁹ Véase: KANT, I. *La paz perpetua* [trad. al castellano de J. Abellán]. Madrid: Tecnos, 1985.

¹⁰ No hay que olvidar que también Kant es un pensador pesimista que ve inscrita, en el derecho cosmopolítico, la huella de una hostilidad natural, actual o potencial,

El cosmopolitismo kantiano inspira las declaraciones fundacionales del constitucionalismo contemporáneo, numerosas Constituciones recientes y el núcleo básico del derecho internacional general y consuetudinario. Muestra de ello es la tendencia que en tal corpus se apunta hacia la convergencia de las dos categorías inaugurales de la cultura de los derechos: *hombre y ciudadano*. Esta tendencia es especialmente visible en el llamado «estándar mínimo de trato», desarrollado a partir de la normativa internacional en materia de derechos humanos y de derecho humanitario, y aplicable por igual a nacionales y extranjeros.¹¹

Pero la propuesta jurídica kantiana, de la que se debe destacar su poderosa influencia en el desarrollo del *Estado constitucional* contemporáneo, y que, como hemos dicho, se sitúa a medio camino entre la ética de la solidaridad internacional (tendiente a realizar el ideal de la primera parte de la Declaración del Hombre y del Ciudadano) y la ética de la responsabilidad (tendiente a asegurar la paz —no a asegurar la seguridad— con el fin de evitar conflictos mayores), está abocada, en el momento actual, a un angustioso dilema: o se avanza por el camino abierto por la ética de la acogida, que, aunque se pueda tachar de utópico e impracticable, es capaz de iluminar los nuevos escenarios en la época de la globalización; o, por el contrario, se retrocede al discurso de la sospecha, del *alien*, o del rechazo al extranjero, hacia posiciones como las defendidas por Huntington,¹² entre otros.

III. ¿QUÉ DISCURSO PREVALECE HOY?

Es fácil deducirlo. El reciente constitucionalismo se ha construido tanto desde la repulsa a las actitudes xenófobas y racistas como desde la

efectiva o virtual: así, en *La paz perpetua*, nos dice: «[...] el estado de paz entre los hombres que viven juntos no es un estado de naturaleza (*status naturalis*), este es más bien un estado de guerra: aunque las hostilidades no estallen, constituyen, sin embargo, un peligro permanente».

¹¹ Véase: Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y Miembros de sus Familias de 1990. Al respecto hay que observar que la Convención señala que los derechos otorgados no pueden ser entendidos como una limitación del poder del estado de excluir a los extranjeros de su territorio y de diseñar la composición de su pertenencia nacional.

¹² *The clash of Civilizations and the Remaking of the Woels Order*, London, 1997. Para S. Huntington son, precisamente, los factores de la vieja política (la soberanía,

afirmación de categorías jurídicas básicas (derechos humanos, garantías), inspiradas en valores tales como la dignidad, la tolerancia, la igualdad, la justicia y el pluralismo. Igual ocurre en el derecho internacional. Desde un punto de vista constitucional, la cuestión del extranjero-inmigrante se debería enfocar, pues, desde la lógica de los derechos humanos y desde la consideración del inmigrante como sujeto de derechos. Esto, en el plano de la teoría; porque, en la práctica, subyace, por un lado, una política de la sospecha, en modo alguno residual; y por otro, una práctica político-legislativa de los Estados, caracterizada por la renuncia a aplicar consecuentemente normas y principios constitucionales cuando se ven presionados por las exigencias económicas de la globalización (especialmente en lo relativo al mercado de trabajo) o cuando sienten amenazado el orden público interno por la presencia del inmigrante.

Que el discurso de la sospecha no es meramente residual se evidencia en el éxito cosechado por recientes aportaciones doctrinales, como es el caso de *La sociedad multicultural. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, del influyente politólogo Giovanni Sartori.¹³ Según Sartori,

los nacionalismos, etc.) los más potenciados con el fin de la Guerra Fría. El enfrentamiento entre ideologías, entre capitalistas y comunistas ha dejado paso a un enfrentamiento entre culturas: «en el mundo de la posguerra fría, la cultura es a la vez una fuerza divisoria y unificadora». El planteamiento de Huntington convierte esa tensión entre un reducido grupo de siete u ocho grandes civilizaciones o culturas en el factor político privilegiado. Pero, al tiempo, lo hace con primacía de la visión occidental y logocéntrica, y considera que las demás civilizaciones no occidentales o son peligrosas (la musulmana) o son intrascendentes (la latinoamericana) al menos por ahora.

¹³ SARTORI, G. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*. Madrid: Taurus, 2001. Este ensayo más parece el análisis de un ideólogo que la rigurosa aportación de un sociólogo. No cabe desconocer que el alegato de G. Sartori ha sido jubilosamente celebrado en determinados círculos políticos y universitarios españoles. No por casualidad fue aireado convenientemente por los partidarios de la política migratoria practicada por el Gobierno del PP, y se ha venido utilizando como un aval doctrinalmente respetable de los desafueros perpetrados por la LO 8/2000. En esa medida, sí parece conveniente hacer un breve comentario; porque el discurso de este autor, una vez que identifica y estigmatiza el «multiculturalismo» de raíz marxista y foulconiana como el nuevo enemigo ideológico del sistema liberal-democrático que da soporte a las reivindicaciones de las diversas minorías, no es más que un preparado destinado a justificar, finalmente, sus tesis sobre el problema de la inmigración: un problema, según G. Sartori, especialmente grave en Europa, sobre todo en Italia o en Francia (y también, por lo mismo, en España) y que obliga a tomar medidas urgentes y realistas.

el problema de la migración no se puede resolver, ni siquiera atenuar, acogiendo a más inmigrantes, porque la presión migratoria no es ni coyuntural ni cíclica. Los que han entrado —dice Sartori— no sirven para reducir el número de los que pueden entrar; en todo caso, sirven para llamar a otros nuevos. «¿Se puede evitar las crecidas de los ríos bebiendo agua? No. Pues de la misma manera la crecida de los inmigrantes no se puede remediar dejándolos entrar».¹⁴ Para Sartori, en Europa no hay exceso de oferta de trabajo sino un sistema social que subvenciona a los parados, mientras que la explosión demográfica, causa última de la inmigración, no se controla convenientemente. Asimismo, este autor sostiene que los inmigrantes no son iguales: los hay integrables y no integrables. «Está claro que si los inmigrados son de naturaleza muy diferente, su integración no se puede gestionar con una receta única [...] ¿es posible que el inmigrado extraño religiosa y étnicamente se puede integrar? No, no es posible» (p. 113). Esta concepción, traducida a medidas de política inmigratoria, significa que los Estados europeos deberían cerrar sus puertas lo más posible, por ejemplo, a los inmigrantes musulmanes y abrirse, en todo caso, cautamente, a los más asimilables, aunque tampoco propone con claridad la manera de hacerlo, puesto que la «marea» es incontenible, entre otras cuestiones. Finalmente, para el autor en mención, los extranjeros residentes legales no son los problemáticos, sino los «ilegales», que son los que alimentan los circuitos de la «segregación-revuelta»: «[...] y es así porque los “*sans papiers*” están ahí pero ilegalmente y para el *estado de derecho* no deberían estar. Y este es el problema. Por tanto, el discurso correcto es que las tensiones sociales y las revueltas casi nunca se originan por quien entra en un país filtrado legalmente,

¹⁴ No aclara G. Sartori cuáles podrían ser las soluciones a los dilemas que plantea, aunque de su exposición se deduce que aboga por un endurecimiento de las políticas de control de fronteras, restricción de visados y disminución de cupos (p. 119). Contra toda evidencia, abandona Sartori en este punto cualquier intento de comprensión socio-política del problema, haciendo caso omiso del perfil social del inmigrante irregular, de los factores que influyen en su entrada irregular, de su capacidad de integración, etc. De este modo, se entrega a un discurso muy conocido, prejuicioso y acientífico, destinado a criminalizar al extranjero que se encuentra en la situación más débil y que, por cierto, es similar al discurso que subyace en la LO 8/2000. Por muchas razones, la posición de Sartori al respecto del problema de la extranjería en las sociedades europeas no tiene nada que ver con la saga de autores liberales que cita en su libro ni, por supuesto, con K. Popper (y no solo porque Popper no se enfrentara al fenómeno de la inmigración) sino que se inscribe de lleno en esta última versión del pensamiento schmittiano que, con todo, no hace tampoco justicia a C. Schmitt.

sino que son originadas o exacerbadas por los que entran ilegalmente. A lo que hay que añadir que la entrada ilegal no se sana en el fondo, por sucesivas legalizaciones en masa». En definitiva, la política de extranjería que se infiere del ensayo de Sartori nos es ya bien conocida, pues es la que viene siendo defendida por algunos Gobiernos europeos y, muy especialmente, por el Gobierno italiano; no debe extrañar, por tanto, que el alegato de Sartori comparta parecido magma ideológico que el Preámbulo de la LO 8/2000, en el que, como se recordará, el legislador se vale de una triple motivación para justificar la reforma legislativa: el perverso «efecto llamada», la «armonización» legislativa europea a la que «obliga» los acuerdos de Tampere y la necesidad de una «política integral de inmigración», todo lo cual ha sido denunciado por la doctrina especializada como falaz e inconsistente.

Por otro lado, que los fundamentos constitucionales y ius internacionales en lo referido a los derechos de los inmigrantes ceden ante las exigencias del orden público se puede comprobar con singular crudeza a raíz de los atentados del 11 de septiembre, con sus secuelas de criminalización de categorías enteras de sospechosos.¹⁵ En términos generales, la confrontación cada vez más abierta que se produce entre la extensión de los derechos y la soberanía de los Estados ha gravitado sobre la construcción del espacio jurídico internacional y se ha agudizado con la crisis del Estado y los recientes procesos globalizadores. Es entonces cuando se induce el pánico étnico¹⁶ en cuantas ocasiones se requiere, alimentando los programas de numerosos y conocidos partidos o movimientos racistas y xenófobos que crecen sobre este humus, al tiempo que termina por impregnar el discurso circulante entre las elites, los represen-

¹⁵ El efecto, el 11 de septiembre ha tenido efectos en varias direcciones. Por un lado, ha contenido temporalmente los movimientos migratorios. En España, se estima que, de no mediar esta situación, a principios de 2002 se habría pulverizado las tasas de años anteriores, así como el «efecto llamada» que el Gobierno había atribuido a la Ley de Extranjería anterior (LO 4/2000) y con base al cual justificó la reforma de esta norma. Pero los efectos más importantes de la declaración de un verdadero estado de excepción internacional, con merma para las garantías de los derechos, se centran en las medidas discriminatorias a priori que enfocan especialmente a ciudadanos de etnias concretas. Véase: FERRAJOLI, L. «Las razones del pacifismo». *Jueces para la Democracia*, n.º 42, 2001, pp. 3-9.

¹⁶ VAN DIJK, Teun A. *Elite Discourse and Racism*. Newbury Park, CA: SAGE, 1993. Véase la reciente polémica que ha enfrentado en Alemania al ministro verde Jürgen Trittin con dirigentes cristiano-demócratas, a propósito del miedo a la sociedad multicultural y el concepto de «cultura alemana», «orgullo nacional» y «desalemanización de Alemania».

tantes nacionales y locales, el *poder judicial*, la policía, la educación e investigación académica, etc.

En estas circunstancias, la sospecha se radicaliza más, si cabe, en los momentos de crisis, como ocurre con las nuevas medidas adoptadas por los Estados desarrollados, dirigidos por los EE.UU., para combatir *el terrorismo global*. Son numerosas las voces que se han levantando alarmadas por el cariz de las medidas adoptadas en la lucha contra el terrorismo. De estas no vamos a hacer mención específica en este lugar,¹⁷ aunque sí debe quedar señalado que el estado de excepción impuesto por la lucha antiterrorista parece dar por supuesto que se requiere un aumento de los niveles de sospecha y de prevención frente al inmigrante. De este modo, el Gobierno norteamericano, por ejemplo, con el fin de impedir que grupos terroristas utilicen la porosidad fronteriza norteamericana ha suspendido centenares de miles de permisos de residencia y de extensión de visas, además de haber tomado otras medidas de control biométrico para examinar los rasgos faciales de los peticionarios.¹⁸ Una nueva Ley¹⁹ permite que cualquier extranjero en EE.UU. con un visado caducado pueda ser detenido durante siete días hasta que se inicie el proceso de deportación. La Ley establece que la sospecha de «vinculación terrorista» es suficiente para poner en la cárcel a cualquier inmigrante durante ese período.

¹⁷ Sobre las medidas antiterroristas impulsadas por la administración Bush, en lo que viene a ser una nueva escalada del protagonismo el Ejecutivo norteamericano, véase: ARANZADI, Juan. «Paradojas americanas», *El País*, 11 de septiembre del 2001; LÓPEZ GARRIDO, Diego. «La libertad en tiempos de cólera», *El País*, 30 de septiembre 2001; BRODY, Reed, *El País*, 10 de octubre del 2001. Las medidas de excepción se han extendido por otros países, como Reino Unido (medias extraordinarias a la policía que puede afectar especialmente a extranjeros sospechosos), Alemania (la «persecución reticular» que afecta al derecho a la intimidad), o Italia (potestad a la policía para alargar los tiempos de investigación e intercepción de teléfonos y conexión a la red sin autorización judicial).

¹⁸ La Presidencia ha solicitado de los Consulados que hagan una radiografía al solicitante: pasado delictivo, afiliaciones sospechosas y, la más intangible, discernir sus intenciones. Las medidas afectan a los estudiantes extranjeros. La senadora demócrata Dianne Feinstein impulsa un proyecto de reforma de las leyes de inmigración que obligaría a los colegios y universidades a informar sobre las actividades de los estudiantes (*El País*, 2 de septiembre del 2001). Por otro lado, el país que peor parado ha quedado ha sido México, que deberá esperar para lograr la legalización de 3,5 millones de «sin papeles» prometidos por Bush (*El País*, 1 de septiembre del 2001), además de intensificarse el número de policías del Servicio de Naturalización e Inmigración.

¹⁹ *El País*, 27 de septiembre 2001.

Ciertamente, son frecuentes las cláusulas que preservan la soberanía de los Estados en situaciones de emergencia que afectan a la seguridad o el orden público. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos prevé, como se sabe, la posibilidad de que el legislador introduzca restricciones a los derechos en caso de colisión con otros bienes dignos de protección, disponiendo, en este sentido, que «el ejercicio (de tales derechos) sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás», pero es pacífico en la doctrina de que dichas restricciones no pueden establecerse de forma arbitraria sino con arreglo a criterios de razonabilidad, proporcionalidad, adecuación (*inter alia*: STC 62/1982; 90/1983; 66/1991, f. 2º) y necesidad (esto es, que ningún otro medio igualmente efectivo consiga que el derecho fundamental en cuestión no sea lesionado o lo sea en menor grado), criterios que, desde luego, han sido obviados en la LO 8/2000. No resulta extraño, en consecuencia, que quienes defienden la constitucionalidad de la LE en este punto apelen por lo general —y, precisamente, sobre la base del citado precepto del Pacto— como criterio último o de *re publica defendenda*, a una concepción desorbitada y, por decirlo suavemente, decimonónica de «orden público» y de «seguridad pública», desconociendo que dichos conceptos, en el marco de un estado social y democrático de derecho, están subordinados, precisamente, al previo aseguramiento de los derechos y libertades.

Por último, que los mismos fundamentos constitucionales cedan ante las exigencias del mercado se pone a prueba desde el momento en que es precisamente el impulso del mercado de trabajo la más importante ratio dispensadora de estatus jurídico al inmigrante. La regulación del permiso del trabajo es, como se sabe, uno de los pilares sobre los que se ha basado tradicionalmente la política de inmigración, como ocurre en la reciente legislación española en la materia.²⁰ Por materialista que parez-

²⁰ Realmente, el derecho de los extranjeros no se regula hasta la LO 4/2000. Con anterioridad, la LO 7/1985 se limitaba a recoger, en su art. 10º, el derecho de los trabajadores extranjeros que se hallasen legalmente en España a sindicarse y ejercer el derecho de huelga. Un conjunto de normas reglamentarias, por su parte, de la que cabe destacar el segundo reglamento de desarrollo de la LO 7/1985 (RD 155/1996) regulaba el acceso de los extranjeros a determinadas presentaciones sociales y al sistema de la seguridad social (art. 8º), así como a la libertad de empresa y al establecimiento de fundaciones (art. 10º). Ahora bien, todos estos supuestos no en-

ca, el criterio del mercado sería, al menos, un criterio objetivo si no fuera porque tampoco se permite que funcionen libremente los mecanismos de oferta y demanda de trabajo en el mercado mundial y nacional, sino que estos permanecen rehenes de otras consideraciones políticas que, de

contraban su anclaje legal en un derecho al trabajo expresamente proclamado por la ley sino por parte de la ley que se encargaba de regular los mecanismos administrativos para la obtención del permiso del trabajo. Esta situación reflejaba bastante bien el estatus reinante hasta entonces: los extranjeros no tenían derecho al trabajo, sino que podían solicitar los permisos para ejercerlo. La vigente LE no altera sustancialmente esta situación. El art. 10º de la LE dispone que «los extranjeros que reúnan los requisitos provistos en la Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen, tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al sistema de Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente». Se puede decir, por tanto, que los extranjeros, según la ley, gozan del derecho a «tener» el derecho al trabajo. Los únicos supuestos legales que no están sometidos a esa administrativización condicionante de su ejercicio son los de asistencia sanitaria de urgencia y el acceso a los servicios sociales básicas (art.ºs 12º y 14º), y los de documentación y educación obligatoria (art.ºs 4º y 9º). Ello revela, como ya apuntamos, que la política de inmigración se sustenta, en gran parte, sobre las relaciones de trabajo y que, por tanto, este supuesto no puede condicionar, como ya hemos ampliamente comentado, la vigencia de los derechos constitucionales, como los de sindicación y huelga, que se predicen por igual de españoles o extranjeros. La mayoría de los extranjeros que se encuentran en España, salvo los que «disponen de medios de vida suficiente para entender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo, en su caso los de su familia» realizan alguna actividad económica, con permiso de trabajo o sin él. Ahora bien, el permiso de trabajo sólo es posible en el marco del mercado legal de trabajo y cuando este no se realiza de forma sumergida, y eso, desde luego, genera evidentes problemas para el extranjero que pretende adquirir un estatus legal, dadas las características de sectores productivos como la agricultura, el trabajo doméstico o la construcción, que demandan mano de obra extranjera, sectores ampliamente desregulados y resistentes a implantar normas protectoras de los trabajadores. Como la doctrina laboralista ha puesto de relieve y la jurisprudencia constitucional confirma, el derecho al trabajo *stricto sensu* no significa el derecho a un puesto de trabajo sino al aprovechamiento de los recursos y mecanismos que las políticas públicas de empleo deben poner a disposición de los ciudadanos. Desde estas premisas, negar el ejercicio de derecho como los de sindicación o de huelga a los trabajadores que la ley llama ilegales o irregulares no es solo un absurdo jurídico-constitucional sino algo mucho peor: un designio falaz además de impracticable. No me detendré en este punto, cuya tacha de inconstitucionalidad se ha reiterado insistentemente. Me limitaré a señalar, simplemente, como una paradoja más que afecta a quienes otorgan un valor primordial a la noción de dignidad de la persona mientras niegan, al mismo tiempo, los derechos de sindicación o huelga a los trabajadores irregulares, que, si de algún derecho se puede predicar su conexión directa con la dignidad, ese es, precisamente, el derecho al trabajo. Conviene recordar al respecto, puestos a ser exactos, que, si la DUDH es un criterio hermenéutico básico de los derechos del

nuevo, tienen que ver con el discurso de la sospecha. Hay que concluir, pues, que el racismo, la xenofobia y la construcción social de códigos de incompatibilidad cultural entre extranjeros y nacionales tienen un poder cultural y político propio, que influye de manera autónoma sobre las políticas de migración,²¹ de tal suerte que el Estado y su potestad de control sobre las fronteras juegan un papel central en la creación de regímenes de migración a través de la historia del capitalismo. En la legislación española, el derecho al trabajo del inmigrante económico sólo tiene virtualidad cuando no se interpone entre empleadores y empleados (es decir, entre la voluntad contractual de las partes) todo un conjunto de mecanismos de política inmigratoria ligados a la autorización y al contingente de trabajadores extranjeros (art. 36º y ss. LE), que son, a su vez, mecanismos incapaces de facilitar la adecuación entre la demanda y la oferta de mano de obra.²² Se podría especular, entonces, qué modelo

Título 1, las únicas menciones a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad se contienen, precisamente, en los art.ºs 22º y 23º de la Declaración, referidos, respectivamente, a los derechos económicos, sociales y culturales, y al derecho al trabajo. La LO 8/2000 no solo no da respuesta a la realidad del fenómeno de la inmigración, como muchos de sus críticos se han encargado de señalar, sino que parte de una concepción apriorística y deformada del inmigrante, del trabajo y del empresario. La LO 8/2000 está pensando en unos concretos sectores productivos que precisan solventar las carencias de mano de obra interna con mano de obra extranjera porque no pueden trasladar su infraestructura a aquellos países de la periferia, donde el mercado ofrece esa mano de obra barata. A esta demanda, sin embargo, la LO 8/2000 no da una solución «razonable» como lo demuestra la existencia de un elevado número de trabajadores extranjeros contratados de forma ilegal. Tampoco resuelve la cuestión del trabajo en un modelo crecientemente posfordista, donde la flexibilidad laboral es moneda corriente, hecho que, para el trabajador extranjero, además de la precarización de su empleo, promovida por el empresario al amparo de la legislación laboral, supone la pérdida de su estatus de residente y de todas las consecuencias que de ello se derivan.

²¹ DE SOUSA SANTOS, B. *La globalización del Derecho*, Bogotá: ILSA - Universidad Nacional de Colombia, 1998, 288 p.

²² Dos consecuencias se derivan de esta situación: 1) que el equilibrio entre oferta y demanda solo se puede producir al margen del contingente y, por tanto, de la legalidad; y eso fomenta, de este modo, el mercado ilegal de trabajo; 2) que la interposición del Estado entre la oferta y la demanda de mano de obra, por imperativo de la LE, no se realiza en beneficio de la parte más débil del contrato, sino que, por el contrario, esta resulta gravada administrativamente en pro de una supuesta —no siempre real— defensa del mercado nacional de trabajo, privándole de paso de garantías básicas de todo trabajador, como son la *libertad sindical* y el *derecho de huelga* cuando su situación no es legal (art. 11º LE), y reduciendo sus derechos sociales a las mínima previsiones de subsistencia - asistencia sanitaria y servicios sociales básicos (art.ºs 12º y 14º LE).

de empleo es este, reservado a los extranjeros inmigrantes, que no responde ni al modelo económico liberal clásico —puesto que no otorga verdadera libertad contractual a las partes— ni al del estado social —puesto que no protege al trabajador individual que es la parte contractual más débil, ni considera, en fin, a los trabajadores como sujeto colectivo con el fin de garantizarles, en cuanto sea posible, el acceso y la estabilidad del empleo—. Ni siquiera responde a un último modelo que, pese a no estar sancionado constitucionalmente, se está configurando aceleradamente como consecuencia de la crisis del estado social y democrático de derecho, y conforme al cual, el empleo pasa a convertirse en una variable de la política económica.

IV. ¿SOBRE QUÉ BASES HABRÍA QUE CONSTRUIR UN NUEVO DISCURSO?

EL PROGRESO DE UN CONCEPTO DE CIUDADANÍA

Como se ha indicado, la creciente presión migratoria pone en tela de juicio las nociones tradicionales de ciudadanía y de soberanía. A medida que la migración traspasa las fronteras nacionales, a pesar del blindaje con que se las refuerza, se la trata de contener mediante medidas jurídicas discriminatorias, de tal modo que la discriminación contra los migrantes indocumentados pasa a ser un sustitutivo de la exclusión real de la frontera. O, dicho de otro modo, cuando el Estado no logra controlar la frontera, todavía puede levantar una muralla contra la incorporación a través del sello de ilegal puesto sobre la vida del inmigrante.²³ Pero la mayor parte de las veces —como se pone de manifiesto en la vigente legislación española—, ello supone la vulneración de los imperativos constitucionales en materia de derechos. No es extraño entonces que la migración —y, especialmente, la migración económica (que es la que da lugar a los grupos discriminados de irregulares y sin papeles)— sea uno de los factores más transformadores del concepto de ciudadanía: porque ¿en qué medida se puede, sin violar los derechos humanos internacionales y constitucionales, negar la pertenencia plena a las personas que ya se encuentran en el territorio nacional y que, eventualmente, tienen lazos significativos con él?

²³ DE SOUSA, *op. cit.*

A diferencia de las identidades basadas en los vínculos de sangre o de las identidades basadas en la pertenencia a una etnia, a una cultura o a un determinado territorio, la ciudadanía, concepto creado por las Constituciones revolucionarias de fines del XVIII, es un vínculo jurídico abstracto que liga a la persona con la sociedad política y se basa en la compatibilidad de su proyecto de vida con las leyes existentes. En EE.UU., la lealtad a una Constitución resume la fórmula mágica del *melting pot*. J. Habermas ha expresado del mejor modo posible esta idea: «[...] deberíamos aprender finalmente a entendernos no como una nación compuesta por miembros de una misma comunidad étnica (y yo añadiría, ni lingüística, ni cultural, etc.) sino como una nación de ciudadanos [...] pues la República no tiene, en definitiva, otra estabilidad que la que le confieren las raíces que los principios de su Constitución echan en las convicciones y prácticas de sus ciudadanos» (J. Habermas, *Más allá del Estado Nacional*).

EL PROGRESO DE UN CONCEPTO CONSECUENTE DE INTEGRACIÓN

El objetivo de la integración social no resulta fácil de concretar. Como ha observado acertadamente Javier de Lucas, la integración social de los inmigrantes no puede concebirse a la manera de un contrato de adhesión del extranjero inmigrante con todos y cada uno de los aspectos de la sociedad receptora sino, en primer término, como el resultado de un proceso interactivo entre una pluralidad de comunidades, de tal suerte que supone cambios no solo en el que llega sino, también, en la propia sociedad de acogida. En otras palabras, la sociedad receptora debe estar dispuesta a gestionar esa interacción que todo proceso de integración social rectamente entendido comporta. Que el extranjero esté sujeto a las leyes existentes en la sociedad de acogida no debe suponer la renuncia de estos a sus peculiaridades culturales, lingüísticas, de costumbre y creencias, etc.; ni justificar la imposición de determinados modelos culturales. Este criterio central, que abre un camino largo y comprometido hacia procesos de integración, no ha sido tenido en cuenta por el legislador español en un doble sentido: en cuanto no reconoce suficientemente la dinámica multicultural que la inmigración comporta y en cuanto lo aborda sin las imprescindibles garantías jurídicas para toda la población extranjera.²⁴

²⁴ Véase: *Comentarios a la Ley de Extranjería*, dirigidos por José Asensi Sabater, en el Prólogo a la citada obra.

Desde el primer punto de vista, la LO 8/2000, si bien dispone (repetiendo la fórmula del art. 10.2 de la Constitución) que «Las normas relativas a los extranjeros se interpretarán de conformidad con la Declaración de Derechos Humanos y de los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias vigentes en España», también acota: «sin que pueda alegarse la profesión de creencias o convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas». A primera vista, aunque trata acertadamente de preservar la vigencia de los derechos humanos frente a prácticas aberrantes, incompatibles con los supuestos básicos de convivencia, no ofrece un margen suficientemente respetuoso con los derechos culturales de los extranjeros. No solo prohíbe la alegación de creencias religiosas o ideológicas, sino que parece querer imponer modelos culturales propios (como el modelo de familia) que ni siquiera son respetados ya en la sociedad de acogida. Desde el segundo punto de vista, la ley refleja una concepción distorsionada de la «integración social» en la medida en que priva del reconocimiento de derechos al sector de inmigrantes no regulares. La ley, pues, sostiene la tesis de que la integración social no es algo que se produce, en parte, gracias al derecho, al reconocimiento jurídico, sino que obedece a una dinámica de naturaleza cultural o económica que queda en manos de los agentes económicos y sociales, y de los propios interesados; es decir, apuesta porque la integración es un proceso que se desarrolla en el seno de la sociedad civil, por lo que el Estado y el derecho deben mantener al respecto una estricta posición de neutralidad. Es más, de las premisas fijadas por la ley parece desprenderse el temor de que una generosidad excesiva en el reconocimiento de derechos puede llevar a un agravamiento de la conflictividad social e impedir, por tanto, un proceso natural (y no forzado por la ley) de la integración social de los colectivos extranjeros. Estas premisas son, claro está, erróneas, pero además —lo que nos interesa subrayar especialmente— son incompatibles con el ordenamiento constitucional. No es el reconocimiento de los derechos lo que genera el conflicto, el racismo y la xenofobia; sino que, justamente, como también señala Javier de Lucas, constituye la condición previa, necesaria (aunque, desde luego, insuficiente) para que se produzca una real integración.

LA PREVALENCIA DEL PLANO DE LOS DERECHOS SOBRE EL DE LA POLICÍA DE EXTRANJERÍA

Ya en un plano jurídico, el avance de un planteamiento coherente con los postulados del constitucionalismo contemporáneo debe partir de una clara distinción entre el plano policial, en el que se desenvuelven las cuestiones tocantes a la tradicionales políticas de extranjería (control de fronteras, cupos, salidas, expulsiones, sanciones, etc.); y el plano de los derechos y del estatuto legal de los extranjeros, sea cual fuere la situación administrativa de estos. La confusión entre ambos planos (es decir, la mezcla inadecuada y arbitraria de la esfera de los derechos con las medidas de control de la inmigración) es, probablemente, la principal fuente de error y de tergiversación que ha afectado, en el caso español, tanto al legislador como a la jurisdicción constitucional.

Se puede decir que la LO 8/2000, objeto de recurso de inconstitucionalidad ante el TC, puede ser tachada de inconstitucional, precisamente, por desconocer que la delimitación constitucionalmente exigible de ambos planos conlleva necesariamente que la esfera de los derechos y sus correspondientes garantías, reconocidos en el Título 1 de la Constitución, no resulten menoscabadas por una invasión abusiva de las competencias puestas a disposición de la Administración para desarrollar una determinada política de inmigración. Se suele decir que la Constitución de 1978 no contiene previsiones normativas claras que sirvan de cauce para lo que después ha sido el impacto migratorio. Ahora bien, ello no obsta para que se puedan extraer del texto constitucional los parámetros principales que encuadran la actividad del legislador, del Ejecutivo y de la jurisdicción en esta materia. Necesariamente, toda ella tiene que construirse respetando dos ámbitos normativos de diferente naturaleza y proyección: de un lado, la insoslayable vigencia de los derechos fundamentales, pieza clave del ordenamiento constitucional; y de otro, las competencias que el Estado se reserva en materia de policía migratoria, mediante las que se regulan los flujos, las condiciones de acceso, residencia, trabajo, salida o expulsión en su caso, del extranjero-inmigrante. En el ordenamiento constitucional español, estos dos niveles se relacionan de un modo bien claro: por un lado, mediante el bloque de derechos del Título I (así como el sistema de garantías del mismo), que contempla como titulares de los mismos no solo a los nacionales sino, también, a los ciudadanos comunitarios y a los extranjeros en general, con las limitaciones previstas en la propia norma fundamental; y, por otro, mediante las competencias atribuidas al Estado, sobre las que se sustentan las políticas

concretas (art 149. 1. 20) en materia de inmigración y extranjería (la tradicional «policía de extranjería») y acerca de las cuales, el Ejecutivo y, en su caso, el legislador tienen un margen evidentemente más amplio.

Ahora bien, este doble ámbito normativo está estructurado jerárquicamente, de tal suerte que el ámbito de policía inmigratoria (formalizada mediante leyes, decretos u otros instrumentos normativos) está subordinado al primero, esto es, al nivel iusfundamental. Dicho de otro modo, la lógica normativa que se desprende de la competencia exclusiva del Estado en materia de policía de inmigración no puede prevalecer sino que, por el contrario, ha de ceder ante la lógica iusfundamental que, con su centro en el art. 13º CE, abarca, en relación con los extranjeros, todo el sistema de derechos y libertades consagrado en el Título 1 de la Constitución. Subrayar esta obviedad tiene suma importancia, hasta el punto que debe elevarse a rango de tesis central. Sorprende que la doctrina española haya prestado escasa atención a esta cuestión, pero lo cierto es que la confusión entre estos dos planos, como se verá a continuación, ha logrado contaminar con éxito la labor del legislador y del propio Tribunal Constitucional (especialmente, en STC 107/1984) hasta tal punto que, hoy día, el panorama sigue siendo confuso, por no decir oscuro, aunque la doctrina ya parece haber tomado mejores y más coherentes posiciones. Conviene, por ello, hacer una mínima referencia a los precedentes y al desarrollo de la cuestión en España.

La distinción entre derechos y policía de extranjería, obviamente, resultaba imposible en la dictadura franquista, en la cual, al no existir un estado de derecho ni un problema real de inmigración, no se planteaba ni siquiera algo así como el problema de los derechos de los extranjeros. Con todo, y sin la cuestión de los derechos en juego, las leyes promulgadas en esa época no discriminan a los extranjeros en el disfrute de ciertos derechos privados (tal como lo refleja el Código Civil) o de prestación, salvo por lo dispuesto en leyes electorales específicas o en el ejercicio de concretos derechos, como el de petición. Incluso, en este período, en virtud de la ideología panhispanista imperante, se dispensa un trato favorable a determinados colectivos «privilegiados» de extranjeros (a través de la exención de visado o del permiso de trabajo) como es el caso de ciudadanos iberoamericanos, portugueses, andorranos, filipinos y ecuatoguineanos, a los que se supone similares en lengua y cultura.²⁵ Al no suponer la

²⁵ Véase: Ley de 118/1969, del 30 de Diciembre, y Decreto 2766/1967, del 16 de Noviembre, de Seguridad Social.

inmigración un problema político, siempre es posible resolver eventuales problemas o determinados casos apelando al orden público y la actuación policial.²⁶

El problema se plantea verdaderamente cuando, a pesar de haber sido ya promulgada la Constitución de 1978, continúa aplicándose una buena parte de la normativa franquista de policía de extranjeros,²⁷ práctica que se extiende, incluso, tras la aprobación de la Ley de Extranjería de 1985. Nos encontramos, entonces, con una dinámica diferida entre esos dos planos normativos y en la que, por un lado, persiste un núcleo infralegal de normas de policía migratoria y, por otro, se va desarrollando autónomamente el bloque normativo de los derechos fundamentales ya acorde con los imperativos emanados de la Constitución y de los Pactos Internacionales de 1966, ratificados por España en 1977.²⁸ En resumen, la situación existente con anterioridad a la STC 107/1984 puede describirse del siguiente modo: por un lado, persiste una confusa, preconstitucional y claramente no garantizadora normativa en materia de policía de extranjería, procedente en buena medida del régimen anterior y denunciada repetidamente desde diversos sectores doctrinales como seriamente cuestionable desde el ángulo constitucional; y por otro, comienza a desplegarse el bloque normativo de los derechos constituciona-

²⁶ Aunque ya entonces, y sobre la base de las leyes de 1939 y 1970 (esta última de «rehabilitación social»), se diferencia entre inmigrantes «vagos y maleantes», a quienes se podía repatriar o internar sin más; y trabajadores extranjeros; es decir, entre extranjeros peligrosos y no peligrosos para el orden social.

²⁷ Como ocurre con las Circulares internas sobre concesión, delegación, anulación de permisos y expulsión de extranjeros emanadas de la Dirección General de Seguridad y basadas en el Decreto Ley 522/1974.

²⁸ De hecho, con anterioridad a la STC 107/1984 —y exceptuando la dudosa mención de la LO 5/80, del 19 de junio, por la que se regulaba el estatuto de los centros escolares (art. 3.1) y la Ley 3/1984, del 28 de marzo, por la que se regulaba la iniciativa legislativa popular (además, claro está, del Real Decreto Ley 20/77, del 18 de marzo)—, el grueso de la legislación de desarrollo de la parte dogmática de la institución no contempló la futura problematización de los derechos de los extranjeros en nuestro país, como demuestran la LO 7/1980, del 5 de julio, referida a libertad religiosa; la LO 3/1981, del 6 de abril, referida al Defensor del Pueblo; la LO 1/1982, del 5 de mayo, referida a la protección civil al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen; la LO 9/1983, del 15 de julio, referida al derecho de reunión; la LO 14/1983, del 12 de diciembre, referida al derecho a la asistencia letrada al detenido (que, en su reforma del art. 520.2 Lecrim, declara como ámbito subjetivo de protección «toda persona detenida o presa»); la LO 2/1984, del 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación; o la LO 6/1984, del 24 de mayo, reguladora del hábeas corpus.

les de un modo acorde, en lo referido a los extranjeros, con las previsiones del art. 13.1 de la Constitución. El sistema, a pesar de su desequilibrio y lagunas, podría haber evolucionado satisfactoriamente de haberse producido la depuración por vía legal de la normativa de policía inmigratoria, apostándose por la apertura normativa a una política de inmigración que tuviera en cuenta el nuevo dato de la inmigración económica que empezaba a apuntar, mientras continuaba completándose el desarrollo de la esfera iusfundamental. Desafortunadamente, no fue este el camino escogido; sino que, como suele ocurrir, este esquema quebró por el punto más débil.²⁹

En su Sentencia 107/1984, del 23 de noviembre de 1984, el Tribunal Constitucional se adelanta a cualquier movimiento del legislador e, incluso, a elaboraciones doctrinales de cierta enjundia. Al inhibirse del cuestionamiento de la normativa vigente en materia de extranjería (que por falta de impulso legislativo conduce a problema de legalidad y de justificación de la igualdad o no de trato entre las paradojas que se han expuesto), el Tribunal reconduce todo el asunto a un españoles frente a extranjeros. Hasta la citada Sentencia, la configuración legal de los derechos de los extranjeros reviste los mismos caracteres que la configuración legal de los derechos de los españoles dictada hasta entonces, salvo en lo referente a la exclusión del derecho a la participación política; sin embargo, la redefinición de las posibilidades de «configuración legal» que se opera en esta Sentencia se convierte en el referente para establecer una diferencia esencial entre los derechos de los extranjeros y de los españoles: dicha configuración —dice el Tribunal— «puede prescindir

²⁹ No por casualidad, el primer pronunciamiento del TC sobre los derechos de los extranjeros tiene que ver con el derecho al trabajo, y en él se deja sentir con especial intensidad esa contaminación entre una política de estadística y control (como claramente supone el Real Decreto 1031/1980, del 3 de mayo, que condiciona la autorización de residencia al extranjero a la concesión del permiso del trabajo por la autoridad laboral, librada en documento único) y la cuestión de los derechos. Como se recordará, el supuesto que dio lugar a la STC 107/1984 lo plantea un ciudadano uruguayo, a quien el ordenamiento de entonces eximía de obtener el permiso de trabajo pero no del de residencia, cuando ambos se materializaban en un instrumento único, paradoja impuesta a los supuestos colectivos «privilegiados» de extranjeros y que trató de ser paliada por la resolución conjunta de los Ministerios de Trabajo e Interior, del 27 de mayo de 1983, de desarrollo del RD 1031/1980. El tema de fondo era, a todas luces, de técnica administrativa y su resolución venía ligada a la validez de numerosas disposiciones, muchas de ellas infralegales y preconstitucionales, pero sobre las cuales el TC no quiso pronunciarse.

de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, produciéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, o, sí se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana». Desde estos planteamientos, con una motivación escasa y sin otro fundamento constitucional más patente que el de la vaga noción de la dignidad humana, el TC se ve obligado a operar una triple clasificación: 1) «Derechos que corresponden igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos», entre los cuales, sin pretensión de exhaustividad, el Tribunal sitúa, en ese momento, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, y a la intimidad (f. 30); 2) «Derechos que no corresponden en modo alguno a los extranjeros»; y 3) Derechos «que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio» (fjs. 2º y 4º).³⁰

La confusión de planos entre derechos y políticas de control, admisión y expulsión que la STC 107/1984 contribuye a alentar recibe apresurada sanción por el legislador con la LO 7/1985, del 1 de julio de 1985, «sobre derechos y libertades de los extranjeros en España». Recogiendo en parte la doctrina sembrada por el Tribunal, si bien se manifiesta en la citada Ley la preocupación «por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda prácticamente equiparado al de los propios ciudadanos españoles, y para el que se establecen las mayores garantías jurídicas [...]», se afirma que estos

³⁰ De este modo, el Tribunal, siguiendo un método abstracto de elaboración doctrinal, procede a distinguir los derechos garantizados en plano e igualdad con los españoles por su conexión con la esfera de la dignidad inherente a la persona humana de aquellos otros en los que es admisible la diferencia de trato en su ejercicio con los españoles (supuestos, por tanto, no conectados *prinza facie* con la idea de dignidad). Dicho de otra manera: separándose de lo que hasta entonces había sido la tendencia del legislador de garantizar los derechos de los extranjeros en el desarrollo constitucional de la parte dogmática (separando derechos y política de extranjería), el Tribunal ofrece argumentos para la elaboración de una futura «ley de derechos de los extranjeros» susceptible de limitarlos y administrativizarlos, como de hecho venía sucediendo con la regulación del derecho al trabajo heredada de etapas anteriores, sin definir siquiera el ámbito objetivo de cada una de esas categorías de derechos.

planteamientos «ceden ante exigencias de la seguridad públicas claramente definidas», de tal suerte que el mismo vago fundamento de la «dignidad» del art. 10º, que permite la equiparación en algunos derechos a españoles y extranjeros, sirve ahora para limitar otros derechos, desconectados aparentemente de la idea de dignidad, en aras de exigencias de la seguridad pública. Se reproducen de este modo, en la LO 7/1985, los términos de la clasificación de los derechos efectuada por el Tribunal: «por una parte —dice el Preámbulo de la Ley—, se hace expresa afirmación de aquellos (derechos) cuyo ejercicio debe ser reconocido, por ser consustancial a la persona; por otra, se señalan unas directrices claras respecto a los demás derechos».

La Ley 7/1985, dictada en pleno periodo de integración de España en las comunidades Europeas y en un intento de adaptar la normativa a las exigencias de a Europa comunitaria,³¹ lejos de desarrollar la vertiente de los derechos y libertades de los extranjeros en España se centra sobre todo en los aspectos de control y sanción, hasta tal punto que suscita la interposición, por el Defensor del Pueblo, del correspondiente recurso de inconstitucionalidad. Por otro lado, pronto se pone de manifiesto la inadecuación de la ley ante un fenómeno pluridimensional como el de la inmigración, que termina por superarla ampliamente.

Tales fueron, en fin, los presupuestos que se aceptan sin depurar tanto en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo en 1985 contra la LO como en la propia STC 115/1987, del 7 de julio de 1987, que declara la inconstitucionalidad de determinados incisos de la Ley, concretamente de aquellos preceptos de la Ley que establecían distintos requisitos para el ejercicio del derecho de reunión y asociación para los extranjeros y para los españoles. El Tribunal no entra a cuestionarse si tales derechos son consustanciales a la «dignidad de la persona humana» (como sí hizo, sin embargo, en el supuesto de la tutela judicial efectiva) y deja, por otra parte, fuera de su consideración la situación de los extranjeros ilegales o irregulares. De este modo, por la

³¹ Las primeras oleadas de inmigrantes hacia Europa tuvieron lugar en los décadas del desarrollo económico de los sesenta y setenta. Pero ante las segundas oleadas de los ochenta, la reacción en la mayoría de los países europeos fue la implantación de políticas restrictivas de acceso por motivos de trabajo, por lo que la población extranjera en los 90 en estos países se ha producido por vía de asilo y refugio. En España, esta última vía es residual: en el 2000, se produjeron 7037 solicitudes de asilo. Fuente: España, 2000, *Memoria sobre la situación socioeconómica y la laboral*, CES, 2001.

acción combinada del TC y del legislador orgánico, vuelven a redefinirse las tres categorías de derechos elaboradas en la STC 107/1984 y referidas a extranjeros, que se convierten ahora en cinco, a saber: 1) derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, cuya regulación debe ser igual y que son todos aquellos derechos no modulables por la ley de extranjería por ser emanación directa del principio de dignidad de la persona; 2) derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros «legales» (los de asociación, reunión y educación), aunque no conectados directamente con la noción de dignidad ni por el legislador ni por el TC; 3) derechos que son objeto de modulación por la ley de forma distinta que las leyes destinadas a los españoles y sobre las cuales el legislador puede establecer «condicionamientos adicionales», siempre que respete las prescripciones constitucionales (STC 115/87, fj. y), y que corresponden a los extranjeros legales; 4) derechos de los que están expresamente excluidos los extranjeros de acuerdo con la Constitución (art. 23º CE, con las salvedades allí establecidas); y, por último, 5) una situación legal de negación del ejercicio de determinados derechos (los no vinculados directamente a la esfera de la «dignidad») a los extranjeros ilegales y acerca de la cual el Tribunal no llega a pronunciarse expresamente.

Estos planteamientos, que parecen dominantes en el plano legislativo y doctrinal en algún momento, han venido siendo objeto de revisión por el propio TC. Por lo pronto, el Tribunal ha variado su propia posición acerca de lo que entiende por la esfera de los derechos inherentes a la dignidad humana en materia de extranjería. En la STC 94/1993, del 22 de marzo de 1993, se admite la posibilidad de vulneración de la libre elección de residencia y circulación de los extranjeros por el territorio nacional, al tiempo que se considera el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24º como uno de esos derechos «imprescindibles para la garantía de la dignidad humana», doctrina reafirmada posteriormente en su la STC 242/1994, del 20 de julio de 1994. Pero más importante que las vacilaciones mostradas por el Tribunal, hipotecado por una concepción dogmática del art. 10º CE, es la línea que se inicia tímidamente por la misma STC 94/1993, del 29 de marzo de 1992, dictada en amparo.³²

³² En la citada Sentencia, el Tribunal, a propósito del derecho de libre circulación, echa por tierra los criterios hermenéuticos «literalistas» u «originalistas» que entendían que los derechos cuya regulación constitucional alude a los «españoles» se convertían en derechos de pura configuración legal, ya que «no es argumento bastante para considerar resuelto el problema [...] y el apartado 2 de este art. 13º sola-

Las STC 116/1993 (cf. su fj. 2), del 29 de marzo de 1993, y 242/1994 (cf. fj. 4), del 20 de julio de 1994, suponen un nuevo punto de inflexión³³. La nueva orientación del Tribunal ha venido a reforzarse en posteriores resoluciones dictadas en amparo a través de una interpretación ya más decididamente iusinternacionalista de la CE.³⁴

Con los precedentes fácticos y jurídicos mencionados, a las alturas del año 2000, es ya clamorosa la obsolescencia e ineficacia de la Ley de 1985, con su planteamiento restrictivo de los derechos de los extranjeros y su finalidad básica de control de la inmigración. Desde este punto de vista, las dos Leyes del 2000 suponen, en conjunto, una apreciable mejora respecto a la anterior normativa. La LO 4/2000, propiciadora de la regularización de decenas de miles de inmigrantes, propone básicamente una serie de medidas tendentes a lograr la integración social de estas personas mediante la facilitación de su acceso al trabajo y el reconoci-

mente reserva a los españoles la titularidad de los derechos reconocidos en el art. 23º CE [...] por consiguiente, resulta claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales, tales como residir y desplazarse libremente que recoge la Constitución en su art. 19º, apdo. 2º» Pese a que, en esta sentencia, el Tribunal sigue anclado en lo que podríamos denominar «doctrina de la garantía de la dignidad humana» que había dominado sus anteriores pronunciamientos, adelanta ahora que «la libertad del legislador al configurar los derechos de los nacionales de los distintos Estados [...] es sin duda alguna amplia, pero no es en modo alguno absoluta», de acuerdo con los art.ºs 12º y 13º del PIDCP de 1966, f. y).

³³ Ambas sentencias son complementarias en cuanto a la apreciación de la expulsión del extranjero como sanción administrativa. Lo verdaderamente significativo es que, a partir de ellas, el Tribunal reconduce a sus correctos términos la diferenciación entre la «política de extranjería» (STC 242/1994, f. 4) y los derechos de los extranjeros; y ello, precisamente, como consecuencia del examen y depuración del régimen sancionador en dos casos referidos a expulsiones. De este modo, frente a la inhibición del Tribunal en el caso que da origen a su STC 107/1984 en relación con la normativa infralegal sobre permiso de residencia, ahora, el Tribunal se pronuncia sobre las normas administrativas y de control.

³⁴ Así, el ATC 331/1997, del 3 de octubre de 1997, en la que se sigue recordando que los extranjeros carecen de un auténtico derecho a residir en España (cuestión de extranjería) y que ese dato, que se puede hacer coincidir con la idea de «políticas de inmigración», permite a la ley subordinar el permiso de residencia a determinadas condiciones. Esa conclusión se vería apoyada por sentencias posteriores (STC 24/2000, del 31 de enero del 2000) en diversos pronunciamientos del TEDH, donde si bien se subraya «[...] la amplia potestad de que disponen los poderes públicos para controlar la entrada, la residencia y la expulsión de los extranjeros en su territorio», no deja de recordarse «que los Estados europeos deben respetar los derechos humanos plasmados en el Convenio de Roma» (SSTEDH *Abdulaziz*, 28 de mayo de 1985; *Berrehab*, 21 de junio de 1988; *Motistaquini*, 18 de febrero de 1991; y *Ahnlut*, 28 de noviembre de 1996) fj. 4.

miento de un conjunto de derechos básicos. Pero la LO 8/2000, independientemente de otros aspectos criticables, supone de nuevo la vuelta a la confusión de planos y a supeditar el estatuto de los derechos a las políticas policiales.

En la LO 8/2000, en efecto, se reconoce a los extranjeros la titularidad de ciertos derechos, como los de reunión, manifestación o asociación, mientras que su ejercicio se reserva a los residentes. ¿Qué sentido tiene esa distinción entre titularidad y ejercicio de dichos derechos fundamentales?. Desde el punto de vista de la integridad de los derechos constitucionales, esa distinción no tiene, en mi opinión, ningún sentido constitucionalmente inteligible. Atribuir la titularidad de un derecho e impedir, al tiempo, su ejercicio a toda una categoría de personas consideradas por la ley extranjeros irregulares o ilegales significa una negación del derecho mismo, pues, en estas condiciones, el derecho simplemente no existe. No se trata, por tanto, de una discusión sobre los límites del legislador en su capacidad para configurar, regular, desarrollar o restringir determinados derechos, categorías que merecerían una pormenorizada acotación, sino de la ablación misma del derecho por la vía de despojar a ciertos extranjeros de su ejercicio. Tampoco se trata de que la ley pueda establecer condiciones para el ejercicio de un determinado derecho fundamental, supuesto admisible dentro de ciertos límites, sino, cuestión bien distinta, de negar la capacidad de ejercerlos con carácter general, a resultas de una decisión administrativa de carácter discrecional.

En su actividad reguladora del ejercicio de los derechos y libertades, si bien la ley democráticamente establecida goza de una presunción de validez y ello es un criterio fundamental a tener en cuenta en el proceso de ponderación entre derechos, está también obligada por su vinculación efectiva a los derechos fundamentales —art.ºs 9.1 y 53.1 CE, y STC 159/1986: «la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre el mismo» (*inter alia*)— y solo le está permitido desarrollar o regular estos dentro de un campo constitucionalmente acotado que, sin pretensiones de jerarquización, está armado en la materia que contemplamos sobre los siguientes supuestos: a) el art. 10.1 CE, que considera la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social; b) los art.ºs 10.2 y 96 CE, en virtud de los cuales, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Decla-

ración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.; y c) la garantía del contenido esencial establecida en el art. 53.1.

Por lo que se refiere a la vinculación del legislador a lo establecido en los art.ºs 96 y 10. 2 CE, hay que recordar que tanto la DUDH como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 20º de la DUDH, y 21º y 22º del Pacto), al formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, constituyen obligados criterios de interpretación y aplicación. En ambos cuerpos legales, se reconoce los derechos de reunión, manifestación y asociación «a toda persona» sin distinción alguna por razón de nacionalidad (el art. 2.1. DUDH establece que «toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza [...], origen nacional»). Ello, unido a la literalidad (STC 115/1987, fjs. 2º y 3º) de los preceptos constitucionales (los art.ºs 21º y 27º CE emplean una fórmula absolutamente impersonal: «Se reconoce [...]»; y el propio art. 13 CE, del cual, en el debate constituyente, se eliminó la referencia a que esos derechos constitucionales pertenecían solo a los extranjeros residentes) impide que se pueda privar a los extranjeros de los mismos.

Ello enlaza directamente con la otra vinculación impuesta al legislador en esta materia: la garantía o cláusula de respeto del contenido esencial de los derechos y libertades contenida en el art. 53.1 CE. No parece necesario que dediquemos a este apartado una atención especial, pues ha sido objeto de tratamiento exhaustivo por la doctrina científica y constitucional.³⁵ Es suficiente señalar, como ya tuvo ocasión de afirmar el TC con ocasión de la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos de la LO 7/1985, que «el art. 13.1 de la Constitución reconoce al le-

³⁵ Lejos de sujetarse en su actividad a la cláusula de respeto del contenido esencial, el legislador, al exigir la previa autorización administrativa de estancia o residencia para el ejercicio de los citados derechos, además de confundir medidas de política de extranjería con el ejercicio de derechos constitucionalmente reconocidos a los extranjeros, como hemos indicado, lo que produce es la negación de los mismos y, con ello, de su contenido esencial, ya que, de acuerdo con la doctrina pacífica y consolidada al respecto, por contenido esencial hay que entender aquella parte del contenido del derecho «*que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho resulten real, concreta y definitivamente protegidos*. Como señala asimismo el Tribunal (entre otras, STC 11/1981, fj. 8; STC 37/1987, fj. 2; STC 196/1987, fj. 5, etc.) «*se rebasa o desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección*.»

gislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando este ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros [...]. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales» (STC 115/1987, fj. y). Es evidente que la doctrina expuesta ha sido ignorada por la LO 8/2000 que se sitúa al margen de los mandatos constitucionales, y ello no solo en relación con los derechos de reunión, manifestación y asociación sino, también, con los de sindicación y huelga.

A propósito de esa distinción entre titularidad y ejercicio de un derecho constitucional, la terminología empleada en la LO 8/2000 da pie a un breve comentario. A diferencia de las precedentes leyes de extranjería —así el art. 7º de la LO 7/1985 («Los extranjeros podrán ejercitar el derecho de reunión [...]» o la LO 4/2000— o de los propios preceptos de la Constitución que reconocen los derechos constitucionales de reunión, manifestación y reunión a los extranjeros (art. 13.1: «Los extranjeros [...] gozarán...»), las expresiones que la LE emplea impropiaemente («Los extranjeros» —dice la vigente LE— «tendrán el derecho [...] que podrán ejercitar...») parecen querer subrayar un significado particularmente patrimonialista de los mismos, como si la referencia que se tomara fuera la del derecho de propiedad. Pero si bien en relación con el derecho de propiedad, como en relación con otros derechos patrimoniales, resulta permisible operar la separación entre titularidad y disfrute, esa distinción no cabe predicarla de los derechos constitucionales del tipo de los aquí considerados. Carece de sentido hablar, por ejemplo, de un derecho de nuda reunión o de nuda asociación. Sin necesidad de apelar a la pluralidad de doctrinas sobre la naturaleza de los derechos fundamentales, hay que decir que en el caso de estos, titularidad y ejercicio se encuentran indisolublemente unidos. Reconocer la una sin permitir el otro implica, como hemos dicho, la negación misma de los derechos que expresamente vienen reconocidos en el art. 13.1 CE a los extranjeros. Pero bien mirado, la estrambótica separación que el legislador introduce entre titularidad y ejercicio, sometiendo este último a requisitos que no están al alcance del extranjero cumplimentar, se asemeja a la vieja distinción civil-romanista entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, que, apli-

cada a este supuesto, vendría a mostrar la consideración que al legislador merece la situación de los inmigrantes irregulares: la de personas asimiladas a incapaces, menores y dementes, y, en todo caso, personas a las que el ordenamiento jurídico de un estado social y democrático de derecho no reconoce todavía la plena emancipación. Esta es precisamente la cuestión: al privar a los extranjeros irregulares de determinados derechos fundamentales no solo rompe la trabazón íntima que todo el sistema de derechos implica —salvo las excepciones que la propia constitución contiene—, privando a los extranjeros irregulares de los medios para reivindicar y sostener su estatus, sino que se convierte en una agresión potencial para los derechos de todos los ciudadanos.

Podríamos preguntarnos, a la vista de las evidencias de inconstitucionalidad que muestra la LE, por qué el legislador se ha arriesgado a exponer un flanco tan claro a la crítica, que, muy probablemente, llevará en su día a la depuración de la norma por el TC. Se podría pensar que el legislador incurre, inconscientemente, en una inconveniente confusión de planos, entre política de extranjería y garantía de derechos, acariciando la idea de que es posible volver impunemente a la situación de 1985; pero no olvidemos que el legislador no es, de hecho, tan inconsciente, sino que, en un Estado democrático, no hace sino traducir en términos normativos una determinada política.