

**UNIVERSIDAD DE GRANADA
FACULTAD DE DERECHO**

DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

**LA POLÍTICA DE ADMISIÓN DE EXTRANJEROS
INMIGRANTES EN EL DERECHO ESPAÑOL Y SUS
REPERCUSIONES ÉTICO-POLÍTICAS
UNA EXPRESIÓN DE LA CULTURA DEL CONTROL Y DE LA
LÓGICA DEL PRAGMATISMO**

Tesis presentada por D. Francisco Manuel Barrera López

**Dirigida por los profesores Dres.
D^a Mercedes Moya Escudero y
D. Mariano Maresca García-Esteller**

**GRANADA
2008**

Editor: Editorial de la Universidad de Granada
Autor: Francisco Manuel Barrera López
D.L.: GR. 1799-2009
ISBN: 978-84-692-1333-9

A mis padres Trinidad y Francisco por su ejemplo a lo largo de los años.

A mi esposa Isabel por su apoyo y abnegación.

Quien es libre, puede liberarse siempre que quiera; y tampoco es posible que una persona esté sujeta a sí misma, pues quien puede obligar, puede también liberar, y el que sólo está obligado a sí mismo, no está obligado en absoluto (Hobbes, T., Leviatán, § 2, 26).

INDICE

INTRODUCCIÓN	13
--------------------	----

PARTE I: LOS SUJETOS DE LA ADMISIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA: EJE

ESTRUCTURADOR DE LA CULTURA DEL CONTROL Y DEL DOMINIO

I. PUNTO DE PARTIDA	49
II. EL PODER DE RESERVA Y LA CULTURA DEL CONTROL Y DEL DOMINIO	54
1. La paradoja del poder soberano, símbolo de la fuerza de su Lebensraum	54
2. La emancipación del Derecho como fin en sí mismo, el punto de encuentro de la idea de selección	62
3. El <i>ius migrandi</i> , la utopía del “derecho a tener derechos”	67
4. La reactivación de la cultura represiva, una reafirmación ante el “otro”	73
5. El vaciamiento del <i>ius migrandi</i> , una expresión de poder	82
III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS	90
1. Regulación constitucional y exégesis del Tribunal Constitucional: la dignidad como criterio interpretativo	90
2. Límites a los derechos de los extranjeros en situación irregular	114
IV. EL PARADIGMA DE LA INCLUSIÓN EXCLUYENTE: LA SERVIDUMBRE JURÍDICA DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL	124
1. El refrendo iusinternacionalista del poder de admisión de los Estados	125
2. Configuración jurídico-constitucional del derecho de libre circulación y residencia. La exegética del Tribunal Constitucional.....	129

3.	La libertad de circulación y residencia comunitaria, una transposición del derecho de admisión de los Estados	137
A.	El control de entrada exterior, un mecanismo de protección de la libre circulación y residencia comunitaria.....	137
B.	La libertad de circulación y residencia comunitaria, un “privilegio” en el ejercicio de los derechos	149
V.	EL <i>IUS MIGRANDI</i> , UN DERECHO PARALIZADO EN LA FRONTERA DEL SOBERANO.....	156

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS DISTINTOS GRADOS DE REALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA: LA COMPLEJIDAD DE LA FIGURA DEL NO BENEFICIARIO DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA IDEA DE EXCLUSIÓN

I.	LA INEXISTENCIA DE UN CONCEPTO UNÍVOCO DE EXTRANJERO	167
II.	EL “BENEFICIARIO DEL DERECHO COMUNITARIO”	173
1.	La salvaguardia del nacional del propio país	173
2.	La pertenencia comunitaria y la delimitación de extranjero	178
A.	Los beneficiarios a título principal: los nacionales de Estados miembros, nacionales de Estados pertenecientes al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y nacionales suizos.....	191
B.	Los beneficiarios a título derivado: los nacionales de terceros Estados familiares de nacionales comunitarios o asimilados.....	195
C.	Una reparación legal del régimen del nacional de tercer Estado familiar de nacional español.....	208
III.	LA INEXISTENCIA DE UN ÚNICO ESTATUTO DE “NO BENEFICIARIO DEL DERECHO COMUNITARIO”	211
1.	La complejidad de esta categoría personal.....	211
2.	Asilados, refugiados, desplazados y apátridas	215

3. Las matizaciones establecidas en el acuerdo de Asociación con Turquía	224
4. Las situaciones de estancia y residencia: el marco de legalidad de los “no beneficiarios del Derecho comunitario”. El residente de larga duración en el espacio UE	229
A. La situación de estancia, un trasunto de la efímera presencia del inmigrante.....	230
B. La diversificación del estatuto de residente, entre el consentimiento y el cuestionamiento de la inclusión exclusiva.....	235
5. Los extranjeros en situación irregular, en la encrucijada de la exclusión ética y jurídica	244
IV. UNA IDEA DE EXCLUSIÓN DEUDORA DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DEL NO BENEFICIARIO DEL DERECHO COMUNITARIO.....	249

PARTE II: EL PEAJE DE LA ADMISIÓN

CAPÍTULO TERCERO

LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA ENTRADA Y SALIDA COMO SÍMBOLOS DE LA LÓGICA DE LA EXCLUSIÓN: EL VISADO Y LA READMISIÓN, PUNTO DE ENCUENTRO DE LA CLAUSURA ANTE EL OTRO

I. INTRODUCCIÓN.....	263
II. LA FRONTERA, UN ESPACIO DE SÍNTESIS DE LA SELECCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ENTRADA COMO MECANISMO SELECTIVO.....	265
III. EL VISADO, UN INSTRUMENTO CENTRAL EN LA POLÍTICA SELECTIVA	281
1. El visado como símbolo del poder de admisión de los Estados: la “frontera” de la pertenencia en el propio país de origen	281
2. El visado, una apología de la discrecionalidad.....	296

IV. READMISIÓN EN ORIGEN, LA POSTRERA EXPRESIÓN DEL PODER DE ADMISIÓN	307
1. Delimitación de conceptos	310
2. La política comunitaria de retorno: la “ <i>criminalización</i> ” del irregular y la “Directiva de la desprotección”	316
3. Los instrumentos convencionales de readmisión concluidos por España y terceros países.....	333
4. El readmitido, el gran damnificado en la encrucijada de la política inmigratoria	340

CAPÍTULO CUARTO

EL MERCADO LABORAL Y LOS LAZOS FAMILIARES COMO CRITERIOS MATERIALES DE SELECCIÓN DE LOS INMIGRANTES

I. EL CRITERIO LABORAL: LA CONVERGENCIA DE LOS DISCURSOS DE LA SEGURIDAD Y EL PRAGMATISMO	347
1. Proyección ético-normativa de los criterios materiales de admisión: un avance	347
2. El inmigrante económico en el intersticio del dilema seguridad-necesidad	351
A. La autorización para trabajar, un acto de tolerancia.....	351
B. La “situación nacional de empleo”, una expresión del particularismo nacional	367
C. El contingente, el refrendo de la preferencia institucionalizada.....	379
II. LA PÉRDIDA DE AUTONOMÍA DEL CONTENIDO ÉTNICO DE LA POLÍTICA DE ADMISIÓN	391
1. Los componentes étnicos y la lógica de la ambivalencia	391
2. La simbólica expresión del derecho a trabajar contenida en los Convenios de doble nacionalidad	397
3. La desconsideración de la cualificación profesional del extranjero inmigrante.....	402
4. La incorporación a las Fuerzas Armadas, ¿un reconocimiento de los vínculos culturales o una necesidad?.....	407
IV. EL VÍNCULO FAMILIAR, UN CRITERIO COMPLEMENTARIO DEL LABORAL	411

1. El derecho a la vida en familia en la trama de la sospecha ante el “otro”	411
2. Una calificación de familiar bajo mínimos	418
3. La dependencia de la autonomía personal, un reflejo del impedimento a la integración	428
V. NECESIDAD DE REACTIVACIÓN DEL DEBATE	432

CAPÍTULO QUINTO

LA INVISIBILIDAD JURÍDICA DEL EXTRANJERO INMIGRANTE: EL UMBRAL DE INDIFERENCIA HACIA EL OTRO

I. NOTAS PRELIMINARES.....	441
II. LA INDIFERENCIA ÉTICA EN EL FRONTISPICIO DE LA OPCIÓN SELECTIVA	446
1. El ser migrante en la encrucijada del <i>ius migrandi</i> y la indefinición identitaria.....	446
2. La pérdida de valor ético de los vínculos en la sociedad receptora	449
III. LA CARENCIA ÉTICA DE LA POLÍTICA NORMATIVA EN MATERIA DE ARRAIGO	460
1. La inestabilidad del concepto de arraigo	460
2. La regularización colectiva, el utilitarismo de la conciencia humanitaria	468
A. La normalización como proceso de ida y vuelta	470
B. Del universo neocolonial a una libertad incierta	483
3. La selección individualizada del irregular: el arraigo en la zona de indiferencia de la excepción	494
A. El arraigo laboral	499
B. El arraigo social y familiar, una continuación de la presencia del arraigo laboral.....	502
4. Ser y no ser del arraigo jurídico en el itinerario hacia la legalidad	514
IV. LA INEJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE DEVOLUCIÓN Y EXPULSIÓN: LA CRONIFICACIÓN DE LA INVISIBILIDAD JURÍDICA	524

1. El “irregular”, reo de la complementación entre política criminal y de extranjería.....	526
2. La parálisis del arraigo por inejecución de las medidas administrativas de expulsión o devolución.....	540
3. La práctica judicial sobre las raíces familiares y sociales, ¿una reparación moral?.....	548
CONCLUSIONES. EL FIN JUSTIFICA LOS MEDIOS	559
BIBLIOGRAFÍA	577

INTRODUCCIÓN



La inmigración, una fenomenología que acompaña a la naturaleza humana desde sus orígenes, se ha convertido en los inicios del tercer milenio en el signo de los tiempos. Por mucho que se perciba mayoritariamente como “el gran problema del siglo XXI”, ante todo es una “situación de hecho estructural” que debe ser abordada con creatividad, justicia y eficacia¹. Quizá estemos ante la realidad social que más decididamente transformará los elementos definitorios de las sociedades europeas a medio y largo plazo². En las sociedades del bienestar, el fenómeno de la inmigración adopta una fisonomía compleja y diferenciada con referencia a anteriores estadios históricos³. Indudablemente, en todo proceso de movilidad humana, la motivación que un ser humano tiene para emprender el difícil y desalentador camino del desarraigo de su comunidad de origen no resulta tan evidente como pueda parecer en un principio, entremezclándose circunstancias que trascienden las puras razones materiales⁴.

Junto a las causas económicas estructurales, que siguen siendo determinantes, hay otras para emprender una ruta que tiene fecha de salida pero que no tiene término de

¹ Giménez Romero, C., *Qué es la inmigración: ¿problema u oportunidad?, ¿cómo lograr la integración de los inmigrantes?, multiculturalismo o interculturalidad?*, Barcelona, 2003, pp. 31-32. En la inmigración como cuestión social, no como problema político, insisten además, por todos, Goytisolo, J., y Naïr, S., *El peaje de la vida: integración o rechazo de la emigración en España*, Madrid, 2001, p. 137; Blázquez Ruiz, F., J., “Derechos humanos, inmigración, integración: propuestas y reflexiones desde el ámbito de la filosofía política y jurídica”, en Zamora, J., A. (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración. Primeras Jornadas sobre ciudadanía, multiculturalidad e inmigración* organizadas por el Foro “Ignacio Ellacuría” Solidaridad y Cristianismo, Estella, 2003, p. 93.

² Los movimientos de población cuestionan el núcleo del vínculo social, de la relación de identidad de uno mismo con los demás, de uno consigo mismo. Naïr, S., *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona, 2006, p. 27.

³ Un análisis del modo en que los procesos de integración global y transformación social están cambiando las condiciones y la política de la inmigración en estos inicios de siglo en Castles, S., “Globalización e inmigración”, en Aubarell, G., y Zapata Barrero, R. (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, 2004, p. 33 y ss; véase también Santamaría Lorenzo, E., “Imaginación sociológica y migraciones transnacionales”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, 2002, p. 378.

⁴ Un estudio detallado de las distintas teorías sociológicas explicativas de las migraciones en López Sala, A., M., *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Barcelona, 2005; Hollifield, J., The politics of international migration. How can we ‘bring the State back in?’” en Brettell, C., B., y Hollifield, J., F. (edit.), *Migration Theory, Talking across disciplines*, Nueva York, Londres, pp. 165-173; Fischer, P., A., Martin, R., Straubhaar, T., “Should I stay or should I go?”, en Hammar, T., ...[et al.] (edit.), *International migration, immobility and development. Multidisciplinary perspectives*, Oxford, Nueva York, 1997, pp. 49-90. En el plano empírico, el 22 de mayo de 2008 el INE publicó el avance de resultados de la estadística nacional de inmigrantes del año 2007 en la que se recoge un muestreo interesante de porcentajes, entre ellos los inmigrantes por edad y sexo según motivos de traslado a España. Nota de prensa [consulta realizada el 30 de junio de 2008], disponible en <http://www.ine.es/prensa/np499.pdf>.

caducidad⁵. El “itinerario” que emprende el migrante supone el intento más desesperado de adecuación a nuevas formas de vida⁶. Como indicara Castles, “la migración no es un simple acto de cruce de fronteras, es un proceso largo que afecta a aspectos de la existencia del inmigrante [...] y esa noción debería ser considerada como un principio epistemológico básico, punto de partida para cualquier estudio de la migración [...]”⁷.

En estas coordenadas, el vasto flujo migratorio sur-norte es un movimiento que forma parte del amplio fenómeno de la globalización⁸. Como indica Estévez Araujo, “la deriva global aparece como elemento causal y no como efecto de la pobreza, con lo que “no es que la pobreza se globalice, sino que la globalización neoliberal está haciendo que aumente la pobreza en el nivel mundial”⁹. La globalización de nuestro tiempo ha dado un perfil peculiar al movimiento de personas y ha agravado las diferencias socioeconómicas, no sólo a escala mundial sino dentro de cada país, modulando la nueva figura del “migrante global” de nuestros días¹⁰. Este cambio de ciclo se produce mientras avanzamos

⁵ Entre ellas, Miquel Novajra, A., incluye la interiorización de valores generados en los sistemas de los países centrales, con especial impacto de la imagen que lanzan los *mass media* en destino. En un ejercicio de autoafirmación, el inmigrante también piensa que tiene derecho a disfrutar de las ventajas, el derecho a recuperar lo que le quitaron, a conseguir lo que le niegan. “La negación de la ciudadanía: movimientos migratorios y extranjería”, en Riutort, B. (coord.), *Indagaciones sobre la ciudadanía. Transformaciones en la era global*, Barcelona, 2007, p. 273.

⁶ En cierto modo, la forma de vida es equiparable al término *ética* tal y como es usado por Habermas, J. Las concepciones de la vida buena o de la vida no malograda desde la perspectiva de autocomprensión de los proyectos de grupos particulares. *La inclusión del otro. Estudios de teoría Política*, Barcelona, 1999, p. 203.

⁷ Castles, S., *Ethnicity and globalization. From migrant worker to transnational citizen*, Londres-Nueva Delhi- Thousand Oaks, 2000, p. 16.

⁸ Los flujos migratorios, hoy en día, son un rasgo estructural-sistémico del orden mundial que impone el modelo de globalización dominante. De Lucas Martín, F., J., “Globalización, migraciones y derechos humanos. La inmigración, como *res política*”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado al Seminario *Los emigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración, participación y derechos humanos. (Valencia, 27, 28 y 29 de octubre de 2004)*, disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_10.htm, p. 1. Un análisis de las contradicciones entre el nuevo orden global y el fenómeno migratorio en Massey, D., S. y Taylor, J., E., “Back to the future: immigration research, immigration policy, and globalization in the twenty-first century”, en Massey, D., S. y Taylor, J., E. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, Oxford, 2004, p. 373 y ss; Hobsbawm, E., “Ethnicity, migration, and the validity of the Nation-State”, en *Toward a Global Civil Society*, Walzer, M. (edit.), Oxford, 2002, pp. 235-240. Además, hay que tener en cuenta el carácter complejo del fenómeno de la globalización, no sólo relacionado con la creación de sistemas a gran escala, sino con las transformaciones del contexto de la experiencia social, por todos, Beck, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Barcelona, 1998, p. 37 y ss.

⁹ Estévez Araujo, J., A., “Ciudadanía cosmopolita versus globalización neoliberal”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 291.

¹⁰ La intensificación de la globalización económica y el aumento de la precariedad laboral, social y jurídica de las personas inmigradas es puesta de relieve, entre otros, por Aparicio Wilhemi, M., “Los derechos sociales de las personas inmigradas en España”, en *Revista Estudios socio-jurídicos*, vol. 9, nº 1, 2007, pp. 71-72.

muy rápidamente hacia un mercado globalizado, pero no liberalizado en lo que se refiere a libre circulación y prestación de servicios de los trabajadores¹¹. El fenómeno migratorio es fiel trasunto del desequilibrio de reparto de riqueza que se está produciendo en la sociedad internacional. El orden global no es ajeno a la despersonalización de las relaciones productivas que “aparentan ser realizables sin la mediación de las relaciones sociales y, por consiguiente, sin producir y reproducir simultáneamente la comunidad de las formas de vida en cuyo seno las prácticas productivas semejaban algún sentido”¹². Un buen ejemplo es la influencia de los factores socioeconómicos en el perfil de las políticas de inmigración¹³. Estas políticas, de forma general, contemplan al inmigrante como una exigencia del mercado laboral, no como un individuo con sus necesidades y derechos¹⁴.

Como apuntábamos al inicio, ciertamente se puede refutar que los procesos de migración han existido en todas las épocas históricas y que en estas coordenadas no constituyen una excepción¹⁵. Ahora bien, existen tres *caracteres* que proporcionan su actual fisonomía al irrefrenable desplazamiento de personas en los inicios de milenio.

Por una parte, la *intensificación* de estos movimientos es consecuencia de los más perniciosos efectos derivados de la globalización: los índices de pobreza o infradesarrollo alcanzan límites insoportables en un mundo donde los bienes y recursos están en manos de los centros mundiales de poder. Como ponen de relieve Castles y Davidson “un aspecto central de la globalización ha sido el rápido incremento de la movilización de personas”¹⁶.

¹¹ Ruiz Castillo, M., del M., “Marco legal de la inmigración en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Social*, nº 21, 2003, p. 31. Todo ello, en el contexto más amplio de lo que Bauman denomina “modernidad líquida” donde se disuelven los vínculos entre elecciones individuales y proyectos, por un lado, y acciones colectivas, por otro. Bauman, Z., *Modernidad líquida*, Buenos Aires, 2006, pp. 11-12.

¹² Barcellona, P., “El vaciamiento del sujeto y el regreso del racismo”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 117.

¹³ Véase Meyers, E., *International immigration Policy. A Theoretical and comparative analysis*, Nueva York, 2004 [consulta realizada el 25 de febrero de 2008], disponible en http://adrastea.ugr.es/search*spi/?ameyers/ameyers/1%2C36%2C56%2CB/frameset&FF=ameyers+eytan&1%2C1%2C (acceso restringido), p. 10 y 17 y ss.

¹⁴ Cfr. Martínez de Pisón Cavero, J., M., “Ciudadanía e Inmigración”, en Bernuz Benítez, M., J., y Susín Betrán, R. (coord.), *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, Logroño, 2003, p. 85.

¹⁵ La interrelación entre procesos transnacionales y política de inmigración en Sassen, S., *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización?*, Barcelona, 2001, p. 87 y ss.

¹⁶ Castles, S., y Davidson, A., *Citizenship and migration. Globalization and the politics of belonging*, Nueva York, 2000, p. 54.

Entre los muchos efectos de la nueva política global hay que destacar, por su relevancia en materia de admisión, la universalización del migrante que huye del subdesarrollo estructural. La globalización se ha convertido en la onerosa aliada del desarraigo que sufre la multitud de personas que se ven abocadas a la movilidad geográfica transnacional¹⁷. Desgraciadamente, la globalización ha impuesto un modelo de flujos personales en el que “las fronteras se abaten para unos y se alzan más fuertes para otros”¹⁸. Estamos en la era de la vertiginosidad de los flujos de personas, ante un “espacio de flujos”, más que un “espacio de lugares”¹⁹.

En segundo término, se ha producido una evolución significativa hacia un tipo de *desplazamiento no reglado*. Una de las consecuencias más penosas de los movimientos migratorios en estos últimos años es la aparición del grupo de personas *sin* (sin papeles, domicilio, trabajo, derechos), sector social que refleja el nuevo *lumpemproletariado* con todas las secuelas inherentes de marginalidad y pauperización²⁰. Estos candidatos a exteriorizarse “han cancelado o perdido su identidad personal, el mínimo de protección de su pertenencia precedente, son los que se vuelven oficialmente invisibles e inencontrables”²¹. En el proceso de globalización no existen términos medios²². La demanda de mano de obra foránea, una fuente de riqueza para las sociedades receptoras, tiene un lado sombrío: la tentación de todo inmigrante de cruzar la “línea” que separa el mundo del no-mundo, en sentido metafórico, lo que se reconoce como existente de lo que no existe para las sociedades de acogida. Sin duda, asistimos al reverso trágico de un

¹⁷ Novajra insiste en que la novedad es la extensión y generalización de sus efectos y la fragmentación de los grupos e individuos a los que afecta. “La negación de la ciudadanía: movimientos migratorios y extranjería”, *op. cit.*, p. 246.

¹⁸ De Lucas Martín, F., J., “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en Miraut Martín, L., (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, 2004, p. 18.

¹⁹ Castells, M., citado por Castles, S., “Globalización y transnacionalismo. Implicaciones para la incorporación de inmigrantes y para la ciudadanía”, en *Revista de Occidente* nº 268, (Ejemplar dedicado a: Inmigración. La ruptura de las fronteras), 2003, p. 25.

²⁰ El inmigrante como “lumpenproletario” y la crítica a este concepto en Castles, *Ethnicity and globalization. From migrant worker to transnational citizen, op. cit.*, p. 35.

²¹ Bodei, R., “Los sin patria”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 153.

²² La globalización ha creado nuevas formas de vulnerabilidad, tanto como nueva suerte de riqueza y poder. Jordan, B., y Düvell, F., *Migration. The boundaries of Equality and Justice*, Cambridge, 2003, p. 127. Cfr. asimismo Castells, M., “Globalización, Estado y sociedad civil: el nuevo contexto histórico de los derechos humanos”, en *Isegoría*, nº 22, septiembre de 2000, p. 6; Habermas, J., *Más allá del Estado nacional*, Madrid, 1997, p. 175.

estadio de la humanidad inexorable como es la *desubicación* espacial de las relaciones y la despersonalización, sin que pueda ser reconducido a límites de justicia material²³.

La conversión del espacio europeo en un espacio migratorio con entidad propia se ha visto acompañado de un nuevo tipo de migrante, que escapa a cualquier cauce legal de entrada, y que constituye lo que Okólski denomina “incomplete migrants”, caracterizado por tres rasgos fundamentales: 1) la pérdida de un estatus social en el país de origen; 2) la irregularidad de estatus y de trabajo en el país de destino; 3) el mantenimiento de lazos con su gente más cercana²⁴. Y es que la invisibilidad del migrante terminará por ser directamente proporcional a la demanda de la sociedad de destino²⁵.

Por último, se ha producido un *cambio de sentido del flujo* geoestratégico. Antes la migración se sustentaba en la *huida* desde la secular metrópoli hacia los países de nueva creación (antiguas colonias). Hoy en día, con excepciones, la reversión prioritaria es de la periferia hacia los países desarrollados. Este giro histórico es producto, en gran medida, de una política poscolonialista de los países del primer mundo, más preocupada por la preservación de sus Estados de bienestar que por la promoción decidida y efectiva del desarrollo socioeconómico y la estabilidad política interna de los Estados independizados el siglo pasado²⁶.

En la era de la “mundialización”, se está produciendo una gran paradoja. Mientras se reclama mano de obra extranjera para cubrir aquellos puestos de trabajo que los nacionales

²³ Precisamente, el incremento del desplazamiento físico de las personas a través de las fronteras estatales es una de las principales evidencias empíricas que causan precisamente esta necesidad de reconsiderar los vínculos entre el mercado, la inmigración y la justicia. Zapata Barrero, R., “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, en *Reis. Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 90, 2000, p. 160.

²⁴ Okólski, M., “The effects of political and economic transition on international migration in central and eastern Europe”, en Massey, D., S., y Taylor, J., E. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, Oxford, 2004, pp. 43-44.

²⁵ “Los movimientos son más clandestinos y espontáneos [...]. Algunos migrantes entran en los países de destino como turistas o estudiantes y más tarde trabajan sin cambiar su estatus”. Adepoju, A., “Trends in international migration in and from Africa”, en Massey, D., S., y Taylor, J., E. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, Oxford, 2004, p. 70.

²⁶ A nivel de la ONU, véase el comentario al diálogo del grupo de alto nivel sobre migración y desarrollo en Martin, P., Martin, S., Cross, S., “High-level dialogue on migration and development”, en *International migration*, vol. 45 (1), Oxford, 2007, pp. 7-24.

no han ocupado o no quieren ocupar, se pone en funcionamiento todo un sistema restrictivo de libre circulación de personas que es una proyección de la desconfianza de las sociedades de acogida hacia el “otro”. De este modo, las migraciones pasan a ser descritas y analizadas como un problema que afecta a la seguridad de los Estados. De ahí que las respuestas lo sean principalmente en clave policial²⁷.

La creciente consideración de la presencia de la población inmigrante como problema social lo ha elevado a la categoría de objeto y sujeto de intervención por parte de las políticas públicas²⁸. El carácter “desesperado” de las nuevas migraciones explica que las políticas de admisión sean muy selectivas, pues no se trata de admitir a todo aquel que ofrece su fuerza de trabajo sino de incorporar sólo al que se necesita y por el tiempo que se necesite²⁹. Las naciones-Estado intentan reglamentar la entrada de estos flujos mediante acuerdos con terceros países, medidas administrativas (cupos, políticas de contratación laboral en origen, etc.), etc.³⁰ Sin embargo, la lucha por una vida en mejores circunstancias es tan acuciante que no entiende de fronteras, de legalidad³¹. Por ello, el éxodo es inexorable e incontrolable de forma efectiva por los Estados³². Se plantean así, ante todo,

²⁷ Martínez de Pisón Cavero, J. M., “¿Tienen derechos los inmigrantes?, Derechos humanos y procesos migratorios: paradojas y posibilidades”, Jornadas sobre los inmigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración y derechos. Universidad de Valencia, 29 de octubre de 2004, *Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 10, 2004 [consulta realizada el 16 de marzo de 2006], disponible en <http://www.uv.es/CEFD/10/pisondos.pdf>, p. 2.

²⁸ Agrela Romero, B., “De fundamentalismos institucionales y discursos culturalistas : la construcción de otredades en la política de inmigración española”, García Castaño, F. J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, 2002, p. 410.

²⁹ La preocupación de la soberanía nacional para determinar que se considera migración deseada, hace que la realización de la migración se haga depender, no del hecho físico de “cruzar fronteras”, sino de quién lo haga y con qué intenciones. Massey, D., S., y Taylor, J., E., “Back to the future: immigration research, immigration policy, and globalization in the twenty-first century”, *op. cit.*, p. 383.

³⁰ Un instrumento de prevención es la cooperación con otros países de destino en orden a la armonización de los procedimientos en la materia, aunque sea difícil por las distintas prioridades y tradiciones de los Estados receptores. Monar, J., “Comprehensive migration policy, the main elements and options”, en Hailbronner, K; Martin, D; y Motomura, H. (edit.), *Immigration Admissions: the search for workable policies in Germany and the United States*, Oxford, 1997, p. 70.

³¹ La inhabilidad de los Estados para controlar los flujos migratorios invita a la conclusión del carácter incontrolable y del coste de los flujos que se sostienen en causas sociales y económicas, como los actuales. Bean, F., D., y Spener, D., A., “Controlling International migration through enforcement : the case of the United States”, en Massey, D., S., y Taylor, J., E. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, Oxford, 2004, p. 352.

³² Como subrayara Sassen, “la inmigración pone a prueba el nuevo orden”, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, *op. cit.*, p. 73.

“tensiones e interrogantes que afectan con profundidad al sentimiento y a las razones de pertenencia a una comunidad política específica”³³.

Las sociedades occidentales europeas, entre ellas la española, se están transformando a pasos agigantados en los últimos años en comunidades multiculturales, con un gran peso de la población inmigrante³⁴. Sin darnos cuenta, se está produciendo una “revolución” silenciosa, una sutil pero constante amalgama de personas de distinto origen cultural y étnico que introducen nuevas preocupaciones y nuevos retos y ante los que el conjunto de la sociedad civil tiene el deber moral de no permanecer indiferente. Los países del sur de Europa, tradicionalmente sociedades de emigración, se han convertido en pocos años en demandantes de mano de obra inmigrante, en un contexto de absoluta “deificación” de la más extrema liberalización de mercados³⁵.

Los retos y dilemas que presenta la cuestión migratoria son múltiples. La complejidad del fenómeno de la inmigración en nuestros días admite un tratamiento multidisciplinar³⁶. Todos los conceptos esenciales de la sociología y de la filosofía y ciencia política se ven afectados por esta impronta. Los elementos definitorios de los Estados modernos –los derechos de ciudadanía, la soberanía nacional y la idea de justicia– van a verse condicionados, de uno u otro modo, por esta expresión empírica. La inmigración es un hecho sociológico decisivo para articular el nuevo modelo de convivencia. La extensión

³³ Bodei, “Los sin patria”, *op. cit.*, p. 153.

³⁴ En cifras provisionales del Padrón municipal facilitadas por el INE, a 1 de enero de 2008 son ya más de 5,22 millones de extranjeros empadronados en España, el 11% de la población, en cifras del padrón a 1 de enero de 2008, de los cuales 2,1 millones son ciudadanos de la UE. Datos disponibles en www.ine.es/prensa/np503.pdf (nota de prensa del INE de 20 de junio de 2008). Los nacionales extranjeros están encabezados, por este orden, por rumanos, marroquíes y ecuatorianos, que juntos suman casi el 25% del total. España es el país europeo con mayor número de inmigrantes. Noticia disponible en www.diariosur.es de 18 de octubre de 2007. En 2005 esa cifra rondaba los 3,5 millones (el 8% del total), lo que también contrastaba con el 3,8% sobre el total existente en 2001.

³⁵ La mundialización tiende hoy a diluir el específico carácter mediterráneo de los flujos y a mezclar migraciones forzadas y migraciones económicas en la región. Wihtol de Wenden, C., “Las migraciones internacionales en el diálogo euromediterráneo”, en Aubarell, G., y Zapata Barrero, R. (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, 2004, p. 162.

³⁶ De enorme importancia en el campo científico de la teoría política y sociológica, dada la intrincada relación entre fronteras territoriales y desplazamientos humanos, pero no menos significativa en el área de conocimiento de la filosofía política, a raíz de los estudios liberales y comunitaristas de las dos últimas décadas. Dietz, G., sostiene también la importancia del encuentro entre la tradición hermenéutica y crítica de la filosofía con la emergente “antropología reflexiva”. “Del multiculturalismo a la interculturalidad: un movimiento social entre discurso disidente y praxis institucional”, en De Prado Rodríguez J. (coord.), *Diversidad cultural, identidad y ciudadanía*, Córdoba, 2001, p. 53.

mundializada de la inmigración extranjera y la ruptura de las fronteras nacionales como espacios de identificación producen un desafío. En el contexto social actual, con importantes repercusiones en el plano ético, el reto está interrelacionado con el significado del mundo de los derechos en esta nueva situación y su repercusión en la idea de ciudadanía.

El debate de la naturaleza ética de la ciudadanía del siglo XXI es una piedra angular de la filosofía política en estos inicios de milenio. Se ha discutido mucho en los últimos años sobre la necesaria reestructuración de la idea de ciudadanía en una sociedad de la que forman parte un número importante de personas que no son nacionales del propio país. El concepto de ciudadanía en nuestros Estados democráticos, ¿es capaz de aglutinar o condensar la idea de un espacio público abierto a la realidad de la convivencia o, por el contrario, sigue siendo un reflejo impenitente de la categoría de la nacionalidad o pertenencia a una determinada nación como vínculo jurídico-político? Desgraciadamente, una ciudadanía que está vinculada a la nacionalidad no ofrece expectativas de una completa realización de derechos de todos sus miembros en las circunstancias actuales, principalmente porque sigue considerando que la participación plena en la voluntad popular es un espacio sólo del nacional del país.

En el inicio de esta investigación, nuestra inquietud intelectual se centró en el aspecto fundamental del debate ético-político sobre la inmigración: la comprensión de la discusión teórica sobre la ciudadanía y, de forma conexas, la reflexión sobre los elementos que interfieren en la plena realización de los derechos de las personas cuando no pueden ser calificadas como nacionales del propio país. En este paradigma representativo, la idea de exclusión, como enfoque regulador en las sociedades receptoras de inmigrantes, es una noción conceptual que tiene su punto de encuentro en la representación de la ciudadanía y su repercusión en los derechos. El fenómeno de la inmigración ha producido en las sociedades de destino una reafirmación de la noción de ciudadanía dando una nueva morfología a la idea de exclusión. Estos tres conceptos constituyen uno de los ejes centrales de la cuestión social de nuestro tiempo. La llegada de extranjeros inmigrantes ha supuesto la excusa perfecta para el desarrollo de una “ciudadanía” fragmentada, una ciudadanía en donde distinción y discriminación son difícilmente discernibles³⁷.

³⁷ En sentido estricto, más bien deberíamos hablar de una única ciudadanía (la que es indisoluble de la nacionalidad porque es la única hasta el momento que garantiza la plena participación pública) y una *preciudadanía* (en la que se englobaría todo el resto de situaciones legales).

En una investigación como la que se empezaba a estructurar, había que delimitar la metodología y el ámbito de investigación material para eludir el riesgo de terminar ofreciendo un resultado impreciso y de difícil comprensión práctica. Desde el primer momento, teníamos claro que la ausencia de una situación de partida empírica y la excesiva abstracción debilitaría cualquier argumentación. Era necesario dar un paso más y concretar el ámbito material inicial para aquilatar nuestro razonamiento. En este sentido, en primer lugar entendimos que las implicaciones ético-normativas que se infieren de la política normativa de *admisión* de los extranjeros inmigrantes en la sociedad de acogida constituye la génesis explicativa de cualquier investigación posterior que pretenda desarrollarse sobre las ideas de exclusión, ciudadanía y los derechos³⁸. De todas formas, reconocemos que esta aportación, en último término, podrá ser completada por otros estudios multidisciplinares e interrelacionados como la sociología y la antropología social que constituyen en su conjunto la denominada “política de inmigración”³⁹. En segundo lugar, en nuestra opinión, la admisión no había recibido un detenido y sistemático tratamiento científico. Son muchos los artículos, los comentarios, las aportaciones en obras colectivas, etc., que tratan sobre este perfil temático de la política de extranjería en general, como se irá observando a lo largo de este trabajo, pero se echa en falta una obra monográfica que aborde, con un enfoque metodológico filosófico-político, el análisis material y sistemático de la política normativa de admisión y su efecto en la realización de los derechos de los extranjeros inmigrantes, que profundice en la urdimbre del ordenamiento de extranjería para aportar algunas reflexiones ético-políticas.

Precisamente, desde un punto de vista metodológico, como primer estadio, iniciamos un estudio minucioso del ordenamiento interno de extranjería y de la jurisprudencia

³⁸ Dejando claro desde el principio que la permanencia y una posible adquisición de la nacionalidad y sus repercusiones en la idea de ciudadanía no son cuestiones principales de nuestro estudio. La admisión da las claves iniciales para la comprensión de cualquier idea de ciudadanía, pero el análisis especular de esta noción en la sociedad española en concreto, por su extensión tendría que ser objeto de otro trabajo de investigación.

³⁹ La política normativa de acceso de los inmigrantes podía ser analizada desde múltiples perspectivas científicas. Hay que tener en cuenta además que las políticas de inmigración son complejas y contradictorias por la cantidad de intereses irreconciliables (control de trabajadores migrantes; repatriación, gestión de problemas en el nivel municipal, cuestiones de orden público, integración de minorías [...]). Por todos, Sagarra Trías, E., “Factores condicionantes de una política española de inmigración”, en Álvarez Rodríguez, A., ...[et al.], *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, 1994, p. 112. La política migratoria es una esfera de intervención pública en continuo cambio, en donde confluyen intereses diversos y contrapuestos entre distintas redes de actores y donde se destilan determinados entendimientos sobre la comunidad nacional. López Sala, A., M., “Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 27, julio, 2006, pp. 71-72.

constitucional, completando este análisis con la lectura de diversos artículos doctrinales sobre las diferentes y complejas situaciones legales en las que puede encontrarse un extranjero inmigrante en España. Entendíamos que sin esas prospecciones no sería nada fácil adentrarnos en nuestro objeto material de estudio y menos aún legitimar nuestro discurso. Partiendo del estadio preliminar jurídico-positivo, empezamos a plantearnos una serie de interrogantes. Sin duda, la más significativa fue la que conectaba la admisión del extranjero inmigrante con el alcance real de sus derechos en general, y con la libertad de circulación y residencia en particular, por representar ésta última la clave del ejercicio del resto de derechos. En concreto, llegamos a una primera conclusión: la exclusión es especialmente relevante en el estadio de la admisión⁴⁰. La idea de exclusión está muy presente, bajo la fórmula de la selección, en las reglas jurídicas relativas a la admisión de las personas extranjeras⁴¹.

En este sentido, consideramos la relación entre extranjería e inmigración como pilar fundamental de la reflexión ética que pretendíamos abordar⁴². La inmigración como hecho empírico plantea, desde el punto de vista jurídico, una cuestión compleja. La relación entre inmigración y Derecho de extranjería, o lo que es lo mismo, la conexión entre realidad social y estatuto jurídico supone un reto democrático para el Estado constitucional contemporáneo. Partimos de una premisa: el concepto de extranjería es la translación jurídica de la noción de inmigración, de matiz más sociológico y político.

La citada relación se está constituyendo en la clave de la legitimación de los sistemas jurídicos nacionales, hasta el punto de que incluso podríamos aventurarnos a decir que la credibilidad del Estado-nación, como mecanismo de articulación social, no puede sino

⁴⁰ En este modesto intento de búsqueda de elementos cognitivos que coadyuven a la comprensión del sentido selectivo que impregna el ordenamiento interno de extranjería, nos valemos de una perspectiva fundamentalmente inductiva, pero que rehúsa de la categorización de las construcciones abstractas. Esta metodología quiere ser dinámica y apóstata de toda dogmática conceptual, dando categoría metodológica al proceso de intensa e inacabada interacción entre experiencias jurídicas y proyección ética como enfoque científico enriquecedor del discurso.

⁴¹ Hay que advertir que este sector jurídico se caracteriza por su complejidad e inestabilidad. Las reformas legales y reglamentarias, tanto a nivel interno como comunitario, además de ser profusas, se han sucedido sin solución de continuidad, especialmente en los últimos ocho años, lo que ha dificultado aún más el estudio realizado.

⁴² Somos conscientes, como recuerda Esteban de la Rosa, G., que el fenómeno de la inmigración es mucho más amplio que la propia noción de extranjero. “Inmigración y Derecho de extranjería”, en *Revista de estudios jurídicos*, nº 6, 2005 (número monográfico dedicado a la crisis del Estado-nación: el fenómeno supranacional y autonómico), p. 37.

venir de la mano de la respuesta del ordenamiento jurídico en la realización de los derechos de los extranjeros⁴³. El debate está y seguirá estando abierto a corto y medio plazo, tanto desde la óptica positivista como desde la perspectiva reflexivo-teórica. Y es que, en este nuevo marco de relaciones, el discurso no puede rehuir la importancia elemental de las respuestas plausibles de un Estado que se llame democrático y constitucional de derecho, empezando como es lógico por las claves normativas⁴⁴.

La extranjería, como noción jurídica, está *a fortiori* delimitada por un conjunto complejo de normas. Este conjunto de reglas forma parte de una política que puede denominarse, con las cautelas necesarias, “de inmigración”. Una cosa hay que dejar clara desde el inicio. No deja de ser habitual, incluso en el nivel científico, que se utilicen indistintamente las expresiones “política de extranjería” y “política de inmigración”⁴⁵. Sin embargo, este uso indistinto tiene que ser ponderado con cautela ya que no poseen ámbitos materiales de actuación totalmente coincidentes, si bien es cierto que son campos temáticos que mantienen una notoria y estrecha interrelación. La relación entre Derecho e inmigración es compleja e inestable. Los fenómenos migratorios siguen siendo fenómenos sociales totales que no pueden reducirse a una dimensión unilateral. Su morfología política no es desdeñable hasta el punto de que está en el origen de la desestructuración actual de su gestión⁴⁶. La incapacidad de gestionar políticas integrales permite al Derecho adoptar una perspectiva incompleta e interesada del fenómeno. La mirada desde el Derecho crea

⁴³ Una tensión entre los conceptos de Estado y derechos humanos que se sintetiza fundamentalmente, como vamos a estudiar, en la política jurídico-política de selección de personas y especialmente también en la diversidad de tratamiento de personas extranjeras en función de su legalidad.

⁴⁴ Estado e inmigración son dos conceptos que han llegado a converger como objeto de estudio en estos inicios de siglo. López Sala, A., M., *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, op. cit., p. 13.

⁴⁵ Incluso existe un gran riesgo: hacer política con la inmigración, en lugar de política de inmigración. De Lucas Martín, F., J., “Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Segundas Jornadas Derechos humanos y libertades fundamentales, Zaragoza, 2001, p. 38; *idem*, “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, en Mariño Menéndez, F., M. (coord.), *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las migraciones*, Madrid, 2006, p. 4.

⁴⁶ “La primera razón de la dimensión política radical que tienen los modernos movimientos migratorios es que nos muestran a las claras la incapacidad de las viejas categorías jurídicas y políticas para abarcarlos, para gestionarlos adecuadamente y de ahí la *resistencia de la inmigración a nuestra mirada jurídica y política*”. De Lucas Martín, F., J., “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)* [consulta realizada el 12 de febrero de 2007], recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_13.htm, p. 16.

un concepto normativo de inmigrante que contribuye poderosamente a su estigmatización social⁴⁷. Desde ahí es fácil transitar, en su extremo, hacia la categoría dogmática que es el “Derecho penal del enemigo”, como veremos a lo largo de este estudio⁴⁸.

A pesar del recurso habitual de la mayoría de ciencias sociales a la noción de extranjero, ésta *stricto sensu* adquiere una caracterización definitoria de orden jurídico sin la que quizás no sería nunca completamente comprensible⁴⁹. Es cierto que una política de extranjería no puede desarrollarse plenamente sin una política migratoria definida en su conjunto. Sin embargo, el estatuto jurídico-administrativo es el que va a determinar el futuro de los inmigrantes en función del cuerpo jurídico que le sea aplicable⁵⁰. La materia migratoria abarca toda una compleja fenomenología sociológica, en sus diferentes manifestaciones, una de las cuales es precisamente el régimen jurídico que los poderes públicos establecen para regular la realización de los derechos de los extranjeros en general, y la libre circulación y residencia, en particular⁵¹.

⁴⁷ “La invisibilidad y la falta de reconocimiento reproduce esquemas de subalternidad y la carencia del atributo de subjetividad a las personas inmigrantes genera visiones culturales estereotipadas de diversidad cultural en clave de otredad subalterna”. Nash, M., *Inmigrantes en nuestro espejo. Inmigración y discurso periodístico en la prensa española*, Barcelona, 2005, p. 25.

⁴⁸ Como razonaba Schmitt, C., “sólo el enemigo es público, pues todo lo que hace referencia a un conjunto de personas adquiere *eo ipso* carácter público, en suma es un *hostis*. *El concepto de lo político*, Madrid, 1991, p. 59.

⁴⁹ Nos guste o no, como indica Schuck, P., H., la ley debe disciplinar el estatuto formal de los inmigrantes. “Law and the study of migration”, en Brettell, C., B., y Hollifield, J., F. (edit.), *Migration Theory, Talking across disciplines*, Nueva York-Londres, 2000, p. 201. Sin obviar, como puntualiza Oliván López, F., que las relaciones de clase están densificadas aún más, si cabe, tras la complejidad que aportan las relaciones de extranjería. “Los extranjeros y la soberanía. Para una nueva definición de la ciudadanía”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, p. 184.

⁵⁰ Autores como De Asís Roig, R., parten del argumento *a contrario*, considerando que una política en materia de inmigración, difícilmente está constituida sólo, por ejemplo, por el significado que pueda tener una ley de extranjería. A juicio del citado autor, la extranjería es un dato de esa política y debe de estar configurada en conformidad con ella, concluyendo que quizá la solución esté en un modelo ecléctico y casuístico de política migratoria que atienda a la realidad de cada situación, pero que permita la promoción de las culturas a través de la exaltación del papel de los sujetos morales desde el respeto a sus derechos. “Algunas reflexiones sobre el fenómeno migratorio y los derechos humanos”, en Zapatero, V. (edit.), *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel, Tomo I*, Alcalá de Henares, 2002, pp. 542 y 544.

⁵¹ *Cfr.* Charro Baena, P., y Ruiz de Huidobro de Carlos, J., M., “La mal llamada Ley de extranjería: ¿Un paso hacia la integración de los inmigrantes?”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. IV, 2000, pp. 1476-1478; Del Valle Gálvez, J., A., “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en Del Valle Gálvez, J., A., y Acosta Sánchez, M., Á. (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Cádiz, 2005, p. 138.

Una vez realizada la anterior puntualización, hay que preguntarse por la ontología de ese cuerpo normativo que ha venido en denominarse Derecho de extranjería. La cuestión migratoria es hoy en día un asunto prioritario en las agendas políticas⁵². En este contexto, el Derecho de extranjería es la expresión jurídica del particularismo del Estado-nación; un instrumento de la sociedad que no quiere asumir riesgos en su bienestar (de una sociedad que necesita a los “otros” pero sólo en su justa medida), un mecanismo normativo que, a través de la calificación legal de los que vienen de fuera, introduce distintas posibilidades de realización de los derechos de sus sujetos. La respuesta de sociedades como la española –la aplicación de un Derecho de extranjería que puede ser calificado de “excepcional”– sitúa a la persona en la frontera de la incertidumbre continua⁵³. Esta solución jurídica, de naturaleza fundamentalmente *defensiva* y *funcional*, hunde sus raíces en el proceso de identificación de los conceptos de ciudadanía y nacionalidad pero, del mismo modo, tiene una significativa componente emocional y ético-social.

Por un lado, el ordenamiento de extranjería interno es defensivo en cuanto hace de la fiscalización de la libre movilidad de las personas en función de la nacionalidad, medida en términos policiales, su principal razón de ser⁵⁴. La legislación de extranjería española, al menos desde las reformas de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEXIS), introducidas por la LO 8/2000, de 22 de diciembre y su reforma por LO 14/2003, de 20 de noviembre, no está pensada para construir política de inmigración, sino que es una ley de policía de extranjería⁵⁵. Toda la retórica de la exclusión del inmigrante viene a sintetizarse en la

⁵² Hoy en día se puede hablar de plena “politización” de la migración. Como argumentara Schmitt, C., la peculiaridad de lo político radica precisamente en el hecho de que todo sector imaginable de la actividad humana es, en potencia, político y se convierten activamente en político cuando los conflictos y cuestiones derivados se agolpan en este sector. *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Madrid, 1983, p. 182.

⁵³ Con vigencia efectiva en la estructura democrática del Estado constitucional de Derecho para la mayoría de los nacionales de terceros países, es decir, aquellos que no son comunitarios o asimilados, dejando a salvo a los familiares de éstos y a los residentes permanentes.

⁵⁴ Como recuerda Wihtol de Wenden, C., en cualquier lugar de Europa lo prioritario es el control de fronteras y el mantenimiento del principio de la clausura para los nacionales extranjeros. “Admissions Policies in Europe”, en Massey, D., S., y Taylor, J., E. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, Oxford, 2004, p. 293. Incluso el elemento garantista del Derecho penal se flexibiliza con esa lógica de gestión “[...] conformando una política criminal y represiva diferenciada para los extranjeros”. Anitua, G., I., “La inmigración y los discursos de la seguridad”, en Bergalli, R., *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Barcelona, 2006, pp. 135-136.

⁵⁵ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000; BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000 y BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003, respectivamente.

consolidación de una penalidad que ya no busca legitimación; es un arma que asocia política criminal del riesgo con política criminal del enemigo⁵⁶.

Por otra parte, este sector jurídico es funcional porque está al servicio de una política donde el inmigrante pasa a ser una variable más de la economía del bienestar⁵⁷. A lo sumo, el frío cálculo del beneficio nacional con el que la sociedad receptora trata al inmigrante se reviste de una sutil dosis humanitaria. El pragmatismo del beneficio económico-social de la sociedad receptora está presente en la preferencia por un perfil laboral del inmigrante, como veremos en su momento⁵⁸. Los destinatarios reales de este ordenamiento son los ciudadanos españoles a los que se transmite el mensaje de que el gobierno quiere defender la sociedad española, su nivel de vida, su bienestar (asegurar el mercado de trabajo con el mínimo coste y ahí es donde juega el viejo argumento de que los derechos sociales son derechos caros) y, por supuesto, su seguridad (por eso necesita un fobotipo: el irregular, sobre el que reafirmar la apuesta por la “cultura de la legalidad”)⁵⁹.

La dimensión jurídica expresa o responde a una problemática inicial y fundamental que no puede ser obviada y que constituye el sustrato de un aspecto central de esta investigación: la relación entre el control de fronteras, aspecto de matiz jurídico-político que es un reflejo de la idea de soberanía del Estado-nación, y el derecho de los extranjeros inmigrantes a una vida digna. La política normativa de acceso de los inmigrantes pone en entredicho la propia universalidad de los derechos humanos⁶⁰.

⁵⁶ Anitua, *op. cit.*, p. 144. De Lucas Martín, F., J., insiste en la vulnerabilidad, la discriminación y el prejuicio al *extranjerizar* a los inmigrantes como las tres consecuencias de la regulación normativa en la materia. “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes”, en Portilla Conteras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, 2005, p. 214.

⁵⁷ La funcionalidad del sistema se convierte en fundamento prioritario del Derecho.

⁵⁸ Un criterio personal que encuentra su fundamento último en las consideraciones de orden económico. Martínez Abascal, V., A., *Ciudadanía social y políticas migratorias de la Unión Europea*, Granada, 2005, p. 76.

⁵⁹ De Lucas Martín, F., J., “Sobre las garantías de los derechos sociales de los inmigrantes”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 4, 2001 [consulta realizada el 3 de octubre de 2006], disponible en <http://www.uv.es/CEFD/4/Delucas.html>.

⁶⁰ Como afirma Martínez de Pisón Cavero, la consecuencia más preocupante de las vigentes políticas sobre la inmigración es que está en juego la credibilidad de nuestras categorías jurídico-políticas básicas, como son la universalización de los derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia. “¿Tienen derechos los inmigrantes?, Derechos humanos y procesos migratorios: paradojas y posibilidades. Jornadas sobre Los inmigrantes como nuevos actores del desarrollo”, *op. cit.*, p. 2. Sin olvidar nunca que “el problema de fondo relativo a los derechos humanos no es tanto el de justificarlos como el de protegerlos”. Bobbio, N., *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991, pp. 61, 63, 75.

Partiendo del estudio empírico-cognitivo del ordenamiento de extranjería, la indagación científico-teórica sobre el proceso de selección de personas en función de su nacionalidad se erige, por ello, en el principal objeto de reflexión en este trabajo, sabiendo que cualquier comprensión de la idea selectiva que se infiere del ordenamiento interno de extranjería es una aproximación que no agota toda la epistemología fenoménica, siempre abierta a nuevas experiencias investigadoras.

La admisión se fundamenta en la idea de selección. De ahí a la lógica de la exclusión hay sólo un paso. ¿En qué medida la selección de personas produce el óbito de la idea de universalización de los derechos?, ¿qué legitimidad ética tiene distinguir a los extranjeros en función de su calificación administrativa?, ¿por qué se desarrolla en el Estado democrático de Derecho un Derecho de naturaleza excepcional en función del origen de las personas? Éstas y otras preguntas no resolverán definitivamente la comprensión de hacia dónde se encamina la ciudadanía, pero el intento de encontrar posibles respuestas a las mismas puede clarificar desde luego hacia dónde no vamos.

Por otra parte, delimitamos nuestro campo de estudio desde el punto de vista subjetivo. Indudablemente, considerando que la noción de extranjero, aún más desde el punto de vista técnico-legal, es compleja e imprecisa, nos centramos en un tipo de extranjero que está caracterizado por tres rasgos principales y que, desde nuestro punto de vista, expresan fielmente el destinatario general de la política de selección.

En primer lugar, su adjetivación laboral. Precisamente, la naturaleza laboral es el criterio principal de admisión⁶¹. De este modo, es inmigrante el extranjero que, de forma temporal o permanente, pretende trabajar y vivir en un país de acogida⁶². Sin embargo, las

⁶¹ Siendo conscientes de que el carácter de inmigrante económico no es una cuestión nada pacífica, excluimos de nuestro objeto de estudio [simplemente hacemos una referencia en el capítulo segundo para contextualizarlos en la noción de extranjería] a los solicitantes de asilo, refugiados, apátridas, etc., que, aunque pueden ser perfectamente calificados como extranjeros inmigrantes, tienen singularidades en su situación jurídica que no permiten equipararlos al resto de inmigrantes, siendo su posición de partida también distinta. Del mismo modo, tampoco incluimos, por sus especialidades respecto al régimen general, a los menores, acompañados o no, deportistas profesionales, etc.

⁶² Conceptualmente deben distinguirse en todo caso los “extranjeros” de los “inmigrantes” o “inmigrantes económicos” (extranjeros que vienen a trabajar en labores escasamente remuneradas). Díez Nicolás, J., *Las dos caras de la inmigración*, Madrid, 2004, p. 16; Sánchez-Urán Azaña, Y., “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ ciudadanía”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, p. 254; Gómez Abelleira, F., J., “Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, p. 101. La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, adoptada por la Asamblea General de las

connotaciones sociológicas del extranjero inmigrante trascienden la mera consideración de trabajador. Se parte habitualmente del prejuicio generalizado de que existe una ‘sociedad de acogida’ y una ‘población inmigrante’ perfectamente distintas y diferenciadas⁶³. “En el paso de la expresión ‘mano de obra extranjera’ a la de ‘inmigrante’ hay un desplazamiento semántico y sociológico relevante [...]”, de manera que lo que era una prolongación del mundo del trabajo pasa a ser concebido como problema nacional⁶⁴.

La mera extranjería no hace al inmigrante, ya que intervienen factores de estratificación social, jurídicos –como la nacionalidad– y étnico-culturales que identifican socialmente al otro como “diferente”⁶⁵. Lo que hace de alguien un inmigrante no es una cualidad sino un atributo que le es aplicado desde fuera a la manera de un estigma y un principio denegatorio⁶⁶. La naturaleza de “inmigrante” agrava la condición del extranjero y le introduce como perfecta víctima de un Derecho distinto⁶⁷. Precisamente esa calificación, otorgada por la sociedad de destino, es un mecanismo de defensa del particularismo. El extranjero inmigrante es el contrapunto sobre el que se construye la arquitectura de la ciudadanía⁶⁸.

Naciones Unidas en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990, no ratificada entre otros muchos Estados por España, define al “trabajador migratorio” como “toda persona que vaya a realizar, realice o haya realizado una actividad remunerada en un Estado del que no sea nacional” (art. 2.1).

⁶³ *Inmigrantes: ¿invasores o ciudadanos? Tópicos y realidades sobre la inmigración*, Servicio jesuita a migrantes [consulta realizada el 20 de junio de 2008], disponible en la página web de Cristianisme i Justicia, Fundació Lluís Espinal, <http://www.fespinal.com/espinal/lilib/es152.pdf>, p. 3. La relación entre prejuicio y personalidad en Wieviorka, M., *El espacio del racismo*, Barcelona, 1992, pp. 59-74.

⁶⁴ De la Haba Morales, J., “Inmigración/sindicalismo como problema. Reflexiones metodológicas y epistemológicas”, en Santamaría Lorenzo, E. (edit.), *Retos epistemológicos de las migraciones transnacionales*, Barcelona, 2008, p. 175.

⁶⁵ Zamora, J., A., “Inmigración, ciudadanía y multiculturalidad”, en Zamora, J., A. (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración. Primeras Jornadas sobre ciudadanía, multiculturalidad e inmigración* organizadas por el Foro “Ignacio Ellacuría” Solidaridad y Cristianismo, Estella, 2003, pp. 165-166.

⁶⁶ Bergalli, R.,... [et al.], “Extranjería. Existencias criminalizadas”, en *Actas de las Jornadas del Graduat en Criminologia i Política Criminal, 2000 y 2001*, Barcelona, 2003, pp. 38; del mismo autor y en la misma obra “¿Criminalización de los inmigrantes?”, p. 221.

⁶⁷ Los inmigrantes cuentan más por lo que no son que por lo que son.. Jiménez Blanco, P., “Las libertades de circulación y residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión europea”, en Presno Linera, M., Á. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, 2004, p. 101.

⁶⁸ Por esta razón, “ciudadanía” y “extranjería”, están estrechamente entrelazadas. Martínez de Pisón Cavero, J., M., “La (no) política de inmigración y el Estado de Derecho”, *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* n° 10, 2004, disponible en <http://www.uv.es/CEFD/10/pison.pdf>, p. 12.

En segundo lugar, excluimos a los “beneficiarios del Derecho comunitario” porque este colectivo de personas extranjeras no tienen limitado el derecho a la libre circulación y residencia, al menos en el mismo nivel que lo tiene el resto. En tercer lugar, nos detendremos en los trabajadores extranjeros inmigrantes que pretenden acceder por primera vez al territorio nacional, de forma legal, o sea, aquellos que pretenden una autorización de residencia temporal y trabajo desde su país de origen, sin obviar a las personas que mantienen una situación administrativa irregular en España porque ambos colectivos de personas constituyen el objeto principal de la política normativa de admisión⁶⁹.

Como hemos subrayado, la política de admisión es parte importante de toda política de extranjería. Ésta a su vez es componente fundamental de cualquier política inmigratoria⁷⁰. La política de tratamiento de la inmigración como hecho estructural se define, en lo que concierne al control de flujos, por ser una política fundamentada en la ordenación de la inmigración regular, para lo que no se duda en desplegar toda una estructura normativa de mecanismos de fiscalización y que termina por institucionalizar una serie de criterios de admisión⁷¹. El lugar común de los derechos en este esquema aparece resueltamente sintetizado en la siguiente proposición: la inclusión de quien es excluido y la exclusión de quien es incluido, o lo que es lo mismo, la inestabilidad permanente.

El derecho que se reserva el Estado a decidir la “morfología” del candidato a ingresar en nuestra sociedad es un postulado que complementa los discursos de la seguridad y del

⁶⁹ La situación administrativa y social del residente permanente es otra muy distinta, cuasi-asimilada al nacional, dejando a salvo que, en todo caso, les afecta la política de permanencia en el territorio, no *stricto sensu* la de admisión.

⁷⁰ Como afirma Velasco Arroyo, J., C., la política migratoria es un campo de intervención pública sometido a múltiples tensiones, en cuyo origen casi siempre se encuentra un fuerte desajuste entre el número de candidatos a la emigración y las expectativas de las sociedades receptoras. El autor incide también, junto al modelo de gestión de flujos (regulación del acceso y condiciones de permanencia de los inmigrantes), en la importancia del codesarrollo y la gestión de la integración. “El Estado y la ciudadanía ante el desafío de la inmigración. A modo de presentación del número”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 27, julio, 2006, pp. 9 y 10. En sentido análogo, Hailbronner, K; Martin, D; y Motomura, H. (edit.), “Conclusion”, en *Immigration admissions and immigration controls*, 1997, p. 260 y ss.

⁷¹ El propio RD 2393/2004, que desarrolla la LOEXIS (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005), en su Preámbulo pone de manifiesto la prioridad de la ordenación de la inmigración legal, una inmigración fundamentalmente de carácter laboral (párrafos dos y seis).

pragmatismo⁷². Sin seguridad no habrá apertura a los inmigrantes, y sin utilidad las medidas de seguridad carecerán de sentido. Este doble componente discursivo que, en la práctica tienen un mismo fin, adquiere una significación notable por cuanto facilita la comprensión de posibles respuestas a cuestiones fundamentales en un estudio de este tipo. ¿Quiénes tienen derecho a entrar y establecerse?, ¿qué condicionamientos se asocian al ejercicio de los derechos de los inmigrantes?, ¿por qué el legislador opta precisamente por unos criterios determinados frente a otros?, ¿existen elementos de afiliación étnica en los mismos? Estas y otras cuestiones están en la raíz selectiva. Las posibles respuestas a estas interrogantes nos llenan de incertidumbre⁷³. Y es que la mayoría de países [el nuestro no es una excepción] toman decisiones de admisión de inmigrantes enormemente subjetivas, al concedérseles por ley un amplio margen de juicio⁷⁴.

De hecho, es plausible calificar como progresión del efecto inmediato de la idea selectiva la institucionalización de dos maneras de entender los derechos de las personas. Una, que no discute su carácter declarativo y plena realización y otra que hace de la *provisionalidad* en su ejercicio su ontología, dejando a salvo las matizaciones que se realizarán en este estudio. Existe un dato que concentra toda discusión sobre la extranjería y los derechos. Es la duda que plantean legislaciones de extranjería como la española que, aunque se exprese en términos de “integración social” tal y como aparece intitulada y promueve en su Exposición de Motivos, sigue apostando por un concepto de extranjería provisional y accidental, y que no es sino reflejo de la inadecuación e insuficiencia constitucional de la realidad social inmigratoria⁷⁵.

⁷² Maximizar la disponibilidad de mano de obra y proteger la identidad cultural es un dilema con un número limitado de soluciones, como afirma Zolberg, A., “Las migraciones internacionales desde una perspectiva política”, en López Sala, A., M., y Esteban, V., (coord.), *Zona Abierta 116/117, Las políticas migratorias*, Madrid, 2006, pp. 40.

⁷³ Principalmente, la legislación de extranjería conforma un conjunto de normas y prácticas legales encaminadas a organizar la desigualdad, la negación o la limitación de los derechos, la jerarquización de la sociedad en función del origen nacional de las personas, un sistema de apartheid legal que afecta a cientos de miles de personas. Unzurrunzaga, A., y Aierbe, P., “Desigualdad y discriminación a través de la normativa de extranjería”, en Markez, I. (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Donostia-San Sebastián, 2006, p. 76.

⁷⁴ Dummet, M., *Sobre inmigración y refugiados*, Madrid, 2001, p. 86.

⁷⁵ Cfr. Pomed Sánchez, L., “Algunas consideraciones sobre la situación actual del derecho de inmigración en España, en Extranjería e inmigración”, en VV. AA., *Actas de las IX Jornadas de la Asociación Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2004, p. 56.

El extranjero inmigrante es un “interino” en la sociedad que lo acoge. Como iremos analizando a lo largo de la investigación, su *otredad* es una representación perfecta de una sociedad que, en el plano jurídico, trata al extranjero inmigrante como una persona con derechos –eso sí, siempre que sea calificado como “legal”–, pero siempre bajo la amenaza de la reversión de su situación⁷⁶. Por supuesto, llegado el extremo de su no-reconocimiento como “legal”, la excepción soberana se expresa mediante la vulneración manifiesta de los principios jurídicos sobre los que se ha edificado el Estado democrático de Derecho⁷⁷.

En la era de la “globalización”, el Estado-nación se ha enrocado en una de sus últimas prerrogativas: la defensa de la soberanía de su territorio. La cultura del control y del dominio sobre el inferior en la que estamos inmersos es el producto interesado de un sistema que hace de la excepción la norma general. La política jurídica de control de flujos, que tiene como mecanismo un Derecho enormemente restrictivo y policial, es una respuesta a la crisis de identidad de los Estados-nación⁷⁸. Para ello se “penaliza” a quien no ostenta una condición jurídica concreta –la de nacional, beneficiario del Derecho comunitario o no beneficiario residente permanente– y, más concretamente, al candidato a acceder por vez primera vez al territorio nacional, estableciendo una serie de requisitos administrativos que, desde una perspectiva ética, vienen a afirmar que el extranjero inmigrante es un “otro”, y que por su simple alteridad merece un trato diferenciado⁷⁹. El

⁷⁶ De por sí, el término inmigrante está tomando un sentido despectivo y peyorativo que trae causa de la línea de separación creada a todos los niveles –política, social y psicológicamente–, en un mundo en que las vulneraciones de derechos humanos corren paralelas con las injusticias en la distribución de los recursos económicos. Kymlicka, W., *Ciudadanía multicultural*, Barcelona, 1995, p. 140 y ss. El término *otredad* puede ser traducción del término inglés “otherness”, que ha sido utilizado por autores como Walzer, M., *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, 1998, p. 26; Bauman, Z., *Ética posmoderna*, México, 2005, p. 45; Pennix y Martiniello, “Integration Processes and Policies: State of the Art and Lessons”, *Citizenship in European Cities, Immigrants, local politics and integration policies*, Aldershot, 2004, p. 140, Castles y Davidson, *Citizenship and migration. Globalization and the politics of belonging*, *op. cit.*, p. 82. Entre la doctrina española hace referencia al mismo, Agrela Romero, M., B., *Análisis antropológico de las políticas sociales dirigidas a la población inmigrante*, tesis doctoral, Granada, 2006, pp. 307, 390, 419, 432; Lucas Martín, Pérez Cepeda, etc., como se irá indicando en este estudio.

⁷⁷ La “problematización” del discurso migratorio encuentra en el campo sociojurídico un poderoso elemento de consolidación e institucionalización de las prácticas y representaciones sociales, un espectro que predetermina y coadyuva la difusión de la carga negativa del imaginario colectivo hacia la figura social del migrante.

⁷⁸ Para autores como Habermas, “el vaciamiento de la soberanía del Estado seguirá ahondándose”, *Más allá del Estado nacional*, *op. cit.*, p. 175.

⁷⁹ “La nación supone la más potente *fricción de fraternidad* y de *soberanía compartida* [...] capaz de compensar ideológicamente las desigualdades realmente existentes y los límites también reales a la

problema es que ese trato distinto, cuando se introduce para establecer estatutos jurídicos personales en función de una calificación administrativa, termina por traspasar la frontera de la discriminación.

Siendo uno de los pilares estructurales del Estado–nación preservar el espacio de soberanía y el control del acceso al territorio de personas que no son sus nacionales, la problemática inherente en el *derecho a migrar* pasa a convertirse en uno de los conceptos clave desde la perspectiva de la política jurídica migratoria⁸⁰. Este derecho recibe distinta consideración jurídico-política según se trate del derecho de abandonar el propio país⁸¹ o el de ser admitido en una comunidad política concreta. La clausura nacional es incompatible, desde la potestad soberana, con cualquier intento de reconocer un derecho a inmigrar para las personas extranjeras.

Por consiguiente, estamos ante una concepción del derecho de la persona que, lejos de la acreditación jurídica, sólo adquiere alcance ético. En este estudio no se cuestiona que el Estado tenga potestad para establecer un sistema de selección, sino la deficiente legitimidad jurídico-ética de ese sistema. Lo que discutimos es el déficit ético que circunda al derecho de libre circulación y residencia de los extranjeros inmigrantes, objeto fundamental de la política normativa de extranjería sobre admisión. Cuando la libertad personal de entrar y residir en un Estado distinto al de origen queda sometida a la discrecionalidad del poder público para su reconocimiento y disfrute hay que ser muy cautos porque no sólo está en juego un posible derecho, sino lo que está detrás: el derecho a una vida mejor o, en el peor de los casos, el derecho a la supervivencia. Como expondremos a lo largo de la investigación realizada, no deja de resultar frecuente que la legislación española pretiera este postulado en aras de la maximización del beneficio para la sociedad. El Estado realiza, de alguna manera, una política beneficiosa de distribución de costes, en la que los beneficios internos de la inmigración superan con creces los costes económicos y sociales de la admisión de personas.

capacidad de libre autodeterminación de los ciudadanos”. Zamora, “Inmigración, ciudadanía y multiculturalidad”, *op. cit.*, p. 222.

⁸⁰ Parece que se olvida que, como recuerda Hollifield, el Estado liberal es la clave para comprender la inmigración y los derechos son la esencia de ese Estado. “The politics of international migration. How can we ‘bring the State back in’?”, *op. cit.*, p. 174.

⁸¹ O de retornar al mismo.

La capacidad de selección o “derecho de reserva” que poseen los Estados y la razón utilitarista del sistema determinan, en una perfecta complementación, una política normativa que podríamos calificar, si se nos permite la expresión, de “guante de seda”. Es selectiva en condicionamientos de acceso y permanencia, y por ende, lesiva para la plena realización de los derechos fundamentales de la persona, pero simultáneamente es poco eficaz en cuanto a la progresión de la clandestinidad laboral, dada la importancia del factor humano en la generación de riqueza del primer mundo.

En el plano legal, los mecanismos selectivos de las sociedades de acogida están desempeñando el mismo papel que las fronteras en un sentido territorial. Sin perjuicio de la mayor o menor eficacia de las políticas implantadas al respecto, los criterios de admisión que refrenda el ordenamiento de extranjería interno vienen a reforzar todo el entramado de clausura que está en la génesis de los Estados-nación modernos. La víctima propiciatoria es el inmigrante extranjero. La diversificación de los flujos en origen en los últimos tiempos ha activado las alertas en las sociedades de destino, concentrándose todos los esfuerzos, desde el punto de vista de la política jurídica, en institucionalizar un “círculo cerrado” de estatutos legales de extranjería. El mayor o menor rigidez del engranaje del aparato coercitivo y burocrático del poder se hace depender del interés de quien admite.

La idea de selección, reproducción formal del exclusivismo ideológico y social presente en el Estado-nación moderno, se desglosa en dos elementos complementarios: el origen nacional de la persona y la dimensión del espacio migratorio en las comunidades de destino⁸². La inmigración “a la carta” es el anhelo de las sociedades del bienestar, producto de la postulación de la apropiación del universalismo de los derechos. Los instrumentos en los que se expresa esta política son múltiples y variados: política de visados, de cupos o contingente de trabajadores, restricción de la figura del asilado, limitación de la reagrupación familiar, acuerdos de readmisión de personas, privación de libertad por el hecho de ser un “no-legal”, etc., como analizaremos en este trabajo. Este conglomerado selectivo se completa con la diversificación de estatutos de extranjería que consagra nuestro ordenamiento positivo, en donde la norma especial es regla ordinaria. Los resultados empíricos son visibles: mayor número de desigualdades entre extranjeros,

⁸² Véase López Sala, *op. cit.*, p. 109.

mayor estratificación social entre los mismos y mayor incremento de la invisibilidad frente al Derecho⁸³.

La complejidad se exterioriza principalmente en la multiplicidad de estatus de extranjeros en las sociedades receptoras. Y es que, en materia de extranjería, no se puede generalizar puesto que precisamente lo que ha pretendido el legislador es diversificar y profundizar en la distancia real entre clandestinos, “legales” temporales y “legales” permanentes, como signo de autoafirmación ante los intereses del colectivo de extranjeros inmigrantes⁸⁴. La diversificación estatutaria forma parte del imaginario jurídico de extranjería, siendo los derechos una categoría no unívoca cuando de personas foráneas se trata. El desajuste en el disfrute de los derechos de los extranjeros trae causa del ejercicio interesado de la diversidad. El discurso político es un reflejo de esta circunstancia. Paradójicamente, mientras para unos se está debatiendo sobre un posible derecho de sufragio que los equipararía a la condición de ciudadano con plenos derechos, para otros el debate se centra en el acceso a los derechos sociales y, más recientemente, de incentivos al “retorno” voluntario. Simultáneamente, para los más desafortunados, se invocan los mecanismos sancionadores, los centros de internamiento, o la mera disponibilidad discrecional de su futuro a la decisión del poder.

Mientras el discurso oficial y social sigue defendiendo los derechos humanos de las personas, la solidaridad, el humanitarismo y la reprobación de las prácticas de explotación⁸⁵, la política jurídica toma derroteros totalmente opuestos⁸⁶. Por su parte, la

⁸³ Como afirmara Bauman, la autonomía, la heteronomía, la libertad y la dependencia [...] son los factores principales de la estratificación social, Bauman, Z., *Ética posmoderna, op. cit.*, p. 37. La máxima de partida es que lo que es libertad para unos es dependencia para otros. A partir de ahí la estratificación será el producto de la mayor o menor intensidad de esta ecuación. Pues bien, en nuestro contexto, se está produciendo una profundización en la estratificación social de personas dentro de las comunidades receptoras, y que en el caso particular objeto de nuestro análisis –la sociedad española– se confirma con la existencia jurídica de tres grandes grupos de extranjeros no beneficiarios del Derecho comunitario: los residentes de larga duración, los residentes temporales, una categoría de segundo nivel y, por último, los “irregulares”: aquellos que son no-personas, por no aparecer visibles al Derecho.

⁸⁴ De este modo, se establece una serie postulada de fronteras o barreras jurídicas que delimitan la membresía social, diferenciando netamente a los extranjeros inmigrantes. Sus representaciones prototípicas son: el paria, el recién llegado o “trabajador invitado” y el *denizen*. El segundo también denominado por Kymlicka, W., como nuevos “metecos” que sólo accederán a la ciudadanía tras un periodo de permanencia en el país. *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona, 2003, p. 186. El tercero, un término anglosajón con el que se designa por parte de la ciencia politológica al extranjero (el vocablo fue adoptado por primera vez por Hammar) residente de larga duración o de carácter permanente, un estadio próximo al círculo de nacionales como hemos señalado.

⁸⁵ Esta derrama de concienciación, que extiende su radio de acción a todos los niveles del entramado social, parece ser algo políticamente correcto y muy útil para domeñar a la opinión pública.

economía es “dueña” de esa mano de obra despreciada e infravalorada que, en la práctica diaria, esa misma sociedad no se encarga de denunciar o, si lo hace, es de forma ambivalente, por puro egoísmo utilitarista. No existe coste para la sociedad de acogida. Los extranjeros inmigrantes contribuyen al mantenimiento del Estado de bienestar sin recibir contraprestaciones a cambio. Además, la capacidad regulativa de los Estados, a través de los mecanismos regularizadores principalmente, les permitirá “jugar” con esta oferta “disponible” para aumentar o disminuir las reservas de mano de obra oficial.

El efecto práctico de este ideario está llamado al fracaso porque el racionalismo estatal no tiene nada que hacer frente a quien lucha por salvar su dignidad y su vida. Quien no tiene nada que perder no entiende de adscripciones de derechos en función de una calificación jurídica de la persona. La persona que adopta una decisión tan importante como la de migrar, anquilosada en un perpetuo “estado de naturaleza”, quiere subsistir al precio que sea. Todos los días nos despertamos con nuevas e impactantes imágenes de ahogados frente a las costas españolas.

En la situación en la que nos encontramos se está desenmascarando la naturaleza utilitarista de este sistema. Parece que en estos tiempos de dificultades económicas no interesa admitir a nadie más, e incluso se aboga por “echar” al que ha contribuido con su esfuerzo al crecimiento de la riqueza del país y está en situación de desempleo. Para ello, no se duda en prometerles cobros anticipados a cambio de un abandono voluntario del país como si la dignidad de la persona pudiera ser objeto de transacción. En el fondo, los derechos de los extranjeros inmigrantes son susceptibles de esta avenencia porque su único fundamento es la utilidad, no de su titular, sino de quien se aprovecha de ellos. El *homo migrantis* de inicios del siglo no encuentra su espacio en un mundo en el que se selecciona en función de un calculado interés que puede revertirse en cualquier momento, y ante el que el extranjero inmigrante sólo tiene como opción el regreso a su situación personal y social de origen. ¿Dónde queda la dignidad como fundamento en el que descansa la concepción de los derechos humanos en este esquema?⁸⁷

⁸⁶ Como subraya Ignatieff, M., “la crisis de los derechos humanos tiene que ver sobre todo con nuestra incapacidad para ser coherentes, es decir, para aplicar los criterios de los derechos humanos al fuerte y al débil por igual”. *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, 2003, p. 72.

⁸⁷ Cfr. Yeatman, A., “Who is the subject of human rights?”, en Meredyth, D., y Minson, J. (edit.), *Citizenship and cultural policy*, Londres, 2001, p. 115.

La modernidad líquida en la que fluye la cuestión migratoria es la excusa perfecta para enfatizar en la contraposición entre derechos individuales e intereses colectivos en general, y entre el derecho a una vida digna y el más puro utilitarismo en particular⁸⁸. Esta dicotomía está en el centro de las respuestas políticas y normativas, con desigual efecto y tratamiento cuando se trata de personas calificadas administrativamente como extranjeros. No existe mayor regresión jurídica que la subordinación de un derecho fundamental a la aprobación de un órgano político-administrativo. La autorización administrativa es una categoría técnico-jurídica que representa fielmente lo que implica el Derecho de extranjería como respuesta normativa al hecho migratorio⁸⁹.

En las páginas que siguen desarrollamos estas ideas que están presentes, de uno u otro modo, en la política de selección interna de extranjeros inmigrantes. Somos conscientes de que en este proceso de reflexión, como en cualquier otra indagación científica, proponer respuestas o soluciones definitivas y categóricas a una cuestión tan compleja como ésta es un ejercicio irresponsable. Nuestro modesto objetivo puede darse por cumplido si logramos que la conciencia crítica no se aletargue ante la “asfixia” a la que se está sometiendo en estos tiempos a la universalidad de los derechos, en un mundo en el que asistimos a la restauración *sui generis* de la ciudadanía como privilegio.

El *iter* emprendido en la sistemática filosófico-política de la política de admisión que se realiza en este estudio, parte de sus sujetos, por un lado, el poder, y por otro, el extranjero inmigrante, para posteriormente continuar con los criterios procedimentales y sustanciales que materializan la especial naturaleza de esta parte central del Derecho de extranjería. Para ello, en el capítulo primero pondremos de manifiesto cómo el derecho soberano que posee cada Estado a decidir quién entra en su territorio –que aparece en el contexto del Derecho de extranjería en su expresión de libertad de circulación y residencia– es el paradigma de la política selectiva de personas y, por consiguiente, de sus derechos. Esa decisión, por supuesto, trasciende cualquier visión jurídica para adquirir una relevancia ética porque, en último término, afecta a la dignidad de la persona como valor a proteger.

⁸⁸ Unos intereses colectivos que se exteriorizan como intereses nacionales materialistas, el “auténtico termostato” de la onerosidad de toda política jurídica migratoria. La necesidad de mano de obra foránea es un presunto interés nacional pero también lo es la preservación de la política de coste social.

⁸⁹ En esta sistemática hay poco lugar para las consideraciones morales, como iremos apuntando a lo largo de este trabajo.

En consecuencia, analizaremos en primer lugar la socio-génesis de ese poder selectivo. La potestad de admisión ha institucionalizado una reafirmación de la cultura del control y del dominio sobre el inferior. Su nuevo damnificado es el extranjero inmigrante, sobre el que se hace recaer un Derecho de extranjería *a fortiori* expresivo del estado de excepción, donde inclusión y exclusión conviven en una zona de indiferencia. El fin último es la autosatisfacción utilitarista de un sistema que no duda en utilizar sus mecanismos jurídicos para vaciar el *ius migrandi* de contenido. De ahí a la identificación entre extranjero inmigrante y objeto y, más concretamente, al descubrimiento del inmigrante como nuevo objeto del denostado Derecho penal de autor, sólo hay un paso.

En segundo lugar, realizaremos un análisis crítico sobre el orden constitucional español de los derechos fundamentales de los extranjeros en general, y la libertad de circulación y residencia en particular. La expresión jurídico-constitucional de este derecho de admisión es, desde nuestro punto de vista, un estadio analítico-empírico indispensable para comprender la naturaleza especial de un régimen de derechos llamado a ser, cuando menos, diferencial. Asimismo, se realizará una disertación de la exegética del intérprete de la CE en la materia, sin olvidarnos tampoco de aproximarnos al marco comunitario. Concretamente, la comprensión del alcance y la naturaleza del derecho a la libre circulación y residencia derivada del ordenamiento y jurisprudencia constitucional nos ayudará a comprender la afectación de los principios de igualdad y dignidad producida por el derecho de admisión. Finalizaremos el capítulo aportando unas consideraciones reflexivas sobre la sistematización del ordenamiento constitucional español en la cultura del control y del dominio que caracteriza a la modernidad tardía y que sitúa al inmigrante en la zona de indiferencia donde el *ius migrandi* y el poder de reserva se confunden y se separan.

La libertad de circulación y residencia se va a convertir en el referente de la selección. Esta libertad es el punto de partida de la génesis de toda la criteriología jerárquica de estatus de las personas en función de su nacionalidad. En el capítulo segundo partimos de esta idea sistematizando los distintos grados de realización de la libertad de circulación y residencia. En primer término, se pondrá de manifiesto las dificultades que surgen de la inexistencia de un concepto unívoco de extranjero. La inestabilidad y la complejidad presentes en la concepción del extranjero tienen un resultado inevitable: la diferenciación en la realización del derecho a la libertad de

desplazamiento y de asentamiento. Desde nuestro punto de vista, la estratificación jurídica de los extranjeros, en función del estatuto en el que son calificados en nuestra legislación de extranjería, es una perspectiva derivada del “derecho de admisión” de los Estados y una transposición de la lógica de la exclusión.

En segundo lugar, se procederá a estudiar la pérdida de sentido del binomio tradicional “nacional/extranjero” y su sustitución por el de “beneficiario del Derecho comunitario/no beneficiario”, atendiendo a las distintas especialidades presentes en las calificaciones legales de ambos grupos de personas. En especial nos detendremos, por un lado, en el colectivo de nacionales de terceros países familiares de nacionales comunitarios o asimilados porque su incorporación al grupo de beneficiarios del Derecho comunitario crea por sí misma una primera línea divisoria que matiza la existente entre ciudadanos de la Unión o asimilados y nacionales de terceros países. En este caso, la unidad familiar se constituye en el eje central del sistema de libre circulación y residencia en el territorio UE.

Por otro lado, la exclusión del sistema privilegiado de ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia tiene una consecuencia jurídica crucial para el futuro personal y social del inmigrante: la aparición del Derecho de extranjería en su plenitud. Partiendo de la inexistencia de un estatuto único de “no beneficiario”, se subrayará cómo la calificación legal del extranjero se va a convertir en el principal referente de las expectativas de las opciones de vida de una persona inmigrante. Indudablemente, la situación jurídica y personal de un inmigrante “irregular” es diametralmente opuesta a la de un residente permanente, por mucho que ambos compartan el calificativo de extranjeros no beneficiarios del Derecho comunitario.

Finalizaremos el capítulo aportando algunas conclusiones. La complejidad derivada de la inexistencia de un estatuto de extranjero inmigrante uniforme –el no beneficiario del Derecho comunitario no lo es– se proyecta en sede especulativa en una idea inestable de exclusión que puede calificarse como de “ciudadanía” fragmentada. La calificación del extranjero no beneficiario del Derecho comunitario determinará su mayor o menor grado de exclusión. La gradación en la realización del derecho de libre circulación y residencia

es una consecuencia de esta apelación y conceptualmente se traduce en la readaptación de la idea de “extraño”⁹⁰.

Este análisis sobre el sujeto de la política de extranjería en general, y más concretamente de la política de admisión en particular, nos facilitará pasar a un estadio fundamental en nuestro estudio, como son las repercusiones éticas de los criterios procedimentales y materiales de selección de los candidatos a ser miembro de la comunidad de acogida. Como se pondrá de manifiesto en el capítulo tercero, en el actual contexto la frontera, más allá de su consideración jurídico-política tradicional, se ha convertido en símbolo de la preservación del imaginario nacional, un espacio de síntesis de la selección, donde se filtra a los que son candidatos a integrarse.

El concepto de frontera es la expresión simbólica de la particularidad que la nación imprime a los valores humanos universales. La frontera es ese límite donde el mundo finaliza y especialmente donde terminan los derechos. Todo lo que está más allá es irreconocible porque no es de “nuestro mundo”. Los mecanismos formales selectivos utilizados para profundizar en esta separación entre mundo y no-mundo son los mecanismos de entrada y salida en general, y el visado y la readmisión en particular. Sin embargo, con independencia de esta afirmación, interesa advertir que estas dos instituciones representan algo más que una manifestación ritual o un formulismo jurídico. Sintetizan la idea de exclusión y el punto de encuentro de la indiferencia a la suerte jurídica del grueso de los nacionales de terceros Estados a los que no resulta de aplicación el régimen comunitario de libre circulación y residencia.

El visado, como se indicará, es un mecanismo disuasorio que el Estado-nación como entidad política impone para delimitar el primer estadio de pertenencia a la comunidad que es la admisión en el territorio. Es el punto de convergencia de toda la función selectiva presente en el control de acceso a la sociedad de acogida y un efecto refractario de la potestad soberana de los Estados. Este mecanismo de control al servicio del denominado “interés público” deja en un segundo plano los derechos de los solicitantes y actúa de facto

⁹⁰ La extrañeza no es una cuestión sólo de inmigración y de diferencias culturales, étnicas o religiosas, sino un rasgo estructural en la experiencia de cada uno de nosotros. Zamora, *op. cit.*, p. 239.

como frontera de admisión⁹¹. Y, como se subrayará, lo más preocupante es que el visado es una apología de la discrecionalidad, porque simboliza ese momento en el que el potencial inmigrante hace dejación forzada de su *ius migrandi*, donde la presunción de inocencia se transforma en presunción de la culpabilidad de querer tener una vida más digna. La potestad resolutoria del órgano consular termina por constituirse en una frontera infranqueable para un número muy importante de candidatos a ser admitidos. Un órgano administrativo, en el fondo, aunque *de iure* sometido a control jurídico, es investido de la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado con escasas posibilidades de revisión en la práctica.

Por último, los mecanismos de salida previstos legalmente ante el incumplimiento de las condiciones exigidas para la entrada culminan el proceso que se origina con los filtros selectivos iniciados en origen (visado), que continúa en el puesto fronterizo (con el preceptivo control de entrada), y que sigue una vez dentro con la permanente amenaza de la salida forzosa para todo aquel extranjero inmigrante que deje de cumplir los requisitos de permanencia legal. Y esa política no puede comprenderse, en su justa medida, sin contemplar los instrumentos de “eliminación civil” del admitido que son las vías de salida forzosa. Los mecanismos coercitivos de salida del territorio son la expresión de cierre del sistema, un ejemplo de que la selección es una parte de la política de orden público y de seguridad que está en la génesis del ordenamiento de extranjería y que, en último término, responde a la lógica de la exclusión.

En este sentido, la readmisión es un instrumento que trasciende su propia naturaleza jurídica para adentrarse en el terreno de los compromisos internacionales de geoestrategia política, con una repercusión cualificada para los derechos de las personas: el retorno a la situación de origen, con todo lo que ello sintetiza desde el punto de vista ético. Para ello, delimitaremos previamente conceptos como retorno, repatriación, devolución, etc., que, a menudo, son utilizados de forma análoga, para adentrarnos seguidamente en la política comunitaria e interna en la materia. Finalizaremos con unas reflexiones al respecto.

⁹¹ En puridad, no existe un derecho subjetivo del solicitante a obtenerlo. Por todos, Rodríguez Vázquez, M., Á., “Consideración específica del requisito del visado”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, 2005, p. 364.

Una vez analizados los mecanismos institucionales de apertura y cierre que articulan el ejercicio de la libertad de circulación y residencia, desde el punto de vista jurídico-político, en el capítulo cuarto profundizaremos en el estudio de los criterios materiales de selección de los extranjeros inmigrantes. Estos criterios completan y dan sentido pleno a la cultura del control y del dominio que informa esta materia. Articularemos el discurso en torno a los dos criterios por los que el legislador ha optado: el laboral y el familiar. Se atenderá a las consecuencias ético-políticas que se derivan del marco legal para todos aquellos extranjeros inmigrantes que intentan acceder a la sociedad de destino sin incurrir en causas de ilegalidad.

El legislador ha optado decididamente por una tipología migratoria de orden laboral. Toda la política normativa de extranjería bascula entre la dependencia existente entre control de entrada y la naturaleza eminentemente utilitarista con la que el extranjero inmigrante es calificado jurídicamente. En este contexto, seguridad y necesidad se complementan. El Estado admite la relajación de los controles en función de la mayor o menor necesidad de los extranjeros inmigrantes. El inmigrante termina por ser objeto de mercadeo. Todas las instituciones jurídicas de orden material están ordenadas a este fin.

Partiendo de la idea de que el trabajo ha terminado por constituirse sólo en un deber para la mayoría de inmigrantes, por cuanto es la principal garantía para el libre ejercicio de los derechos, se pondrá de relieve cómo la identidad del inmigrante económico está definida por la autorización de trabajo, para seguidamente analizar el principal factor selectivo de orden laboral que es la situación nacional de empleo. Además nos detendremos en el contingente como expresión de la política de “cuotas” de los inmigrantes en función de su origen. Esta institución, en materia tan inestable y dependiente de la coyuntura como ésta, se encuentra en la actualidad prisionera del cambio sobrevenido en la situación económica internacional en general, e interna en particular. Como dijera Kirschmann, “sólo la actualidad posee valor”⁹².

También se pondrá de manifiesto la pérdida de autonomía del contenido étnico de la selección, en especial los lazos histórico-culturales con los países latinoamericanos. Esta merma no se ha traducido en una apertura universalista. Es consecuencia de la necesidad

⁹² Kirchmann, J., G., “El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho” en Savigny, F., ...[et al.], *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, 1949, p. 261.

en función de la presión migratoria en origen, lo que, en cualquier sentido, reivindica la visión particularista de la comunidad.

Por último, la selección laboral de personas, un criterio que es el producto del maximalismo del beneficio material de la sociedad de destino, resulta complementado por la reagrupación familiar. Nuestra hipótesis será que la vida en familia, tal y como se estructura en la política normativa interna de extranjería, es un complemento de la lógica del beneficio presente en la inmigración laboral. Quizá estemos ante la materia de extranjería en la que más se atente contra la universalidad de los derechos de las personas, principalmente porque la vida en familia se garantiza o se dificulta en función de la posesión o carencia de la condición de beneficiario del derecho comunitario a la libre circulación y residencia. Las serias reticencias hacia este criterio selectivo tienen como denominador común el cálculo utilitarista. Esta institución aporta más costes que beneficios, ya que en general no se trata de fuerza de trabajo. De ahí, que no se dude en restringir aún más el círculo de familiares admisibles, incidiendo en la calificación bajo mínimos de lo que se entiende por familia a efectos de la reagrupación.

Una vez analizados los criterios formales y materiales de admisión de los extranjeros inmigrantes que no parten de una situación irregular en el territorio nacional, finalizaremos nuestro estudio analizando dos instituciones que tienen en común que afectan a extranjeros inmigrantes que parten de una situación administrativa previa calificada de “irregular”: el arraigo y las medidas de expulsión y de devolución no susceptibles de ejecución. Con sus divergencias del orden jurídico, tanto una como otra, de uno u otro modo, son criterios de cierre de la política interna de admisión. Si el arraigo es una constatación jurídica de una situación de hecho, la expulsión o la devolución no susceptible de ejecución es una verificación de la miseria moral de una política que mantiene a la persona en su peculiar situación *extra-legem*. No obstante, el lugar común que las relaciona adquiere connotaciones éticas. Partiremos de una afirmación: la ontología del “irregular” confluye en el intersticio del arraigo y de la expulsión o devolución no susceptible de ejecución, punto de encuentro y desencuentro de dos lógicas: la de los derechos y la utilitarista. Las dos instituciones son consecuencia de las circunstancias. En cierto sentido, la admisión de la persona en situación irregular, tanto si permanece en su situación como si puede transitar hacia el universo de la legalidad, “no es

deseada” por parte de los poderes públicos pero paradójicamente es necesaria en mayor o menor grado.

El irregular es el principal damnificado de la legislación de extranjería en nuestro país y que hace de la topología de esta persona el prototipo de un “estar dentro y estar fuera”, un “nadie” que bien puede pertenecer a ese no-mundo, que nunca ha conseguido traspasar ese límite donde la dignidad no deja de ser un privilegio. La indefinición identitaria es un elemento importante de la invisibilidad jurídica y, por ende, de la estructuración de la política de admisión, precisamente porque es el pretexto perfecto para la exclusión ética. Por ello, iniciaremos nuestro análisis aportando algunas claves conceptuales sobre la dificultad de realización del vínculo de pertenencia del inmigrante, que encuentra su expresión máxima en el irregular, y que se mueve en ese universo de no saberse de ningún sitio; un producto del encuentro entre la huída en origen y la aniquilación moral en destino. Con mayor incisión, la situación administrativa irregular de los extranjeros, en el plano jurídico, sintetiza toda la descarga simbólica del dominio sobre el extraño⁹³. Esta categoría termina por convertirse en el paradigma del no-derecho dentro del Estado de Derecho, la consagración institucional del “limbo” jurídico.

Este punto de partida nos permitirá comprender cómo esta doble desesperanza, el no ser de dentro ni de fuera, converge en la propia noción de arraigo que se maneja en sede normativa. La indefinición identitaria tiene su lugar común en la zona de indiferencia que constituye la ontología sustancial de un Derecho como el de extranjería, que expresa un estado de excepción y que resumimos en este trabajo en la fórmula de la inclusión excluyente y la exclusión incluyente. Este sustrato conceptual nos servirá, en efecto, para examinar la idea de arraigo que se infiere de un estudio crítico legislativo en el nivel de Derecho positivo interno, un enésimo criterio funcional sin referentes éticos⁹⁴.

Precisamente, a modo de epílogo de las múltiples paradojas de un sistema que se denomina garantista, aportaremos algunas reflexiones sobre la expresión última de oprobio de la política normativa de admisión. Se sintetiza en las inejecuciones de las

⁹³ El uso de la irregularidad en el discurso público tiene un importante valor simbólico [...] convirtiéndose en un vehículo que canaliza muchas de las ansiedades de nuestras sociedades : el temor al desempleo, a la inseguridad, el fin de la pretendida identidad nacional, etc. López Sala, *op. cit.* p. 47.

⁹⁴ La idea de arraigo en su singularidad normativa requiere indagar en aquellos aspectos que cualifican su ontología. Intentaremos inferir qué significado en sede especulativa puede desprenderse de esa observación empírico-normativa.

medidas de expulsión y de devolución, principalmente por ausencia de instrumentos convencionales de readmisión.

Su resultado es el peregrinaje por esa zona de incertidumbre donde el hombre es no-hombre y la dignidad es una quimera: la permanencia forzada en la situación de clandestino, la perpetuación de la situación de no-derecho de la persona⁹⁵. Desgraciadamente, con carácter general, tampoco la suspensión provisional de la orden de expulsión en sede judicial elimina esa “condena” a la clandestinidad de quien sólo es culpable de no poder ser expulsado.

⁹⁵ Desgraciadamente, el problema no es la existencia de residentes irregulares sino, como recuerda la respuesta de la Subcomisión de extranjería del Consejo General de la Abogacía al libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, que “el residente ilegal es desde el punto de vista social, jurídico, como sujeto de derechos, como persona, sencillamente inexistente. Tan sólo carne de expulsión”, disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/ResLibroVerde.pdf>, p. 2. La reciente aprobación de la norma comunitaria de retorno, un ejemplo fidedigno de parálisis del Estado de Derecho y de sus garantías fundamentales, confirma todos nuestros pronósticos. Véase Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM(2005)0391–C6-0266/2005–2005/0167(COD)), [consulta realizada el 20 de junio de 2008], disponible en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008_0293+0+DOC+XML+V0//ES.

PARTE I. LOS SUJETOS DE LA ADMISIÓN



CAPÍTULO I

LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA: EJE ESTRUCTURADOR DE LA CULTURA DEL CONTROL Y DEL DOMINIO

I. PUNTO DE PARTIDA

Desde su significado jurídico-político, la inmigración introduce un factor de desigualdad: la victoria de la razón de Estado frente a la justicia de los derechos¹. La presencia de inmigrantes se traduce, en el plano político-normativo, en la implantación y proliferación de mecanismos de coerción que dejan sin sentido a conceptos tan trascendentales del pensamiento político como justicia, libertad, nacionalidad, igualdad y poder². El vínculo sagrado de la unión Estado, nación y ciudadanía está en permanente lucha entre quienes defienden la postura fundamentalista de defensa de la estabilidad y seguridad frente a la justicia, y quienes abogan por priorizar la justicia³.

La relación entre “reserva” de admisión de los Estados, como potestad de orden público, y el derecho que asiste a toda persona a elegir la sociedad en la que quiere desarrollar su proyecto vital, es una de las tensiones constitutivas de la sociedad contemporánea⁴. La lógica del poder en las sociedades de nuestro tiempo entra en colisión con el *ius migrandi* de los extranjeros, hasta el punto de que es posible afirmar que estamos en presencia del dilema fundamental del inicio del milenio, sobre todo por sus repercusiones jurídico-políticas y sociológicas⁵.

¹ La “razón de Estado” es un concepto que hunde sus raíces en los inicios de la modernidad, precisamente para “legitimar” el poder personal del soberano absoluto frente al poder de la ley. En último término este concepto viene a justificar el poder de excepción del soberano, una soberanía que emana de la propia persona del monarca, la derogación del Derecho. Una reseña de esa doctrina en Maresca García-Esteller, M., “Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la Ley”, en Portilla Contreras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, 2005, p. 95 y ss.

² Zapata Barrero, R., *Multiculturalidad e inmigración*, Madrid, 2004, p. 76.

³ Una síntesis de esta dos posturas en Zapata Barrero, *ibidem*, p. 77.

⁴ Las reflexiones en torno al derecho de entrada, como apunta López Sala, A., M., aluden, en última instancia, a la existencia de un litigio entre el concepto de libertad y el de comunidad, “Los retos políticos de la inmigración”, en García Castaño, F. J. y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, 2002, p. 519.

⁵ La tensión entre protección de derechos humanos y protección de la soberanía se origina en el conflicto entre la autoridad para controlar la entrada en el país y la obligación de proteger a aquellos que se encuentran en su territorio. Sassen, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, op. cit., p. 73.

En el contexto migratorio se polemiza sobre la naturaleza de la admisión en la comunidad de destino. Esto es, si sólo existe una obligación moral o se encuentra superada por el deber jurídico. Incluso, si más que un privilegio unilateral del poder pudiera postularse abiertamente un derecho humano universal a formar parte del colectivo de acogida⁶. Las interrogantes se suceden. ¿Qué legitima que el Estado pueda decidir que unas personas tengan más fácil realizar sus derechos que otras en función de su origen?, ¿qué criterios justifican que pueda hablarse de “justicia” en la admisión de personas extranjeras?

Entendemos que el derecho de admisión de los Estados, una potestad que es el último gran reducto de soberanía estatal en un mundo globalizado y que aparece en el contexto del Derecho de extranjería en su expresión de libertad de circulación y residencia, es el paradigma de la política selectiva de personas y, por consiguiente, de sus derechos. La relación entre el poder que ostentan los Estados de reservarse la admisión de personas foráneas y el derecho a migrar se resuelve en una suerte de opción selectiva⁷. La entrada de inmigrantes en el territorio pasa a estar determinada por las elecciones que cada sociedad esté dispuesta a hacer sobre sí misma, como manifestación del derecho que tiene a la salvaguarda de su identidad y de su forma de vida⁸. La lógica de la soberanía, revestida de política de seguridad, pasa a constituirse –en forma de una potestad eminentemente policial– en pieza central en el ejercicio de los derechos fundamentales en

⁶ Un principio fundamental que debe sustentar cualquier concepto y fundamento de los derechos, deducible del término “derecho humano” en sí mismo, es que cada ser humano tiene y debe tener igual titularidad a las facultades denominadas “derechos humanos”, simplemente en virtud de la calidad de ser humano. Por todos, Ferrajoli, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, 1999, pp. 99 y 102; Harrison, M., M., “Reflexiones sobre el estudio de los derechos humanos y su fundamentación”. *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 2, 2005 [consulta realizada el 24 de marzo de 2006], disponible en http://universitas.idhbc.es/n02/02-03_harrison.pdf. p. 17; Yeatman, A., “Who is the subject of human rights?”, *op. cit.*, 2001, p. 115.

⁷ La carencia de una regulación conjunta entre los Estados de salida y de recepción es uno de los puntos de partida importantes en la lógica existente de la migración. Véase Del Valle Gálvez, J., A., “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*. Del Valle Gálvez, J., A., y Acosta Sánchez, M., A., (edit.), Cádiz, 2005, p. 138.

⁸ Silveira Gorski, H., C., “Democracia, multiculturalidad y extranjería”, en Zamora, J., A. (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración. Primeras Jornadas sobre ciudadanía, multiculturalidad e inmigración organizadas por el Foro “Ignacio Ellacuría”*, Solidaridad y Cristianismo, Estella, 2003, p. 62.

función de la nacionalidad⁹. Podemos decir que las políticas migratorias atienden prioritariamente a la menor afectación de la seguridad de los nacionales¹⁰.

El Estado tiene en sus manos la decisión trascendental de indicar qué extranjeros podrán poseer un estatuto “legal” o quiénes estarán “condenados” a permanecer en la invisibilidad jurídica¹¹. Esa decisión, por supuesto, trasciende cualquier visión jurídica para adquirir una relevancia ética, como iremos analizando a lo largo de este estudio.

La selección presente en la reserva de admisión es significativa porque la restricción de la libertad de movimiento se transmite a la mayoría de los derechos fundamentales¹². Lo que se decide cuando un extranjero puede o no ejercer un derecho como la libre circulación es la realización de derechos inherentes a una vida digna como el trabajo o la vida en familia, por citar los más significativos, derechos que se hacen depender en su disfrute, en último término, de la discrecionalidad pública¹³. Hay que adelantar que las normas de extranjería se estructuran sobre la diferenciación en el ejercicio de los derechos en relación con los nacionales y con los que les resulta de aplicación las normas comunitarias de libre circulación¹⁴. Es decir, la libertad de realización de los derechos que garantizan a la persona su subsistencia y su calidad de vida se hace depender de un “acto

⁹ Esta “razón de Estado” en la que convergen seguridad y justicia no tiene en cuenta que la cuestión de la extranjería, como parte de la política migratoria, es algo más que un problema de índole estrictamente político-jurídico. Marín Gámez, J., A., “Una visión de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros en España”, en *Revista de Derecho Político*, nº 61, 2004, pp. 40 y 49.

¹⁰ Un análisis de este objetivo y su función prejudicial en Miraut Martín, L., “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en *Justicia, migración y derecho*, Miraut Martín, L. (edit.), Madrid, 2004, pp. 334 y ss.

¹¹ La soberanía, “como poder estatal, es el medio en virtud del cual cualquier otra búsqueda, incluida la del poder mismo, es regulada”. Walzer, M., *Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y de la igualdad*, México, 1993, p. 291.

¹² En todo caso, será la “reserva de admisión” la que habilite el derecho a inmigrar, una potestad ésta que carece de autonomía jurídica y que no está formulada ni en nuestro ordenamiento jurídico-positivo ni en el comparado, ni tampoco en el Derecho internacional.

¹³ El utilitarismo en la concesión del derecho de libre circulación y residencia, en García Manrique, R., “Los derechos de ciudadanía en la Carta europea de derechos”, en *Justicia, migración y derecho*, Madrid, 2004, p. 249.

¹⁴ Incluso, como pondremos de relieve a lo largo de este estudio, el disfrute de los derechos adquiere matices en función de la calificación administrativa del extranjero inmigrante. Desde el residente permanente que se equipara *de facto* al nacional salvo en el ejercicio de derechos de carácter político, pasando por el residente temporal que no ostenta el derecho al trabajo, el extranjero en situación de estancia que, salvo las excepciones previstas, ni siquiera puede obtener la autorización de trabajo, hasta los “irregulares” que según estén o no empadronados tendrán derecho a la asistencia sanitaria básica o sólo de urgencia.

de admisión” que es el que permite que el extranjero se haga visible para el ordenamiento¹⁵.

En la “razón de Estado” presente en la “reserva de admisión”, el Estado goza de un margen amplio de discrecionalidad para admitir al inmigrante económico¹⁶. La sujeción del derecho al trabajo, de la residencia efectiva y sus derivados a una decisión administrativa entra en contradicción con la consideración de la dignidad de la persona como valor a proteger y, evidentemente, con el Derecho como sistema de garantías¹⁷. Nuestro déficit ético-jurídico tiene mucho que ver con el hecho de que nuestra mirada sobre la inmigración sea sobre todo una historia de precios y medidas, donde hay poco sitio para la dignidad¹⁸.

Naturalmente, la primera cuestión a plantear en este análisis es la socio-génesis del poder de reserva del Estado. Ese poder encuentra su fundamento en el concepto de soberanía que está en los orígenes del Estado-nación moderno, y sobre el que se ha legitimado la idea de la selección¹⁹. La importancia de estos conceptos en el *corpus* sustantivo del derecho de admisión de los Estados será analizada en el segundo epígrafe del capítulo, un sustrato teórico que, a nuestro entender, es clave para la comprensión de la idea que regula la materia de extranjería en Estados como el español. Tres ideas resultan trascendentales en este esfuerzo explicativo. En primer lugar, el Derecho de extranjería institucionaliza el tratamiento de la inmigración como un hecho problemático que se residencia en esa zona de indiferencia donde inclusión y exclusión se hacen indiscernibles, donde “el estar fuera siendo de dentro” y “el estar dentro siendo de fuera” se confunden.

¹⁵ Parafraseando a Hobbes, T., “la libertad del súbdito es consistente con el ilimitado poder del soberano”. *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, 1989, p. 176.

¹⁶ Cfr. Martínez Abascal, *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*, op. cit., pp. 55-56.

¹⁷ Siempre, teniendo presente, que el valor humano es una práctica moral. Parekh, B., *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*, Madrid, 2005, p. 200.

¹⁸ De Lucas Martín, F., J., “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)*, [consulta realizada el 24 de abril de 2007], op. cit., p. 5.

¹⁹ Indudablemente, un estudio exhaustivo de nociones tan significativas para una teoría del Derecho y del Estado como poder, soberanía, etc., excede los límites de este trabajo.

Su especificidad es el pretexto perfecto para la aplicación de reglas excepcionales²⁰. Segundo, la reactivación de la cultura del control y del dominio adaptada en sus fines al objeto del Derecho de extranjería; y por último, como corolario de las anteriores, la *criminalización* del inmigrante, objeto de un Derecho represivo y de extrañamiento²¹.

En un segundo estadio, preguntarnos por los derechos de los extranjeros requerirá escrutar la arquitectónica normativa y exegética que fundamenta las peculiaridades sobre las que se erige el régimen de derechos fundamentales de ese colectivo de personas²². Realizaremos una prospección general en el plano jurídico-normativo y jurisprudencial del orden constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros en general, y la libertad de circulación y residencia en particular, en el ámbito interno. La expresión jurídico-constitucional de este derecho de admisión es, desde nuestro punto de vista, un estadio analítico-empírico indispensable para comprender la naturaleza especial de un régimen de derechos llamado a ser, cuando menos, diferencial. Para ello, procederemos a analizar la caracterización constitucional interna de los derechos fundamentales de los extranjeros, especialmente la exegética del Tribunal Constitucional en la materia, sin olvidarnos tampoco de aproximarnos al marco comunitario. La idiosincrasia jurídico-positiva que se esconde detrás de la regulación de los derechos de los extranjeros, y cómo afecta cada una de esas situaciones al goce de los derechos fundamentales de estas personas, constituye el eje central de partida de cualquier debate sobre las cuestiones filosófico-normativas de las políticas de admisión de extranjeros inmigrantes.

La consagración del derecho a la libertad de circulación y residencia, como paradigma constituyente de la limitación de ejercicio de los derechos de los extranjeros, resulta decisiva desde el momento en que la sistemática de ese régimen normativo jurídico sintetiza el fundamento de todo el Derecho de extranjería. En el mundo jurídico de la inmigración, todo aspirante a superar el filtro selectivo que imponen las sociedades de

²⁰ Y donde no pueden existir soluciones ideológica y políticamente neutras porque ni la exclusión ni la inserción la son. *Cfr.* Karsz, S., “La exclusión: concepto falso, problema verdadero”, en Karsz, S. (comp.), *La exclusión: bordeando sus fronteras. Definiciones y matices*, Barcelona, 2004, p. 189.

²¹ Esta idea se aprovecha de la representación del criminal perfectamente definida por Foucault, M., “un enemigo común, objeto de una lucha desigual que encuentra expresión en el poder de castigar de la sociedad”. *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Madrid, 2000, p. 94.

²² En este estudio la noción de “extranjero” se va a delimitar, como se adelantó en la parte introductoria, por su alcance jurídico-positivo, en concreto con la que aparece en el ordenamiento interno de extranjería.

acogida tiene que esperar a una autorización del Estado, una declaración, para poder desarrollar sus derechos fundamentales²³. La comprensión de este significado, a partir del alcance y la naturaleza de este derecho en el plano positivo interno, nos ayudará en un estadio ulterior más reflexivo, como es la afectación de los principios de igualdad y dignidad producida por el derecho de admisión. De este modo, la libertad de circulación y residencia se va a convertir en el referente de la selección, al ser el punto de partida de la génesis de la jerarquización del estatus de las personas en función de su nacionalidad.

En este análisis nos interesamos, aunque de forma aproximativa y sin perjuicio de reflexiones posteriores acordes con el avance de las argumentaciones, por las limitaciones de los derechos fundamentales de quienes ni siquiera se discute si pueden ser o no admitidos: las personas que se encuentran en territorio español en situación irregular. En todo caso, representan la expresión más evidente, sintomática y radical de la asimilación jurídico-positiva y social de la diferenciación y la discriminación.

Finalizaremos el capítulo aportando unas consideraciones reflexivas sobre la sistematización del ordenamiento constitucional español en la cultura del control y del dominio que caracteriza a la modernidad tardía y que sitúa al inmigrante en una zona de indiferencia donde el *ius migrandi* y el poder de reserva se confunden y se separan.

II. EL PODER DE RESERVA Y LA CULTURA DEL CONTROL Y DEL DOMINIO

1. La paradoja del poder soberano, símbolo de la fuerza de su *Lebensraum*

En el mundo globalizado los Estados se han reservado uno de los últimos reductos de poder soberano: la potestad de decidir las personas que podrán asentarse en su territorio²⁴. En palabras de Vitale,

²³ En sentido amplio, el control de la migración es el último gran bastión del viejo orden de la soberanía nacional. Harris, N., *Thinking the unthinkable. The immigration myth exposed*, Londres, 2002, p. 124.

²⁴ El Estado asume, como una potestad natural que le corresponde, la de abrir o no la mano a la entrada y asentamiento de personas que no son sus propios nacionales. Santana Ramos, E., “Hacia una integración real de la inmigración en la sociedad receptora”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, 2004, p. 397.

en el choque de la migración moderna con la nueva realidad del Estado territorial que constituye la modernidad política y que defiende sus fronteras para hacer de éste un cerco prácticamente infranqueable [...] está el origen de la discriminación entre ciudadanos y extranjeros, en definitiva en la soberanía del Estado [...], siendo las fronteras de los Estados modernos, las responsables del nacimiento de la figura del extranjero, en parte correspondiente a la del migrante²⁵.

En torno a ese poder se construye toda la lógica del “interés público o de Estado”²⁶. Esta máxima sintetiza toda la excepcionalidad de un Derecho como el de extranjería no pensado precisamente para una defensa decidida de los derechos²⁷. La vinculación existente entre lo que se ha convenido en denominar “políticas de control de flujos” y el Estado democrático de Derecho es la *summa veritas* del Derecho de extranjería²⁸. Asistimos, en resumidas cuentas, a la restauración de “la razón de Estado”²⁹. La razón de Estado expresa la descompensación de la tensión entre poder y Derecho³⁰. Esta doctrina ha adquirido una relevancia como argumento práctico esgrimido para la negación, o cuando menos la complicación –a veces sistemática–, del ejercicio de derechos constitucionales a ciertas personas sencillamente por la única razón de ser extranjeros³¹.

²⁵ Vitale, E., *Ius migrandi. Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*, Barcelona, 2006, pp. 42-43.

²⁶ Una lógica que no se entendería sin el concepto de nación. En el pensamiento moderno, ya Maquiavelo caracterizó a la noción de nación como “poder político”, una primacía o *potestas* de la autoridad del sujeto sobre el objeto del mando, pero asimismo como “dominio” o ámbito y población sobre la cual se ejerce una determinada autoridad. Véase Chabod, F., *La idea de nación*, México, 1987, p. 176 y ss.

²⁷ La reacción del Derecho (LO 8/2000) ante la nueva situación de la inmigración ha sido tratar la misma como cuestión del orden público más que como una realidad de nuevos derechos que hay que configurar. Véase Marcos del Cano, A., M., “Inmigración y el derecho a la propia cultura”, en *Justicia, migración y derecho*, Madrid, 2004, p. 93.

²⁸ En esta idea incide Vitale al afirmar que los dos polos contrapuestos que surgen en la reflexión sobre los migrantes son la reivindicación de los derechos fundamentales del individuo, entre los que se encuentra el *ius migrandi*, y el derecho positivo de los Estados y las instancias supranacionales a adoptar una apariencia externa de “fortaleza”, *op. cit.*, p. 54.

²⁹ Algo que es anterior, y sobre todo ajeno, a la secuencia que lleva desde la hipótesis del estado de naturaleza al Estado constitucional de Derecho. Maresca García-Esteller, *op. cit.*, p. 95.

³⁰ Bergalli, R., “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”, en *Jueces para la Democracia*, nº 32, 1998, p. 59.

³¹ Freixes Sanjuán, T., y Remotti Carbonell, J., C., “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*, nº 44, 1998, p. 106.

La tensión constitutiva, propia de las democracias liberales, entre los derechos humanos y las reivindicaciones de soberanía política lleva a sacralizar el “interés público” por encima de cualquier consideración moral de los derechos de las personas foráneas, hasta el punto de que la distinción ética se constituye como valor que legitimaría la restricción e, incluso, el cierre de fronteras. Esa diferenciación, que se ve como irremediable e irreversible –aunque no sea incompatible con la apertura moral y la minoración de las desigualdades–, es más bien producto de un ejercicio interesado de los Estados para asegurar la paz social en sus países. Lo que ocurre es que el privilegio soberano del control de la comunidad y la potestad de establecimiento de las condiciones de admisión en su territorio siguen siendo entendidas como un beneficio del pueblo democrático, constituido por los ciudadanos, no por los extranjeros, que sólo apuntan a ser *objeto* del proceso³². Walzer subraya, en este sentido, que migración y emigración son moralmente asimétricas; es decir, el Estado ostenta un derecho a controlar la inmigración, aunque este derecho no lleva implícito el derecho a controlar la emigración³³. Ese rasgo de autodeterminación es fiel trasunto de la lógica del poder soberano³⁴. La construcción política del soberano se fundamenta en la paradoja presente en su *potestas decidendi* sobre el interior y el exterior, lo que está fuera y lo que está dentro, excluyendo en la inclusión e incluyendo en la exclusión³⁵.

³² “Las contradicciones que surgen en la gestión y gobierno de la inmigración en la actualidad se anclan en la existencia de un modelo de desequilibrio entre la oferta y la demanda migratoria, así como en el desajuste entre el reconocimiento de la libertad emigratoria por parte de los Estados liberales y del Derecho internacional, y el sometimiento del derecho a inmigrar a la soberanía de los países receptores”. López Sala, “Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada”, *op. cit.*, p. 71. Un completo análisis de la progresión histórica de la cuestión inmigratoria como asunto de gobierno, materia que excede del ámbito de este estudio, en Agrela Romero, M., B., *Análisis antropológico de las políticas sociales dirigidas a la población inmigrante*, tesis doctoral, ISBN 9788433841186, Granada, 2006, pp. 179-283.

³³ Walzer, M., *Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y de la igualdad*, *op. cit.*, pp. 51-52.

³⁴ Aunque no se puede iniciar una visión retrospectiva de las teorías sobre el poder como indicamos *supra*, metodológicamente se hace necesario indagar sobre algunas de las múltiples perspectivas explicativas del poder, para extraer, a partir de ellas, algunas respuestas al derecho de admisión que se opone al *ius migrandi* de los extranjeros inmigrantes.

³⁵ Precisamente la *perspectiva de la inclusión* parte de la situación diferenciada entre el inmigrante y el ciudadano, de la idea de considerar al inmigrante como “futuro ciudadano”. Zapata Barrero, R., “La retórica de la ciudadanía y la inmigración”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 177, 2007, p. 34.

El soberano tiene el poder de dar fuerza normativa a su palabra, de convertir el lenguaje propio en prescripción³⁶. La soberanía marca el límite, en el doble sentido de fin y de principio³⁷. Es decir, el nihilismo empieza y acaba donde finaliza la soberanía. El poder soberano convierte estos patrones epistémicos, en apariencia susceptible de discernimiento, en un inviable racionalmente desde el instante en que ejerce su potestad electiva. De este modo, el poder termina por hacer de esas categorías su esencia, precisamente definidas por la indiferencia con la que son tratadas por el soberano. Por consiguiente, la legitimación del poder se erige sobre la capacidad de dominio de la inclusión y la exclusión³⁸. Decidir quién está dentro implica crear todo un imaginario dialéctico de quién es considerado de afuera³⁹. En la zona de interacción entre los dos pares conceptuales es donde encontramos posibles explicaciones al poder de reserva de los Estados en general, y a la limitación de la libertad de circulación y residencia, en particular.

Este poder supremo de la elección del límite a partir del cual todo lo visible se confunde con lo invisible, y en el que el dentro y el afuera son dos realidades indiscernibles, define la estructura sustantiva de la soberanía. De esta manera, la excepción soberana, la *Ausnahme schmittiana*, ese monopolio de la decisión de cierre, se erige en esencia de la soberanía del Estado⁴⁰. En estas decisiones electivas el soberano

³⁶ Quien tiene el poder es el que establece la diferencia, quien discrimina y marca la pertenencia. Quesada Castro, F., “Política y cultura ¿una relación agonística?”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, 2001, p. 82.

³⁷ El poder, como recuerda Bobbio, N., es “el modo de control que determina el comportamiento ajeno situándole en la imposibilidad de actuar de otra forma”. *El tiempo de los derechos*, Madrid, 1991, p. 76.

³⁸ “El poder existe a través de la sociedad para producir los fenómenos de inclusión y los de exclusión, los cuales no podrían ser comprendidos si ellos no abarcasen los demonios y los deseos de los débiles como de los poderosos [...]”; en definitiva ambas son causas de desviación. Young, J., *La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Madrid, 2003, p. 129.

³⁹ En el Estado moderno, la soberanía se convierte en poder unitario, supremo y legalmente ilimitado. Parekh, *op. cit.*, p. 273. En palabras de Landowski, E., “el extranjero se singulariza por una diferencia de ‘naturaleza’ que se establece sobre la base de una discontinuidad formulada explícitamente entre un ‘dentro’ del que no forma parte, y un ‘fuera’ al que pertenece. “Ellos y nosotros: notas para una aproximación semiótica a algunas figuras de la alteridad social”, en *Revista de Occidente*, nº 140, enero 1993, p. 102. Desde nuestro punto de vista, no está claro que ese ‘fuera’ sea siempre un universo de pertenencia asegurada para el extranjero inmigrante.

⁴⁰ Schmitt define al soberano simplemente como aquel sujeto que *de facto*, esto es, con éxito, decide sobre la situación excepcional, a diferencia de los grandes clásicos modernos de la filosofía política (Bodin, Hobbes, Rousseau, etc.), para quienes la soberanía designa la cualidad de un sujeto político (el titular del poder soberano, obviamente) que se caracteriza por tener atribuida una serie más o menos amplia de potestades o facultades supremas enumerables, en especial, la potestad de dictar normas jurídicas abstractas revocables

ejerce su poder de mando y control⁴¹. En el fondo, cualquiera de las manifestaciones de ese poder decisorio confluiría en la expresión de una norma imperativa que no viene sino a hacer de lo excepcional lo general, de la excepción la norma ordinaria⁴². Precisamente, como recuerda Bobbio, “la excepción confirma la regla justamente en cuanto excepción, ya que, si valiese siempre el criterio de la excepción, no existiría ya excepción y tampoco existiría regla”⁴³. La excepción, como dispositivo de poder, se adquiere porque el soberano puede convertir la norma en no-norma, la naturaleza en Derecho, hasta el punto de poder situarse fuera de la ley sin incumplir la ley por la simple circunstancia de que sólo él decide dónde están los límites de validez de la norma⁴⁴. Aquí radica la esencia de lo que en puridad es “la razón de Estado”, un concepto no siempre bien entendido en el discurso sociológico y político. Quien puede cuestionar la validez de una norma está reafirmando su poder de excepción⁴⁵. En terminología schmittiana, la excepción soberana es el *Ortung* fundamental del espacio jurídico-político. En perfecta contradicción, al suspender las reglas generales de funcionamiento de una sociedad, el Estado, como

sólo por él mismo, y, por consiguiente, equiparan el poder soberano a un haz de potestades exclusivas. Campderich Bravo, R., “Soberanía, “Estado dual” y excepcionalidad: de Carl Smith a los Estados Unidos del siglo XXI”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 15, 2007 (Ejemplar dedicado a las *XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política*, “*Problemas actuales de la Filosofía del Derecho*”, *Universidad de Alcalá*, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007), [consulta realizada el 12 de enero de 2008], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_15.htm, p.2; en sentido análogo Donini, M., “El Derecho penal frente al ‘enemigo’”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, pp. 21-27; Gómez Orfanel, G., *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, 1986, pp. 45 y 54-55.

⁴¹ “La estructura del poder en sí mismo precede y sobrevive a todos los objetos, de forma que el poder, lejos de constituir los medios para un fin, es realmente la verdadera condición que permite a un grupo de personas pensar y actuar en términos de categorías medios-fin”. Arendt, H., *Sobre la violencia*, Madrid, 2005, p.71. La célebre expresión “el fin justifica los medios”, como recordara Bobbio, admite solamente imperativos hipotéticos: ‘si quieres, debes’. Bobbio, N., *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, Madrid, 1997, p. 152.

⁴² Este “espacio libre del Derecho” [el Derecho de excepción], como lo califica Donini, perpetúa un dominio jurídicamente incontrolado de la política sobre el Derecho, deslegitimado injustamente más allá de los límites de aceptabilidad, dejando completamente insatisfechas cualesquiera soluciones jurídicas obligadas respecto a fenómenos excepcionales verdaderos, *op. cit.*, p. 77.

⁴³ Bobbio, *op. cit.*, p. 133.

⁴⁴ En la excepcionalidad de la norma, se reproduce fielmente la máxima hobbesiana de la no-sujeción del soberano a ley civil alguna: quien sólo está obligado a sí mismo, no está obligado en absoluto. Leviatán, *op. cit.*, pp. 216 y 260. Como recuerda Jiménez Sánchez, el poder soberano, en la teoría política hobbesiana, es un poder irrestricto. Jiménez Sánchez, J., J., “Sobre el poder soberano”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 40, 2006, pp. 84-85.

⁴⁵ La autoridad política se ejerce en nuestros días en términos que se entienden mejor según el modelo de la razón de Estado que el que ofrecen las teorías jurídicas del poder. Maresca García-Esteller, *op. cit.*, pp. 100-101.

expresión soberana, está certificando la validez de la norma como regla de Derecho positivo, dotando a ésta de significación precisamente por su relación dialéctica con la excepción.

La disolución de la frontera que separa norma y excepción, que está en el sustrato conceptual de la lógica del poder soberano, permite afirmar que el Estado soberano se construye sobre la diferencia, pero una diferencia que, siguiendo el razonamiento expuesto, sólo existe en el umbral de indiferencia en el que habita el soberano⁴⁶. El dilema inclusión/exclusión viene a ser una fiel transposición de esa lógica soberana de hacer indiferente lo diferente; convierte el utilitarismo de la excepción en la mejor herramienta para distinguir a los de afuera, al “otro”, pero lo que queda fuera sólo resulta comprensible desde ese “dentro” que el soberano se ha encargado de elaborar⁴⁷. Todo lo calificado como excluyente será el objeto de la excepción⁴⁸. Lo que es rechazado es el fundamento de la inclusión, y la admisión presente en la inclusión sólo se entiende desde la excepción de quién está afuera.

Precisamente, el estado de excepción, como estructura política fundamental, ocupa progresivamente el primer plano en nuestro tiempo y tiende, en último término, a convertirse en la regla⁴⁹. Vivimos en unas sociedades donde la excepción está cada vez más presente como forma de distinción. El soberano distingue porque él mismo es distinción. Sin ir más lejos, diferencia lo metajurídico de lo normativo dándole su sentido en esa zona de indiferencia que es la excepción soberana⁵⁰.

En este sentido, las expresiones “permitir la entrada” y “ordenar la salida” remiten al poder de reserva que tiene el soberano. La salida no existe si no se parte de la premisa de un “adentro” y lo mismo sucede a *sensu contrario*. Esos pares sólo existen desde el

⁴⁶ Una diferencia que trasciende su significación jurídica para adquirir connotaciones psicosociológicas. Al respecto, véase la idea de hostilidad que se analiza en el capítulo segundo.

⁴⁷ El poder se desenvuelve en esa psicología de la incorporación y no dejarse incorporar que tan brillantemente expusiera Canetti, E., en su obra *Masa y poder*, Madrid, 2000, p. 238 y ss.

⁴⁸ La excepción es una especie de exclusión, pero lo excluido se mantiene en relación con la norma en la forma de suspensión, de modo que *la norma se aplica a la excepción desaplicándose, retirándose de ella*. Agamben, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, 1998, p. 30.

⁴⁹ Agamben, *ibidem*, pp. 32-33.

⁵⁰ La excepción soberana (como zona de indiferencia entre naturaleza y derecho) es la presuposición de la referencia jurídica en la forma de su suspensión. *Ibidem*, p. 34.

voluntarismo de quien puede “interiorizar” y “exteriorizar”. Evidentemente, el distanciamiento entre ambas acciones define el límite del poder. Allí donde no es posible dilucidar la capacidad de interiorización del poder, éste ha quedado desposeído de su naturaleza. En el momento en que no tiene capacidad para incluir lo que está afuera y excluir lo que está dentro, el poder soberano ha firmado su óbito.

La supervivencia y la invulnerabilidad son dos rasgos que hacen al poder. La victoria frente al enemigo es el símbolo de la afirmación de esa invulnerabilidad⁵¹. Será el cuestionamiento del poder, la sustracción a su juicio, el punto de inflexión a partir del cual el poder pierda su razón de ser. En cierto modo, si transponemos esta metáfora al mundo de los Estados-nación, podemos concluir que el Derecho se ha constituido en estos últimos dos siglos en mecanismo idóneo que permite al poder controlar a sus enemigos incorporándolos a su interior⁵². El poder debe *autoconservarse* si quiere sobrevivir, y la única forma de supervivencia es la autoafirmación ante el extraño hasta hacerlo parte suya⁵³.

La relación entre ajenidad y mismidad, entre el ser ajeno y ser uno mismo, es una relación compleja⁵⁴. Los caminos no necesariamente convergentes de la pertenencia y la inclusión le permiten al soberano estructurar su poder sobre la excepción⁵⁵. Desde nuestro punto de vista, el poder de reserva de admisión de los inmigrantes extranjeros tiene en esta

⁵¹ Si es cierto que el Derecho penal no tiene como destinatario a la persona *jurídica*, esto es, a la persona entendida como construcción normativa, sino al *hombre*, entendido como individuo humano, entonces no debe ser posible fundamentar legítimamente ningún “Derecho penal del enemigo”, esto es, ningún ordenamiento diferente y excepcional. Gracia Martín, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado “Derecho penal del enemigo”, en *Revista electrónica de Derecho penal y Criminología*. nº 7, 2005 [consulta realizada el 21 de abril de 2006], disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, p. 42.

⁵² Una fidedigna transposición del derecho de vida y muerte que define al poderoso. Canetti, *Masa y poder*, *op. cit.*, p. 273.

⁵³ En cierto sentido, el ciudadano, una expresión de ese poder soberano, ostenta el poder frente al inmigrante. *Cfr.* Zapata Barrero, “La retórica de la ciudadanía y la inmigración”, *op. cit.* p. 34.

⁵⁴ Como advierte Barcellona, P., la subjetividad jurídica y el orden jurídico convencional se estructuran hoy en una dinámica contradictoria, una forma de conexión que permite a los individuos permanecer juntos y a la vez perennemente aislados. “La teoría de sistemas y el paradigma de la modernidad”, en Portilla Contreras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, 2005, p. 23.

⁵⁵ En pura lógica schmittiana, el soberano es quien determina con éxito en el mundo moderno qué extremo de la alternativa representada por el binomio normalidad/excepcionalidad debe prevalecer en un cierto tiempo y lugar, y qué consecuencias concretas tendrá la situación de excepción una vez constituida. Campderich Bravo, “Soberanía, “Estado dual” y excepcionalidad: de Carl Smith a los Estados Unidos del siglo XXI”, *op. cit.*, p. 3.

estructura lógico-política uno de sus principales fundamentos teóricos. Precisamente el “estar entre dos mundos” es un mecanismo de cierre del sistema⁵⁶. Toda apelación a la morfología jurídica diferencial de los derechos de las personas en función de su procedencia, se fundamenta en la indistinción que, paradójicamente, lo que permite es legitimar el trato excepcional porque la inversión de la excepción –la regla general– sólo beneficia a los que no están en ese *indecidible* entre lo externo y lo interno, entre la exclusión y la inclusión, entre el *nómos* y la *phýsis*⁵⁷.

El estado de excepción, una topografía donde conviven interior y exterior, exclusión e inclusión, es un mecanismo de reproducción autopoietica que se instrumentaliza a través de la asepsia de la diferencia en la indiferencia⁵⁸. El extraño es tratado como un “diferente”, pero está sometido a la indiferencia que se produce en ese umbral indiscernible entre lo que está dentro y lo que está afuera. Las mismas reglas remiten a la admisión y al rechazo, en definitiva, a un tipo de pertenencia segregadora y asimilador al mismo tiempo y únicamente válido desde la potencia del soberano. Estaríamos en presencia de lo que Young denomina una sociedad bulímica, que consume y asimila a las personas y luego las expulsa resueltamente⁵⁹.

La tensión entre exterior e interior es esencial para que el poder sea capaz de su autorrealización. Su capacidad de juicio sólo se entiende desde esa tensión, cuya renovación permitirá su supervivencia. La inclinación a la hostilidad, a incluir excluyendo y excluir incluyendo, es un elemento constitutivo del poder⁶⁰. En el fondo, en el poder de reserva de admisión está presente esta tensión, apareciendo la admisión como una

⁵⁶ Nos preguntamos si en el contexto de esta inclusión exclusiva y exclusión incluyente realmente no estamos retrocediendo a ese estadio preliberal de anomia regulativa, de indiferencia hacia las diferencias, que Ferrajoli establece como uno de los cuatro modelos de configuración jurídica de las diferencias. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, *op. cit.*, pp. 74-75.

⁵⁷ Agamben, *op. cit.*, p. 42.

⁵⁸ Una perspectiva conceptual apta para deconstruir “el igual derecho de todos a la afirmación y tutela identitaria, en virtud del igual valor asociado a todas las diferencias que hacen de cada persona un individuo diverso de todos los otros y de cada individuo una persona como las demás”. Ferrajoli, *op. cit.*, p. 76.

⁵⁹ Young, *op. cit.* p. 133.

⁶⁰ Precisamente lo que parece hacer la decisión soberana schmittiana es proyectar, dirigir, el conflicto político existencial hacia un enemigo político interno o exterior que refuerza la cohesión social dentro del territorio estatal, que refuerza, por decirlo así, la cohesión nacional. Campderich Bravo, *op. cit.* p. 6.

expresión del poder de perdón que ejerce el soberano para perpetuar el control y el dominio sobre los demás⁶¹. Esa zona de indiferencia entre la exclusión y la inclusión legitima la suspensión de la regla general necesaria para el ejercicio de cualquier acto de excepción del poder. Si ese acto permite ser incluido desde la exclusión, la ausencia de la excepción privaría a ese umbral o frontera de esa característica de discernimiento. El hostil no va a dejar de serlo por un acto de perdón⁶². Este acto viene a decir sólo que, desde nuestra superioridad, toleramos al ajeno pero sólo circunstancialmente⁶³. Indudablemente, cuando se perdona se está realizado un acto de elección. La decisión de elegir a los perdonados es un acto de firmeza del poder, un episodio de admisión a la vida social de quien había sido proscrito por enemigo⁶⁴.

2. La emancipación del Derecho como fin en sí mismo, el punto de encuentro de la idea de selección

En la lógica del poder de excepción, el Derecho ha pasado de ser un instrumento a convertirse en un fin en sí mismo⁶⁵. Si la modernidad supuso el fenecimiento del poder fundamentado en el dominio de una persona humana sobre otra, desde nuestro punto de vista, y ésta es una hipótesis que formulamos, en el estadio de modernidad tardía que vivimos, el poder autorizado y sostenido por la ley ha perdido su función característica de defensa de los derechos de las personas para autojustificarse a sí mismo como *telos*.

⁶¹ Aunque, en último término, como subraya Canetti, el poderoso nunca perdona realmente. *op. cit.*, p. 352.

⁶² Canetti sintetiza de forma contundente esta afirmación. Para el autor italiano, la *gracia* es un acto muy elevado y concentrado del poder, pues presupone la condenación, *ibidem*, p. 353.

⁶³ En posteriores capítulos veremos como esta idea regulativa está presente en los criterios materiales de selección de extranjeros en la política normativa interna.

⁶⁴ *Cfr.* Naïr, *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 14. O, como subraya Ramírez Avilés, en la mirada distópica, el tipo de pensamiento utópico se caracteriza por la descripción detallada de una sociedad que debe evitarse, el enemigo, en nuestro caso, es el inmigrante. Ramiro Avilés, M., A., "El derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes, una utopía para el siglo XXI", en *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, n° 18, época II, enero 2008, pp. 108-109.

⁶⁵ En la perspectiva sistémica, la autorreferencia –la capacidad de los sistemas para tomar conciencia de sí y delimitarse respecto de un entorno o ambiente– no es una huida hacia el aislamiento del sistema como mónada autosubsistente; es más bien un mecanismo operativo que posibilita autoorganizar mejor su lógica relacional de modo que, como pone de manifiesto Vallespín Oña, F., "la autonomía del sistema no significa así, que el sistema esté aislado o sea totalmente independiente, sino sólo, que es a él mismo a quien compete regular las lógicas de sus dependencias o independencias". "La otra postmodernidad: la teoría de sistemas de N. Luhmann," en Vallespín Oña, F. (coord.), *Historia de la Teoría Política, vol. 6, la reestructuración contemporánea del pensamiento político*, Madrid, 1992, p. 315.

El Derecho como racionalidad instrumental al servicio de la autonomía personal, como medio de ordenación de los vínculos sociales, es el legado que nos ha transmitido la modernidad⁶⁶. La independencia del sujeto jurídico, implícita en la sociedad moderna, es una “auténtica subversión y un vaciamiento radical del imaginario tradicional”⁶⁷. Sin embargo, asistimos en la actualidad al extrañamiento del ser autónomo legitimado moralmente en su inmanencia ontológica en aras de la autorreferencia jurídica, y sin otro objeto declarado que servir a la perpetuación del sistema de poder moderno. En estos tiempos de crisis del modelo del Estado social, los derechos individuales, que habían legitimado el proyecto moderno desde la primacía de lo jurídico, invierten su papel y ahora son legitimados por un Derecho que se justifica a sí mismo, sin atención a elementos externos. El universalismo de los derechos choca y se ve sobrepasado por las exigencias de una sociedad eminentemente funcionalista, que manipula el sentido de justicia de la igualdad hacia una versión economicista y determinista de la misma⁶⁸.

En esta auténtica *catarsis* desempeña un papel relevante la crítica inveterada al estatuto epistemológico de las ciencias humanas, como punto de inflexión en la representación de todo el mundo del pensamiento social en nuestros días. Se cuestiona toda la ontología social tradicional, pero destaca *prima facie* la digresión sobre la capacidad del ser individual para seguir constituyendo el centro de ese esquema gnoseológico. En efecto, la *seidat* se desplaza en aras de un estructuralismo social, de una racionalidad medida y calculada sin atención a elementos personales, “un triunfo de la superioridad del sistema sobre el individuo”⁶⁹. En la *ontología del presente*, el hombre moderno ha quedado superado por un poder omnicompreensivo que se piensa a sí mismo.

⁶⁶ La autonomía es verdaderamente un bien humano fundamental y, en consecuencia, constituye un gran valor social defender las sociedades que la proporcionan. Mc Cormick, N., “¿Es filosóficamente creíble el nacionalismo?”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, p. 67. Sin embargo, junto a ese absoluto, la modernidad trajo el absoluto del sujeto político. Amato, S., “El universo del sujeto y la universalidad de los derechos”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, pp. 178-179.

⁶⁷ Barcellona, *op. cit.*, p. 13. La razón propia de la libertad humana comprende el dominio interno de la conciencia, libertad en la determinación de nuestros propios fines y libertad de asociación entre individuos. Mill, J., S., *Sobre la libertad*, Madrid, 1988, pp. 68-69.

⁶⁸ Siempre teniendo presente la paradoja de la igualdad del derecho moderno, como recuerda Resta, E., derecho e igualdad son al mismo tiempo presupuesto y resultado del otro. “El derecho fraterno, igualdad y diferencia en el sistema de derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, p. 196.

⁶⁹ Sauquillo González, J., “El discurso crítico de la modernidad: M. Foucault”, en *Historia de la Teoría Política*, vol. 6, *la reestructuración contemporánea del pensamiento político*, Madrid, 1992, p. 260.

El ser individual como concepto queda “inutilizado” y con él toda la filosofía humanista heredada desde el período ilustrado⁷⁰.

El concepto de *poder*, clave en esta línea de pensamiento, adquiere una dimensión funcional, estructural, hasta tal punto significativo para nuestro objeto de estudio que hace que la idea de selección responda a una función compleja de poder: el aseguramiento de los procesos políticos, económicos y sociales necesarios para la supervivencia del sistema. El elemento de soberanía popular, núcleo de la organización política que ve la luz en los albores de la modernidad, cede su espacio a una idea de poder “inmanente”, más desligada de fundamentos ético-morales. El poder empieza a justificarse “en sí mismo” a través de sus distintas ramificaciones, por supuesto mediante el Derecho, parte instrumental de la concepción mecanicista que trasciende a sus partes pero que no puede prescindir de éstas⁷¹. Se ha producido una metamorfosis del poder, donde más que la teleología del mismo, interesa su materialidad efectiva; más que la ontología, su funcionamiento y operatividad⁷².

Si aplicamos este cuerpo conceptual a nuestro objeto de estudio, podemos concluir que se está produciendo, de forma silenciosa, una emancipación y deificación del Derecho que no duda en dejar desasistido a todo aquel que es calificado como “extraño”, principalmente cuando es calificado de inmigrante extranjero en general, y de “irregular” en particular. Esta anulación de la autonomía personal, la despersonalización, delimita el

⁷⁰ La conciencia de dignificación de la persona, como ser merecedor de igual consideración y respeto, hunde sus raíces en la propia tradición religiosa judía, pero encuentra su verdadera formulación teórica en la doctrina filosófico-política iusnaturalista, con especial relevancia en el moralismo kantiano y su principal imperativo categórico: el hombre como fin en sí mismo. El humanismo racional que formuló este pensador es trascendente por la centralidad del sujeto moral. La razón posibilita a la persona la capacidad de elección y realización de una determinada idea del bien, que nadie sino sólo él mismo está legitimado para alcanzar.

⁷¹ La presencia de la idea de la nacionalidad y su proyección en los derechos, incide directamente y desmiente uno de los rasgos que tradicionalmente se utilizan para describir a éstos: la consideración de los derechos como límites al Poder. De Asís Roig, R., “La participación política de los inmigrantes. Hacia una nueva generalización de los derechos”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, octubre de 2005)*, [consulta realizada el 10 de marzo de 2006], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_12.htm, pp. 5-6.

⁷² Cfr. Foucault, M., *Saber y verdad*, Madrid, 1985, p. 166. El pensador francés incide: “[...] un derecho de soberanía y una mecánica de la disciplina: entre estos dos límites se juega el ejercicio del poder [...]; límites que son tan heterogéneos que no pueden reducirse el uno al otro”. *Microfísica del poder*, Madrid, 1992, p. 159.

sentido del poder de reserva⁷³. La “desapropiación” del individuo termina por desvirtuar su propia capacidad liberadora de raciocinio, en aras de un poder sistémico que va a reflejar y organizar su carácter de fuerza unitaria sin limitaciones a su libertad.

Si los derechos absolutos son una entelequia para las personas, el poder se arroga el más poderoso derecho sin cortapisas: decidir dónde se establece lo excepcional y lo normal en la aplicación de los derechos. Ésta es la verdadera expresión del poder tardomoderno, la indiferencia hacia los derechos de quienes están sometidos a la reserva de admisión. La fuerza del Derecho, del poder coercitivo, termina por producir una consolidación de la autonomía del sistema jurídico, con un efecto de alejamiento, de desencuentro de la finalidad protectora a la que está orientada la producción jurídica. Lo que está en entredicho es la legitimación que se sitúa en el sustrato social de la modernidad: la fuerza del “contrato social”. El Derecho produce aquellas “ficciones” que requiere el poder para operar efectivamente y que le permiten desligarse de una concepción jurídica del mismo⁷⁴. Y, evidentemente la construcción del Derecho de extranjería como Derecho selectivo es una de ellas.

En la excepción soberana en la que se mueve la lógica de la inclusión y la exclusión, la igualdad moral de las personas es una condición necesaria pero no suficiente para la libertad cognitiva y volitiva de raciocinio. Y es que la inclusión excluyente viene a poner de relieve que el admitido podrá ser un igual pero no libre para decidir su futuro⁷⁵. La implementación de los mecanismos selectivos de la práctica jurídica vendría así a actuar como frontera moral de los derechos de las personas, un complemento perfecto a la frontera física⁷⁶.

⁷³ Como subraya Pomares Cintas, E., “el concepto de inmigrante va unido a un *estatus de inferioridad legal* que se acentúa extraordinariamente cuando el inmigrante es ‘ilegal’”. “Las incongruencias del derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)”, en Zugaldía Espinar, J., M. (dir.); Pérez Alonso, E., J. (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia, 2007, p. 301.

⁷⁴ Sauquillo González, *op. cit.*, p. 277.

⁷⁵ Saavedra López, M., lo expresa así: “la igualdad ante la ley no es lo mismo que la igualdad de derechos”, concluyendo que “pueden ser moralmente iguales [se refiere a los individuos], pero no libres para decidir cómo quieren vivir”. “La universalidad de los derechos humanos en un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas”, en VV. AA., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, 2002, p. 257.

⁷⁶ Profundizaremos en esta idea en el capítulo tercero, cuando se analicen los mecanismos selectivos procedimentales de entrada y salida que implementa la política normativa interna de extranjería.

Quizá pueda alegarse que el dominio de lo jurídico sobre la naturaleza humana, sobre la libertad personal, es un precio a abonar por la realización efectiva de esa *potestas decidendi*, un consentimiento encadenado a la fuerza omnímoda de los principios imperativos que decidimos darnos para salvaguardar una pertenencia no amenazada. Sin embargo, la anulación de la autonomía individual, la institucionalización de esa violencia legítima tardomoderna que es el derecho de decidir quién es admitido y quién es expulsado, ha terminado por justificar la separación de mundos de vida⁷⁷. La introducción de un proceso selectivo en la sociedad moderna atiende a un cuidado y práctico funcionalismo de los distintos sistemas que componen el todo social, común a todo estructuralismo, en el que cualquier función social es diferenciada de las demás pero sin que prevalezca sobre las demás.

La *reductio ad unum* que emprende el Derecho en general, y su particular expresión –el derecho de admisión–, pretende consolidar esa zona de nadie donde las relaciones entre los distintos miembros de la sociedad se simplifica y se hace compleja, donde la diferencia de los inmigrantes extranjeros calificados en función de una situación administrativa de legalidad o ilegalidad se concibe indisoluble de su indiferencia⁷⁸.

No resulta extraño, partiendo de esta idea regulativa, que la respuesta de las sociedades del nuevo milenio ante la llegada masiva de foráneos sea una llamada a la fiscalización y restricción de los límites de pertenencia, la instauración de un estado de excepción donde todos estén incluidos desde la diferencia y excluidos desde la indiferencia. Es por ello, que el límite es un arquetipo de representación que el sistema crea y utiliza para la unidad de la diferencia de sí mismo con su entorno, una diferencia que, sin embargo, solo adquiere sentido en su contacto con el entorno.

Sin *complejidad* el sistema no tendría razón de ser. Sin la reducción de la complejidad en la zona de indiferencia entre exclusión e inclusión, el sistema no garantizaría su supervivencia, su poder. La explicación autorreferencial termina por producir una consecuencia lógica. El sistema termina por convertirse en *última ratio* de todo lo

⁷⁷ La evolución social es un proceso de diferenciación, “de selectividad social constante a través de la articulación de un complejo entramado de roles, normas instituciones, etc.” Vallespín Oña, *op. cit.* p. 311.

⁷⁸ Tal y como afirma Bauman, Z., la difícil situación de los ‘extranjeros’ a quienes se coloca y se mantiene en una inquietantemente indefinida ‘zona gris’ [...] ha sido siempre la encarnación misma de la ambivalencia. *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, 2007, p. 163.

comprensible, lo realizable; en “juez y parte” de un mundo que se estructura desde la visión teleológica que irradia desde la “sociedad sin hombres”⁷⁹. Toda la carga simbólica del bien y el mal, de la legitimidad moral de los mundos de vida, descansa en último término en la condición autorrepresentativa del sistema. La simplificación que supuestamente pretende realizar el sistema mediante el mecanismo de reducción le permite al mismo establecer potencialidades de selección. En una palabra, elegir entre distintas alternativas posibles y cumplir con aquellas que garanticen que el sistema siga siendo lo que es: algo que avanza mecánicamente, con intervención de la voluntad humana pero que trasciende esa voluntad⁸⁰. En este sentido, la simplificación selectiva de la realidad viene a introducir, paradójicamente, mayor complejidad al introducir la contingencia como parámetro rector de la ontología del poder⁸¹.

3. El *ius migrandi*, la utopía del “derecho a tener derechos”

En la etapa histórica de la segunda posguerra mundial se comprendió que la concepción represiva del poder, cuyas ramificaciones alcanzaban a todos los ámbitos de la vida social, no garantizaba los derechos de las personas. La democracia de la posguerra se empezó a construir proclamando la categoría universal de los derechos de la persona⁸². Desde el punto de vista práctico, se puede discutir sobre la ineficacia de esa declamación

⁷⁹ La seidad autorreferente está constituida de unidad y diferencia. Es el conjunto de su propia identidad (con constitución especialmente relacional) y de las diferencias que lo distinguen de los demás, en un perfecto camino dinámico de progresión de la diferenciación. Izuzquiza, I., *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría del escándalo*, Barcelona, 1990, p. 109.

⁸⁰ Los sistemas son “el resultado del procesamiento selectivo de la multiplicidad de hechos, circunstancias y posibilidades”. Vallespín Oña, *op. cit.*, p. 312.

⁸¹ Toda la teoría sistémica luhmanianna gira alrededor de la idea de diferencia selectiva, por lo que en puridad lógica la diferenciación constituye el núcleo de la autorreferencia. El sistema se sostiene en la diferencia, más concretamente en la unidad de las diferencias como se indicó *supra*, por lo que la autorreferencia es un pensarse a sí mismo, a las diferencias que unen el todo sistémico en perfecta asimetría con las diferencias que no entran en el esquema conceptual y vital del sistema. Se es diferente a los demás porque se es autorreferente y se es uno mismo con identidad reforzada y clara diferencia frente a los otros. Izuzquiza, *op. cit.*, p. 108. Precisamente, si hay un dato que caracterice al Derecho de extranjería ese es su contingencia. Polo Sánchez, M., C., *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, 1994, p. 34.

⁸² La *positivización* de los derechos como normas constitucionales no obstan a que puedan ser fundamentados de manera exclusiva en la moral pero lo que sí implica es que la juridicidad ha de estar presente en su estructura con independencia de su posible contenido moral. De hecho la *positivización* de los derechos de la persona no vino sino a dar carta de naturaleza jurídica al universalismo moral de la yoidad. Señala Habermas que “en cuanto tales, forma parte del sentido de los derechos humanos que requieran el *status* de derechos fundamentales que deberían ser garantizados en el marco de un ordenamiento jurídico existente, sea nacional, internacional o global.” *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, *op. cit.*, p. 178.

universal⁸³. Como pone de relieve Agamben, “en el sistema de la nación-Estado los llamados derechos sagrados e inalienables del hombre aparecen desprovistos de toda tutela y realidad precisamente en el momento en que no es posible configurarlos como derechos de los ciudadanos de un Estado”⁸⁴. La universalidad de los principios morales como canon de humanidad (la libertad de la personalidad y los derechos inherentes a la dignidad y consideración de la persona), tal y como está concebida en la cultura occidental es una idea programática deudora de la pertenencia a la comunidad política⁸⁵.

Precisamente, lo que empezaba tímidamente a discutirse en estas coordenadas socio-históricas es la mediatización de la “reserva” de admisión de los Estados como potestad de orden público con la consideración ética del posible derecho que asistiría a toda persona de elegir la sociedad en la que quiere desarrollar su proyecto vital. La consideración del derecho de “reserva” como privilegio unilateral del poder, concebido como expresión de un poder omnicomprendivo y autorreferencial, se encontraría limitado, si no jurídica al menos moralmente, por la postulación de un derecho humano universal a formar parte del colectivo de acogida⁸⁶. Lo que estaría en juego, como afirma De Lucas Martín, es que

⁸³ “Una de las causas de la crisis del Estado de bienestar es precisamente su incapacidad para poner en práctica el modelo de diferencia igualitaria de los derechos universales. Si definimos las Declaraciones de Derechos como respeto a la dignidad humana, por encima de las positivizaciones institucionales de estos derechos [...] quizá estemos hablando nuevamente de la tolerancia”. Hernández Losada, J., M., “La tolerancia y el futuro del liberalismo”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, 2001, p. 221.

⁸⁴ Agamben, G., “Política del exilio”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 82.

⁸⁵ Cfr. Etxeberria, X., “El extranjero como igual y como extraño”, en VV. AA., *El extranjero en la cultura europea de nuestros días*, Bilbao, 1997, pp. 393-394, 398 y 401-402; Bauman, *Ética posmoderna*, op. cit., p. 51. Si bien dentro de estas coordenadas, los derechos van a suponer el reconocimiento y protección de una serie de bienes que, partiendo de la idea igual de sujeto moral, favorecen en un determinado momento espacial y temporal el logro de la libertad moral (dándose el caso de que, obviamente, también restringen y delimitan planes posibles de vida). De Asís Roig, R., “Sobre la discriminación positiva: especial referencia al Derecho Europeo”, en Mariño Menéndez, F., M. y Fernández Liesa, C. (dir. y coord.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, Madrid, 2001, p. 40.

⁸⁶ “Los derechos humanos como derechos morales no son sino el fundamento de los derechos humanos reconocidos positivamente, en tanto que en esta última situación aquéllos constituyen el mínimo que afecta por igual a quienes aceptan [...]. La dificultad radica, indudablemente, en llegar a concluir cuál sea ese mínimo”. Jiménez Sánchez, J., J., “La fundamentación de los derechos humanos. Los derechos humanos como derechos morales”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 1, 1998, [consulta realizada el 6 de febrero de 2008], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_1.html. Evidentemente, también sería necesario partir de la premisa de la distinción entre derechos morales como concepto y como conjunto de normas. Rigamonti, C., P., “Deconstructing moral rights”, en *Harvard international law journal*, vol. 47, nº 2, 2006, p. 412.

todos los seres humanos sean reconocidos como sujetos desde su carácter insustituible, desde su diferencia, su *otreidad*⁸⁷.

En este aspecto, sin duda, la teoría arendtiana célebremente condensada en la expresión “derecho a tener derechos” ha constituido la mayor apelación a la defensa del derecho de todo ser humano a pertenecer a alguna comunidad⁸⁸. No obstante, conviene traer a colación que la diagnosis de Arendt se movía en unas coordenadas históricas concretas. Su discurso personal sobre todo hace hincapié en los asilados y refugiados y sus consecuencias derivadas, como es el caso de las pérdidas de ciudadanía y la persecución por razones políticas y religiosas, unas categorías de personas creadas por el sistema de Estados-nación al que, en el fondo, la autora nunca cuestionó⁸⁹.

Sin embargo, si se medita sobre la situación ética de los inmigrantes en nuestra época, muchas de las afirmaciones de Arendt son *mutatis mutandi* perfectamente extrapolables. Señalaba la autora que “las leyes que no son iguales para todos revierten al tipo de los derechos y privilegios, algo contradictorio con la verdadera naturaleza de los estados-nación”⁹⁰. Pues bien, en materia de extranjería, estamos retrocediendo éticamente al estadio de la pre-modernidad, ese tiempo en el que el ejercicio de una facultad era un privilegio calculadamente administrado por el poder. El Estado-nación ha abdicado de sus obligaciones, considerando que la existencia de condicionamientos para el ejercicio de los derechos de los “otros” regenera la idea de los derechos como ventaja especial o exclusiva

⁸⁷ De Lucas Martín, F., J., “Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, 2002, p. 47.

⁸⁸ Un tipo de derecho moral, proclamado metafísicamente, pero que adquiere su plena materialización en el reconocimiento de la condición de miembro de una sociedad, derecho que impone un deber moral paralelo formulado de forma evocadora del imperativo moral kantiano: la protección y el respeto al otro. Este doble paralelismo entre el derecho moral a la membresía y una cierta forma de trato compatible con el derecho a la membresía es puesto de manifiesto por Benhabib, S., quien realiza un concreto análisis de los múltiples significados del “derecho a tener derechos” que formuló Arendt. *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, 2005, pp. 50-53.

⁸⁹ La teoría arendtiana reitera la contradicción abierta entre derechos humanos y el principio de soberanía nacional, la gran paradoja del sistema de Estados-nación originado en los tiempos revolucionarios. Los derechos constituyen la fisonomía legitimadora de los Estados constitucionales modernos, pero la expresión soberana del poder es la instancia que posibilita la realización de esos derechos. Arendt, H., *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, 2006, p. 420.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 412.

a la que no todos serán llamados. ¿Pueden los extranjeros inmigrantes invocar los derechos contra la soberanía del Estado como un ser completamente emancipado, portador de su propia dignidad, si su ejercicio está sujeto a una concesión? La situación de frontera ética en la que se sitúa al extranjero inmigrante hace muy compleja la realización de sus derechos⁹¹. Como dijera Arendt, “en un mundo que ha liquidado casi por completo el salvajismo, el ser humano que ha perdido su lugar en una comunidad queda abandonado con aquellas cualidades que normalmente sólo pueden destacar en la esfera de la vida privada”⁹².

El Derecho de extranjería está dominado por el equilibrio constante entre las obligaciones morales de los Estados a reconocer que el otro tiene derechos [distinto es definir cuáles] y el propio interés de supervivencia del sistema. En otras palabras, el Estado no adquiere un compromiso incondicional respecto a los extranjeros. El deber moral que asume, en todo caso, no es exigible si el Estado no convierte al mismo en norma jurídica. Es más, se invierten los principios fundamentales del Estado democrático de Derecho retrocediéndose a un “Estado de policía”, donde, en general, la acción de los particulares se admitía sólo mediante autorización de la Administración, previa valoración de su adecuación al interés público⁹³. De manera precisa, si el derecho universal a pertenecer que posee cada persona humana nos impone un deber moral *imperfecto* [imperfecto en cuanto puede permitir excepciones e incluso puede ser anulado por motivos legítimos de autopreservación]⁹⁴, esa obligación moral está mediatizada por los denominados intereses públicos. Esos intereses se materializan, principalmente, en las medidas de control de fronteras y en las normas de admisión y expulsión de extranjeros⁹⁵.

Una de las cuestiones más significativas de extranjería que se debate en nuestros tiempos es la preponderancia en este sector jurídico de los deberes condicionales o

⁹¹ Cfr. el análisis que se realiza en los capítulos tercero y quinto de este estudio.

⁹² *Ibidem*, p. 425.

⁹³ Véase Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, 1995, p. 29.

⁹⁴ Benhabib, *op. cit.*, p. 36.

⁹⁵ “Unas ‘fronteras’ que delimitan las decisiones de las personas para actuar y moverse libremente y desplazarse por esos espacios que lo económico no prefija [...]”, Gallego Ranedo, C., “La ‘extranjería’ como frontera entre ser y no ser “ciudadano”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos. Segundas Jornadas Derechos humanos y libertades fundamentales*, Zaragoza, 2001, p. 84.

imperfectos⁹⁶. La tensión, por un lado, entre el derecho moral y las obligaciones naturales de las que somos deudores con todos los demás y, por otro, el particularismo ético presente en la organización político-jurídica llamada Estado-nación, termina por institucionalizar una suerte de exclusión en cada acto de inclusión que se pretende sea respuesta a ese derecho moral universalista a la pertenencia⁹⁷. La condición de nación no es un hecho social carente de ambigüedad; es una pretensión política impugnable, y a menudo impugnada⁹⁸. El Estado-nación moderno es igualitario, pero también es un sistema de dominio y control⁹⁹. Admitir que el ordenamiento de extranjería es un cuerpo jurídico de deberes perfectos sería realizar un ejercicio voluntarista pero desajustado de la realidad misma. Los presuntos motivos legítimos de autopreservación [la calidad de vida, los signos de identidad cultural, etc.] del sistema político- nacional, son la *causa efficiens* que activa y estructura todo el entramado de defensa del orden de extranjería como un sistema constituido por deberes mediatizados y condicionados en orden a la subsistencia del marco establecido¹⁰⁰.

Como analizaremos en el último capítulo de este trabajo, la figura del migrante se desenvuelve en el intersticio de dos mundos: el espacio de la libertad personal, algo que no se puede negar a cualquier ser humano, y el permanente cuestionamiento de esa esfera de libertad por el muro existencial que erige toda potencial sociedad de destino¹⁰¹. La

⁹⁶ En este aspecto del debate (la relación entre los derechos y el poder coercitivo), vuelve a reaparecer la eterna discusión de la relación entre derechos fundamentales y derechos morales. Cfr. Habermas, *op. cit.*, pp. 174-178.

⁹⁷ Un derecho, como recuerda Kymlicka, W., a sentir una membresía compartida, en definitiva, que los ciudadanos identifiquen a sus conciudadanos como uno de “nosotros”. “Educación para la ciudadanía”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, 2001, p. 277.

⁹⁸ Brubaker, R., “Mitos y equívocos en el estudio del nacionalismo”, en Hall, J., A. (edit.), *Estado y nación. Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo*, Cambridge, 2000, p. 361.

⁹⁹ Y que extrae su aptitud para el funcionamiento jerárquico de los valores de autoridad y de desigualdad que articulan la familia matriz, como afirma Todd, E., *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, Barcelona, 1996, p. 202.

¹⁰⁰ Si “la dialéctica propio/ajeno produce ruptura con el propio sistema al quedar roto el rasgo de la identidad y la pertenencia”, González Radó, V., *Justicia y globalización*, Madrid, 2000, p. 42, la inmigración fortalece el proyecto nacional europeo al cumplir la función simbólica de autoafirmarse frente a lo exterior, sobre los significados de identidad, progreso y cohesión que suponen *estar* en la Unión Europea. Agrela Romero, *Análisis antropológico de las políticas sociales dirigidas a la población inmigrante, op. cit.*, p. 296.

¹⁰¹ Véase Mezzadra, S., *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, 2005, p. 48.

libertad de movimiento, expresión principal del derecho a la libertad, uno de los paradigmas axiológicos que definen al Estado moderno, no puede ser una facultad admitida para unos y rechazada para otros. La huída que emprende el migrante tiene una finalidad fundamental: la conquista de la libertad de decidir sobre su futuro. La contraposición de resistencias a este derecho es la fórmula de las sociedades europeas occidentales para monopolizar los tiempos y los espacios de realización de las personas. En todo caso, aunque la purga de esa fuga de los migrantes hacia un mundo mejor tenga el sentido racional de ordenar una necesaria conducta humana, no encuentra ninguna contrapartida en la compleja justificación moral de la prevención y preservación de las sociedades receptoras de inmigrantes extranjeros¹⁰².

El Estado territorial moderno tiende a gobernar –obstaculizando y limitando– las entradas que se producen en su territorio, hasta el punto de que las fronteras han terminado por convertir a los errantes en *barbaroi* internos por excelencia¹⁰³. La recuperación del papel de los derechos en esta “lucha ética” es importante, como lo ponen de relieve autores contemporáneos como Vitale. El filósofo italiano incide en el malestar y en los sufrimientos materiales y morales que unen y a la vez distinguen a los migrantes entre sí, delineando una tipología antropológica de migrantes que podría constituir un ejercicio preliminar útil para la doctrina de los derechos fundamentales entendida como “la ley del más débil”. A su juicio, sería un buen argumento moral externo la reafirmación de la necesidad de garantizar el derecho a migrar, un derecho que remite al corazón de la doctrina de los derechos fundamentales del individuo, esto es, al *habeas corpus*, a la libertad personal y de movimiento¹⁰⁴. Desgraciadamente, las aportaciones de este tipo que abogan por la preservación del *ius migrandi* como parte constitutiva de los derechos fundamentales de la persona transitan sólo momentáneamente por el camino de la utopía.

¹⁰² Hay que tener siempre presente que los derechos humanos son una exigencia ética, significando, ante todo, un proyecto de emancipación individual y colectiva de la humanidad, como se encarga de recordarnos Rubio Carracedo, J., ...[et al.], *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Madrid, 2000, p. 162.

¹⁰³ Vitale, *op. cit.*, p. 51.

¹⁰⁴ *Ibidem*, pp. 63-64. Subsumir los problemas derivados del derecho de la persona a migrar como una cuestión de justicia distributiva global, como han realizado pensadores de la talla de Rawls, responde a una estrechez de miras de una teoría de justicia que quiera denominarse mínimamente inclusiva. Quizás, tendríamos que preguntarnos si la renuencia a que la teoría normativa de la justicia aborde decididamente las dificultades para la admisión de los extranjeros en la sociedad política de las comunidades de destino, en concreto el derecho a formar parte de una comunidad, no es una forma de desalentar el cuestionamiento crítico del sistema social completo y hermético al que responde la democracia de la admisión selectiva.

El pragmatismo de la conexión de la ciudadanía, los derechos y la pertenencia es tan resistente que alcanza más de doscientos años de subsistencia¹⁰⁵.

4. La reactivación de la cultura represiva, una reafirmación ante el “otro”

La estrategia del Estado soberano en materia de extranjería es tributaria de la cultura del control social que se ha fortalecido desde el último tercio del siglo pasado¹⁰⁶. Ante la expansión de soluciones correccionalistas y de solidaridad con el otro extraño, se ha impuesto la operatividad policial y punitiva del Derecho como signo de fuerza de un poder debilitado por la fuerza de la globalización¹⁰⁷. El mito jurídico-político del Estado soberano, unitario e indivisible, está sometido a un proceso de erosión¹⁰⁸. La propia mutación del concepto de seguridad conlleva la predisposición de los ciudadanos a aceptar que se sacrifiquen buenas dosis de libertad o justicia como precio para intentar alcanzar una “sociedad de seguridad total” que, en realidad, en el nuevo mundo globalizado, es simplemente inalcanzable¹⁰⁹.

La reserva de admisión es expresión de la tutela de la libertad de realización de los distintos derechos fundamentales de los extranjeros, en cuanto es la que habilita para el

¹⁰⁵ Como advierte Rubio Castro, A., el concepto de ciudadanía deja de ser sólo un estatus de acceso al mundo de los derechos, para convertirse además en fundamento de pertenencia, participación y capacidad de acción en la sociedad. “Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, p. 774.

¹⁰⁶ Un excelente análisis de la transición desde la Modernidad a la Modernidad tardía como movimiento de una sociedad *includente* a otra *excludente*, en Young, *La sociedad “excludente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, op. cit., p. 17 y ss.

¹⁰⁷ En respuesta a la irrenunciable modernidad global, los sistemas político-jurídicos mitigan el uniformismo de la aldea global mediante una reafirmación de sus vínculos comunitarios, como afirma Davidson, A., “Ciudadanía y migración. ¿derechos para aquellos sin pertenencia?”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, 2003, p. 51. En la dialéctica impertérrita entre lo propio y el extraño, en un mundo donde se hace deleznable cualquier ostentación de particularismo económico y sociológico, la pertinencia de los signos de pertenencia, la defensa de las singularidades identitarias es un intento de mitigar la debilitación de los lazos comunitarios en la causalidad consecuente del proceso global o, lo que es lo mismo, estamos ante lo que Sousa Santos denomina “localismo globalizado”. Véase su aportación “Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 277.

¹⁰⁸ Mardones Martínez, J., M., “El multiculturalismo como factor de modernidad social”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, 2001, p. 40.

¹⁰⁹ Martín y Pérez de Nanclares, J., “El nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia en el proyecto de Constitución para Europa”, en Vargas Gómez-Urrutia, M., y Salinas de Frías, A. (coord.), *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 2, Sevilla, 2005, p. 876.

disfrute de los mismos¹¹⁰. En este sentido, el *ius migrandi* termina donde empieza el poder de admisión de los Estados. Es decir, la falta de autonomía del derecho a migrar se sintetiza en la libertad “condicional” del inmigrante aceptado. Su plasmación jurídica son las autorizaciones y sus sucesivas renovaciones¹¹¹. El inmigrante gozará de libertad en la medida que la lógica del control lo permita. La subordinación del ejercicio de un derecho a una autorización del poder es la forma más notoria de exteriorizar el dominio y sometimiento sobre la persona¹¹². Todo dominio es poder y la disposición que hace el soberano cuando permite o niegue el ejercicio de los derechos de los “otros” es un acto de superioridad, de ratificación de la dependencia del inferior.

La nueva cultura política surgida de esa pérdida de fe, del descreimiento, ha sabido aprovecharse del “estado de ánimo” social, de la crisis de poder del Estado en un mundo globalizado, de la inseguridad presente en la deslocalización de los mercados, de la ausencia de referentes morales unívocos¹¹³. Se ha reconstituido el orden social en un tono más excluyente que solidario, más comprometido con el control social que con la provisión social, y más afín con las libertades privadas del mercado que con las libertades públicas de la ciudadanía universal¹¹⁴.

En torno a este paradigma se ha ido elaborando con el transcurso de los años una estructura social y política de control y dominio en la que se es menos permisivo moralmente con el extraño. En este esquema el inmigrante, como el “otro” por excelencia, es el objeto de la desaprensión de la pérdida de fe en uno mismo, es fuente de atracción del miedo al futuro, adalid de la crisis moral de unas sociedades ensimismadas y carentes

¹¹⁰ En el fondo, se está alterando la naturaleza de los derechos fundamentales, limitándose lo que Schmitt denominara como “esferas de la *Libertad*” de las que resultan derechos, y precisamente derechos de defensa” siendo precisamente reconocidos y protegidos por el Estado. Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid, 1982, p. 169.

¹¹¹ Esas concesiones “formalizan” los criterios de selección de extranjeros inmigrantes por los que opta el legislador. Al respecto, nos remitimos al análisis que se realiza en el capítulo cuarto.

¹¹² Como argumentó Foucault, “el derecho transmite, funcionaliza relaciones que no son exclusivamente relaciones de soberanía sino de dominación”. Entre su extensa obra, *Microfísica del poder*, *op. cit.*, p. 150.

¹¹³ Apunta Bauman que “el más horrendo de los nuevos temores añadidos es el miedo a ser incapaces de impedir o conjurar el hecho mismo de tener miedo”. *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, *op. cit.*, p. 124.

¹¹⁴ Véase Garland, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, 2005, p. 314.

de referentes axiológicos, en definitiva, el nuevo sujeto penal en sentido amplio¹¹⁵. En un contexto de inseguridad ontológica, el “otro” aparece como el diferente necesario para reafirmar los valores propios¹¹⁶. Asistimos, no sin preocupación, a una asimilación entre los problemas de inseguridad e inmigración¹¹⁷. Estos temas pasan a un primer plano entre las inquietudes de la opinión pública. Todos sabemos evidentemente que la pretensión de ejercitar el *ius migrandi* no es un delito, y que el inmigrante no es un delincuente. Sin embargo, el inmigrante, por el hecho de no tener “papeles” es tratado, en no pocas ocasiones, peor que un delincuente¹¹⁸.

El aseguramiento del vínculo social está amenazado por la anestesia cívica de una masa desactivada por la inercia que produce la plena consecución de derechos¹¹⁹. Este ensimismamiento, en un mundo en que todo está ganado, desde la ociosidad hasta la libertad, es el mejor mecanismo de vaciamiento del *ius migrandi*¹²⁰. Existen escasos espacios de realización en lo que denominamos paralelo *Estado del malestar*; una

¹¹⁵ Un análisis de la crisis moral postmoderna, por todos, en Bauman, *Ética posmoderna*, *op. cit.*, p. 24 y ss. Esta “sociedad de extraños” abierta, porosa y móvil ha generado prácticas de control que intentan hacer que la sociedad sea menos abierta y menos móvil. *Ibidem*, p. 273.

¹¹⁶ “Por que existe una inseguridad ontológica, existen intentos repetidos de reafirmar los valores como si fueran morales absolutas [...] ser punitivo y excluyente en vez de permeable y comprensivo”. Young, *op. cit.* pp. 33-34. El contraproyecto normativo de la sociedad del riesgo es la seguridad; es el arquetipo del sistema axiológico de la comunidad del miedo. Véase Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, 1998, pp. 55 -56.

¹¹⁷ Por todos, Blázquez Ruiz, “Derechos humanos, inmigración, integración: propuestas y reflexiones desde el ámbito de la filosofía política y jurídica”, *op. cit.*, p. 93 y ss.

¹¹⁸ Esta circunstancia queda perfectamente expresada en palabras de Foucault, “[...] la delincuencia es un instrumento para el ilegalismo que forma en torno suyo el ejercicio mismo del poder”, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, *op. cit.*, p. 285. Piénsese, a modo de ejemplo, que un nacional español no va a poder ser objeto nunca de alguno de esos vuelos de repatriación hacia la miseria en los que, en no pocas ocasiones, se han denunciado una absoluta vulneración de los derechos de las personas.

¹¹⁹ El hecho es que el derecho a inmigrar, además de no estar reconocido en los textos, ha sufrido un fuerte retroceso en la visión social que domina en torno a este tema, lo que ha venido al hilo de unas políticas de inmigración en las que evitar la entrada de inmigrantes se ha señalado cada vez más como su objetivo central. Pajares Alonso, M., “Inmigración y políticas de integración”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos*. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006), [consulta realizada el 3 de febrero de 2008], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_14.htm, p. 3.

¹²⁰ Tomar en serio el *ius migrandi* como derecho humano fundamental universal requiere que se plantee su relación, no sólo con el derecho a dejar libremente el propio país, sino sobre todo con el derecho de inmigración como derecho de acceso, derecho de poder optar por la pertenencia a otra comunidad, a otra sociedad política. De Lucas Martín, “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, *op. cit.*, pp. 29-56.

metamorfosis política que rescinde cualquier voluntad contractual, apela al no-Derecho y abdica de cualquier legitimidad moral. La división de dos realidades, por un lado la nación de la prosperidad y de la desidia y, por otro, la nación de la marginalidad, de la presencia de la ilegalidad y de la represión del extraño, solivianta y agudiza la tensión vital entre distintas formas de expresión identitaria y está quebrando las defensas de la salud democrática de nuestras sociedades.

El cuestionamiento de las políticas y prácticas que ha desarrollado el Estado de bienestar es parte fundamental de la enésima reactivación de la cultura represiva del poder. Las respuestas del control no son ajenas a las nuevas actitudes de desconfianza hacia la carencia de legitimación y eficacia del Estado del bienestar. El mito del poder represivo del soberano puede haber estado, en mayor o menor medida, aletargado, pero siempre ha sido la expresión máxima de soberanía. Como subraya Mardones, estamos en un momento en el que la sociedad moderna experimenta una sacudida en su conciencia moral y política¹²¹. En estos tiempos que vivimos, tiempos de ruptura que algunos denominan posmodernidad (Habermas y los estructuralistas), modernidad líquida (Baumann) y otros, resistiéndose al cambio de ciclo, de modernidad tardía (Young, Garland, entre otros muchos), la cultura de la represión se ha desprendido de su máscara¹²². Parece como si la lección aprendida tras los totalitarismos que sacudieron los cimientos de las sociedades democráticas durante la primera mitad del siglo pasado se hubiera olvidado sin reparos.

Esta cultura forma parte de un proceso complejo de reafirmación del control y del dominio sobre la sociedad, un control y dominio que la misma sociedad acepta para salvaguardarse de la presencia del extraño. De todos modos, y aquí radica su novedad, la regeneración del poder represivo adquiere rasgos diferenciadores que lo distinguen de otras épocas.

¹²¹ Mardones Martínez, *op. cit.*, p. 41.

¹²² Un desenmascaramiento que, como indica Garland, en relación con el control del delito, es el resultado de opciones políticas y decisiones administrativas radicadas en una nueva estructura de las relaciones sociales y coloreadas por un nuevo patrón de sensibilidades culturales, un nuevo patrón de presupuestos cognitivos, compromisos normativos y sensibilidades emocionales que se ha inscrito en el campo del control, *op. cit.*, pp. 39 y 286.

En primer lugar, el poder de control de admisión de los Estados se desenvuelve en la práctica con una inquietante aproximación al “Derecho penal del enemigo”¹²³. Desde nuestro punto de vista, siempre en sentido metafórico, la adopción de las categorías dogmáticas del Derecho penal (culpa, pena, libertad condicional, etc.) es un mecanismo de caución de la restricción en el ejercicio de los derechos de los inmigrantes extranjeros, en especial del derecho a la libre circulación y residencia. Vivimos en una etapa en la que se asiste de forma preocupante a la transformación del sentido del Derecho. Sus garantías dejan paso a la auto-justificación de su coerción. En todo caso, a la omnipresencia del “interés público” o, lo que es lo mismo, a la omnipotencia de la sociedad receptora en terminología toddiana¹²⁴ se ha unido, en una relación recíproca, el propio debate sociológico acerca del entendimiento en el imaginario colectivo de la figura del “otro”¹²⁵. El discurso del otro y el de la “razón de Estado” están, pues, conectados¹²⁶. En la vorágine manipuladora del lenguaje social “cualquier extranjero es susceptible de ser considerado

¹²³ Hay una normalización del “Derecho penal del enemigo” porque, debido a la generalización del modelo de medidas utilizadas por este *no-Derecho penal*, su uso se está empezando a ver como algo normal y casi necesario por parte de la ciudadanía como subraya Miró Llinares, F., “Persona o enemigo: vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro “Derecho penal del enemigo” de Ghünter Jakobs y Manuel Cancio Meliá”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, nº 1, julio 2006 (ejemplar dedicado a la inmigración) [consulta realizada el 16 de junio de 2007], disponible en http://revistasocialesyjuridicas.umh.es/Revista/Contenido1_files/10-Miro-1.pdf, p. 157; en sentido análogo, lo califica Donini, al subrayar que en un primer significado es un Derecho de la peligrosidad, de la prevención y del “estigma”, “El Derecho penal frente al ‘enemigo’”, *op. cit.*, p. 28. Lucas Martín lo define como instrumento que justifica la creación de un ámbito de infra-Derecho, “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 208. Una reseña de los antecedentes doctrinales en la modernidad del “Derecho penal del enemigo” en Gracia Martín, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, en *Revista electrónica de Derecho penal y Criminología* nº 7, 2005 [consulta realizada el 30 de marzo de 2008], disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>, pp. 11-18; Portilla Contreras, G., “Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo”, en *Jueces para la Democracia*, nº 49, 2004, pp. 43-50; del mismo autor, “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Portilla Contreras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, 2005, pp. 57-85.

¹²⁴ Todd, *op. cit.* p. 20.

¹²⁵ Un discurso que trata de dilucidar el proceso intelectual que se infiere de la construcción sociopolítica y jurídica de la alteridad, sintetizada en la figura del migrante extranjero no comunitario, como elemento determinante de una relación social desigualitaria. Una realidad relativa (los otros son los otros de un heterogéneo nosotros) y asimismo relacional (los otros de un nosotros son un nosotros que nos ve como otros). Santamaría Lorenzo, E., *La incógnita del extraño. Una aproximación a la significación sociológica de la “inmigración no comunitaria”*, Madrid, 2002, p. 7. Véase asimismo la interesante reflexión de Gallego Ranedo relativa al proceso de construcción del otro en la frontera entre el ser o no ser, “La ‘extranjería’ como frontera entre ser y no ser ‘ciudadano’”, *op. cit.*, pp. 83-96.

¹²⁶ Para las implicaciones del citado imaginario socioantropológico nos remitimos al análisis que se realiza en el capítulo quinto, por un lado, sobre el arraigo como factor constitutivo de la flexibilización del “derecho de admisión” y, por otro, del ser migrante extranjero como perfil de la candidatura al “desarraigado” (un “estar dentro siendo de fuera”).

como emigrante”¹²⁷. El modelo hobbesiano del Leviatán en el que prima la seguridad, el control y el dominio sobre los individuos, se ha actualizado y ha ocupado efectivamente el sitio de los derechos de quienes han sido etiquetados como persona fronteriza¹²⁸.

Un referente cualificado de este nuevo “Derecho penal” es el inmigrante extranjero, una persona sobre la que se hace recaer todo el aparato represivo del sistema¹²⁹. El inmigrante es culpable de intentar encontrar una identidad perdida, de estar dentro siendo de fuera y estar fuera estando dentro, de querer ejercer sus derechos¹³⁰. Esa culpabilidad y la pena que se le impone, ser el “otro extraño”, sólo pueden ser redimibles, de forma imperfecta eso sí, mediante la libertad condicional que, de algún modo, está implícita en la admisión. El inmigrante nunca será del todo libre porque su condena es identitaria.

En segundo lugar, el *ius puniendi* se ha redefinido, diversificándose sus fuentes de aplicación. En efecto, en las sociedades de inmigración como la española, asistimos a una progresiva privatización del Derecho penal¹³¹. El particular, en concreto el empresario, va a ostentar, en la práctica mayoría de los casos, el poder último sobre la visibilidad o invisibilidad jurídica del inmigrante extranjero¹³². Asistimos a una individualización de la

¹²⁷ Blázquez-Ruiz F., J., “El fenómeno de la inmigración. Discurso xenófobo, discriminación e integración”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, 2004, p. 161. Y es que “el discurso constituye una vía esencial de manifestación y perpetuación de las estructuras de poder presentes en la sociedad”. Casero Ripollés, A., “Discurso mediático, inmigración e ilegalidad: legitimar la exclusión a través de la noticia”, en Zapata-Barrero, R., y Van Dijk, T., A., (edit.), *Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, Barcelona, 2007, p. 69.

¹²⁸ La política de admisión de extranjeros inmigrantes, tradicionalmente sometida al criterio de la “seguridad” y el “interés nacional”, responde al paradigma hobbesiano de Estados potencialmente hostiles que compiten entre sí a escala global, un último reducto de la soberanía estatal en un mundo crecientemente globalizado. Colom, F., *Razones de identidad. Pluralismo cultural e integración política*, Barcelona, 1998, pp. 235-236.

¹²⁹ En la binaria oposición jakobsiana entre un derecho penal del ciudadano y un derecho penal del enemigo (*versus* no persona), el extranjero inmigrante no estaría lejos de poder ser calificado, al albur de la política normativa en la materia, en esta última categoría, sin olvidarnos, como recuerda Donini, que la fórmula de Jakobs no se preocupa mínimamente de definir los límites de legitimidad de las categorías introducidas, *op. cit.*, p. 50.

¹³⁰ De buscar “algo que produce uno mismo para sí, reflejando sus elecciones respecto a aquello que es realmente valioso para él”. Miller, D., *Sobre la nacionalidad: autodeterminación y pluralismo cultural*, Barcelona, 1997, p. 62.

¹³¹ La difusión temporal y espacial del control induce a distribuir entre los ciudadanos y las diferentes agregaciones sociales la responsabilidad de la garantía de la seguridad. Brandariz García, J., A., “Nuevo capitalismo, prisión y lógicas del castigo”, en *Mientras tanto*, nº 102, 2007, p. 77.

¹³² En el capítulo cuarto será analizado ese poder a colación de los criterios materiales de selección.

seguridad y colectivización de la inseguridad, que genera menores costos y permite un mayor control¹³³.

En tercer lugar, se ha extendido el alcance material de la expresión penal. El *ius puniendi*, como medida de poder, se ha extralimitado de su natural topografía. En unas sociedades donde el inmigrante extranjero no es sujeto pleno de derechos, el ejercicio del poder penal, una potestad que en una comunidad democrática tiene que restringirse en la medida de lo posible, se ha extendido hasta hacerse característica del poder de reserva de los Estados¹³⁴. Control, dominio, represión e inmigrante son términos sinónimos en una sociedad que ha hecho del nuevo Derecho penal su cultura. Como veremos en posteriores capítulos, los ejemplos son contundentes. ¿A qué responde la retención en las zonas de tránsito de los aeropuertos, la detención en los centros de internamiento, la expulsión, la devolución, el poder “absoluto” del órgano consular en materia de concesión o denegación del visado y otros tantos ejemplos?¹³⁵

La gestión del riesgo, en la situación histórica que vivimos, no encuentra ataduras morales. El Derecho aplicado al inmigrante extranjero es un legado de nuevas formas de desacreditación y humillación públicas, una expresión abierta de la nueva cultura del control y del dominio. El control deviene fin en sí mismo, no es medio instrumental para alcanzar funciones ulteriores de normalización de las subjetividades humanas¹³⁶. La política punitiva ha encontrado en el Derecho de extranjería un campo abonado para su extensión. ¿Qué mejor que despersonalizar, embridar la libertad moral de las personas inmigrantes extranjeras, sirviéndose de esa nueva concepción represiva del Derecho?

¹³³ Funes Ayuso, L.,... [et al.], “ Seguridad: la inseguridad y la subjetividad”, en *Actas de las Jornadas del Graduat en Criminologia i Política Criminal, 2000 y 2001*, Barcelona, 2003, p. 77.

¹³⁴ El retorno del concepto “peligrosidad” y el uso plural de mecanismos preventivos de futuros riesgos en el “interior” del Estado-nación se complementa con el impulso de la figura del estado de excepción permanente, con la creación de espacios ocultos al derecho. Portilla Contreras, G., “Globalización del antiterrorismo. El retorno del derecho penal al estado de naturaleza”, en *Viento sur: por una izquierda alternativa*, nº 83, 2005, p. 31.

¹³⁵ En puridad, podría afirmarse que las medidas policiales y administrativas, en este nuevo contexto, son las que permiten actuar de modo más funcional, mucho más que el Derecho penal en sentido estricto. Donini, *op. cit.*, p. 54.

¹³⁶ Brandariz García, “Nuevo capitalismo, prisión y lógicas del castigo”, *op. cit.*, p. 76. O, como recuerda Portilla Contreras, se legitima la creación de un Derecho policial en el que rige la persecución del autor. “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, *op. cit.*, p. 71.

Parafraseando a Garland, asistimos impertérritos a la reinención de la prisión como medio de contención incapacitante¹³⁷. La prisión, en sentido metafórico, se constituye en el principal mecanismo de exclusión y control del inmigrante¹³⁸. Como dijera Foucault, la prisión es la imagen de la sociedad, su imagen invertida y transformada en amenaza¹³⁹. Hoy en día, la imagen de la sociedad es la prisión identitaria de quien es calificado como objeto principal de la nueva política penalista. En estos tiempos de modernidad tardía, el humanitarismo ha dejado paso al cinismo de la justificación moral de la *criminalización* del inmigrante¹⁴⁰. La imagen estereotipada del inmigrante extranjero como potencial delincuente no vendría sino a ser una distorsión interesada por este tipo de políticas que invocan un discurso emocional más que de compromiso por la justicia de los derechos¹⁴¹.

En un mundo en el que la elección individual y la libertad personal no son objeto de discusión, la *criminalización* del inmigrante revierte la principal conquista de la cultura jurídica occidental, atrayendo sólo al debate la mayor o menor medida de realización de esa libertad, nunca la salida de esa “prisión” social, cultural y psicológica en la que se ha condenado a vivir a una persona por la simple circunstancia de su origen. Por supuesto, semejante proceso de creación de una esencia, una identidad robusta y sólida, es sólo una mitad de la ecuación. La otra es la imagen proyectada por el público sobre la clase subalterna. La *demonización* es importante en tanto permite que los problemas de la sociedad sean atribuidos generalmente a quienes son percibidos en el “borde” de la sociedad¹⁴².

¹³⁷ Garland, *op. cit.*, p. 48.

¹³⁸ La exclusión es una categoría especular que comprende tanto destinatarios como emisores, o sea, existe una relación dialéctica constantemente presente que concierne a individuos y grupos tenidos por excluidos como a los individuos y grupos a los que se supone incluidos. Karsz, “La exclusión: concepto falso, problema verdadero”, *op. cit.*, pp. 168- 169.

¹³⁹ *La verdad y las formas jurídicas, op. cit.*, p. 137.

¹⁴⁰ Como afirma Garland, en la visión reaccionaria tardomoderna, el problema subyacente del orden fue considerado no como un problema durkheimiano de solidaridad, sino como un problema hobbesiano de orden, cuya solución debía ser una versión focalizada y disciplinaria del Leviatán, *op. cit.*, p. 178. La calificación de la sociedad contemporánea como “sociedad disciplinaria”, fue formulada por Foucault, una sociedad en la que “la vigilancia, el control y la corrección constituyen una dimensión fundamental y característica de las relaciones de poder que existen en nuestra sociedad”, *La verdad y las formas jurídicas, op. cit.*, pp. 91 y 117.

¹⁴¹ *Cfr.* Quassoli, F., “The judicial system and the social construction of migrants’ criminality: the case of Milan”, en Body-Gendrot, S., y Martiniello, M. (edit.), *Minorities in European cities. The dynamics of social integration and social exclusion at the neighbourhood level*, Nueva York, 2000, pp. 214-215.

¹⁴² Young, *op. cit.*, pp. 153 y 177.

El descrédito de un sistema democrático se mide por la incapacitación moral de las personas¹⁴³. La inhabilitación, sólo redimible desde su provisionalidad por el Estado de acogida, es la prueba definitiva de que el control y la gestión del riesgo monopolizan la cultura jurídica en los inicios de milenio¹⁴⁴. Indudablemente, la prisión sintetiza la potencia del soberano¹⁴⁵. Desde nuestro punto de vista, el extranjero inmigrante es prisionero del renacimiento del derecho de castigar como medio de aislamiento ético y social de la persona. La cultura de la represión del extraño se ha encargado de crear, con sus prácticas, imaginario y valores, ese espacio supervisado desde el que tener vigilado a quien tiene que solicitar la realización de sus derechos.

El espacio simbólico de la prisión es indefinido. Siempre se estará atrapado por el dilema del incluido que está fuera y del excluido que está dentro. El fortalecimiento de la prisión es más evidente para los “irregulares” y puede observarse empíricamente en instituciones que dificultan la realización de los derechos de los inmigrantes como el proceso conducente a la readmisión en origen¹⁴⁶. Las propias dificultades de ejecución de la expulsión evidencian que, en el mejor de los casos, estamos ante una segregación *selectiva*, ya que no todos, aunque incurran en su presupuesto de aplicación, estarán llamados, por diversas circunstancias, a la misma¹⁴⁷.

La integración del inmigrante no importa. Lo realmente significativo es que la solidaridad, tan proclamada y defendida públicamente, ha cedido su puesto a la libertad

¹⁴³ Extrapolando las palabras de Foucault, “la prisión no tiene exterior ni vacío; no se interrumpe, excepto una vez acabada totalmente su tarea; su acción sobre el individuo debe ser ininterrumpida [...]”, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión, op. cit.*, p. 238.

¹⁴⁴ Cuando se ve al candidato a la inmigración como un aprovechado o como un delincuente los derechos fundamentales se quebrantan, sin que el discurso de los Estados europeos a favor de los derechos del hombre se vea afectado. Véase Martiniello, M., *La Europa de las migraciones. Por una política proactiva de la inmigración*, Barcelona, 2003, p. 82.

¹⁴⁵ Sin perjuicio de que, físicamente, se utilice como “contenedor hermético para inhabilitar los residuos humanos que produce la globalización, dentro y fuera de nuestras fronteras”. Sáez Valcárcel, R., “Inmigración clandestina, mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente”, en *Jueces para la Democracia*, nº 54, 2005, p. 14.

¹⁴⁶ La policía podrá poner camisas de fuerza y cascos a los inmigrantes en las expulsiones. La medida del protocolo de seguridad busca evitar las autolesiones en los vuelos de repatriación. La noticia aparece en el diario El País de fecha 3 de septiembre de 2007.

¹⁴⁷ Brandariz García, *op. cit.*, pp. 85-86.

condicionada del admitido, a la gestión del riesgo¹⁴⁸. Y es que, al inmigrante se le trata como si fuera un riesgo que debe ser gestionado, algo que es peligroso, lo que hace que el sistema acentúe los controles en perjuicio de cualquier idea inclusiva¹⁴⁹. La calificación del inmigrante admitido como “liberado condicional” refleja fielmente el paradigma de la sociedad del control y del dominio. La disuasión, la vigilancia y la siempre presente amenaza de la posible reversión de la situación jurídica del inmigrante, son cálculos previsibles de ese riesgo que hay que gestionar¹⁵⁰. La persona admitida tiene que tener siempre presente que la manipulación del riesgo es un elemento de poder del soberano que “dicta su sentencia”, y lo mismo que puede dar puede quitar desde su posición de superioridad¹⁵¹.

5. El vaciamiento del *ius migrandi*, una expresión de poder

¿Qué papel desempeña en este esquema el derecho de la persona a desplazarse? En la posmodernidad, la indiferencia jurídica hacia el diferente, ante personas que se ven obligadas a buscar otra pertenencia, es una reproducción de la negación de la persona como sujeto autónomo y un efecto reflejo de la autoafirmación de la lógica del poder que se piensa sólo a sí mismo. El *ius migrandi* se haya sujeto a una compulsión tan acusada que lo deja sin sentido¹⁵². Esa caracterización tiene su sede natural en el Derecho de extranjería, que trata al inmigrante como un presunto culpable “de querer tener derechos, de buscar una forma de vida mejor, de encontrar la paz consigo mismo, de querer ser

¹⁴⁸ La función selectiva permite, en este sentido, relanzar la incapacitación presente en la gestión del riesgo. Cfr. Brandariz García, J. A., *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de crisis del Estado-nación*, Granada, 2007, p. 92 y ss.

¹⁴⁹ Young lo expresa de forma precisa. Considera el autor que el sistema moderno es antropofágico, al afirmar que los desviados están para ser absorbidos. De este modo, “las sociedades de la última modernidad consumen *diversidad*; ellas no retroceden ante la diferencia, la refunden como una mercancía y la venden en el supermercado o en la revista local [...]”, *op. cit.*, p. 100.

¹⁵⁰ Los tres componentes de la endemonización, el distanciamiento, la atribución de otro esencialista, y la reafirmación de la normalidad, a los que se refiere Young, dan buena prueba de ello, *ibidem*, pp. 181-182.

¹⁵¹ En ningún otro ámbito como el de la lucha [y desgraciadamente la política de inmigración lo es] los instrumentos jurídicos parecen destinados a ceder su lugar a reglas instrumentales, es decir, el instrumento prevalece sobre las normas de justicia. Donini, *op. cit.*, p. 61.

¹⁵² Si el correccionalismo es, en puridad, un sistema penal que tiende a modificar por la educación, en establecimientos adecuados, la propensión a la delincuencia, desde nuestro punto de vista, el Derecho “trata” al extranjero inmigrante como el objeto de su propia cultura preventiva, la de evitar que el “otro” nunca pierda del todo su naturaleza de extraño.

digno, etc.”. La diferencia que se introduce es la misma que existe entre lo “normal” y lo “patológico”, la “regla” y la “excepción”. Quien osa proclamar que quiere ejercitar un derecho de acceso a una sociedad distinta a la de origen es calificado como poseedor de una patología, la de creerse que es una persona que puede desarrollar sus derechos.

Quien es calificado de “culpable” del intento de injerencia en el universo del “nosotros” sólo puede recibir como castigo proporcional la condena al extrañamiento, a vagar por esa metafórica prisión que es la inclusión exclusiva y su plasmación jurídica, el estado de excepción¹⁵³. El imaginario creado en torno a la figura del extranjero inmigrante vendría así a constituirse en la fuente provisora del control de reserva de los Estados y de la certificación de defunción del *ius migrandi*. La representación coercitiva del inmigrante es una proyección de la clausura del “nosotros”. La división social y cultural entre el “nosotros” y el “ellos”, tan importante en la cultura del delito, encuentra su transposición en la interesada dialéctica entre derechos y seguridad, olvidando lo más importante: la persona¹⁵⁴.

La multiplicación de actores en este proceso es el signo de las nuevas estrategias. El Estado empieza a compartir su *ius puniendi*. Si en el nivel público asistimos a una peligrosa y delicada asunción de competencias de difícil delimitación punitiva, el particular ha sido incorporado a esa función del poder, llegándose a “privatizar” de manera tácita nada menos que el derecho de toda persona a la realización de sus derechos¹⁵⁵. En cierta medida, la dignidad de las personas, que pasan a ser tratadas como objetos, no sólo es asunto de los funcionarios consulares y de los puestos fronterizos, sino también de los empresarios, los transportistas y de todo aquel ciudadano que asiste indiferente a esta escenografía.

El inmigrante extranjero siempre sabrá que vive y vivirá con el miedo de quien sólo es tolerado, de quien sólo podrá realizar de forma efectiva sus derechos, y entre ellos el de

¹⁵³ Los inmigrantes que son liberados por medio de la admisión son reingresados en los espacios custodiales que controlan los empleadores. Si el empleador no contrata, la libertad condicional se revertirá.

¹⁵⁴ Una divisoria social y cultural que hace dependiente “nuestra” seguridad de “su” control. Garland, *op. cit.*, p. 297.

¹⁵⁵ Desde el punto de vista criminológico, esta idea está perfectamente plasmada por Garland, *ibidem*, pp. 56-58.

desplazarse y formar parte de una comunidad, mediante la permisión del poder. El tolerado tendrá que saber coexistir con el miedo presente en el acto de admisión¹⁵⁶. El miedo es un símbolo de poder, y como tal todo “perdonado” estará marcado por ese sentimiento expresivo de la supervivencia del poder. El olvido del miedo no es posible cuando se sabe que el soberano es la instancia que reúne desde su complejidad e interioridad el exterior y el interior, la exclusión y la inclusión¹⁵⁷. El extrañamiento y la incorporación son dos realidades más similares de lo que, en primera instancia, pudiera parecer¹⁵⁸. El poder de vida y muerte del soberano se ha transformado en nuestros días en esa potestad suprema de decidir quién es expulsado y quién es admitido en una sociedad. Si sólo puede ser extrañado quien forma parte del “nosotros”, aunque sólo sea a nivel material, y la inclusión no existe sin exclusión, sólo será posible reformular o reorientar esa relación para hacerla más justa, pero nunca se podrá eliminar porque sería tanto como afirmar que el poder ha fenecido¹⁵⁹.

La escenografía del miedo presente en la realización del poder de admisión no sería posible sin el sentimiento de superioridad que caracteriza al poder, que se expresa en el “Derecho”, y que está también presente en la masa como colectivo¹⁶⁰. La violencia se ejercita no sólo físicamente sino por medio de órdenes, como acto decisivo del poder junto con el dominio o control de las masas¹⁶¹. ¿Qué si no representa la lista de constricciones al

¹⁵⁶ El multiculturalismo del miedo del que habla y da nombre a una de sus obras Levy, J., T., es más bien el miedo del particularismo.

¹⁵⁷ Como recuerda Young, el esencialismo es una estrategia fundamental de la exclusión, permitiéndonos proyectar exitosamente en el otro las partes más bajas e incómodas de uno mismo. Nos abastece los objetivos, nos provee los estereotipos, nos permite comandar la agresión, reafirma la identidad del grupo interno, concluyendo que la exclusión social confirma y reconoce el esencialismo, *op. cit.*, pp. 167, 169 y 187. Además, esa exclusión social se interpreta como un fenómeno insuperable, de carácter estructural, que tiende a normalizarse y que por eso debe ser objeto de gestión. Brandariz García, *Política criminal de la exclusión*, *op. cit.*, pp. 40 y 82.

¹⁵⁸ Lo que está constantemente en el discurso es la necesidad de controlar o evitar la entrada de inmigrantes, dando lugar a lo que se ha denominado un “marco institucional de la discriminación” generador de exclusión económica y social de los inmigrantes. Pajares Alonso, *op. cit.*, p.3.

¹⁵⁹ A lo largo de este estudio se irán aportando algunas de las vías de reorientación de este complejo dilema, a raíz del análisis de la política normativa interna en materia de admisión de extranjeros.

¹⁶⁰ Como pone de relieve Beissinger, M., la sustanciación de las naciones es un fenómeno relativo a la conducta de masas, no solo un asunto relativo a las élites o a su actitud. “Nacionalismos que ladran y nacionalismos que muerden: Ernest Gellner y la sustanciación de las naciones”, en Hall, J. A. (edit.), *Estado y nación. Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo*, Cambridge, 2000, p. 229.

¹⁶¹ “La violencia se distingue por su carácter instrumental [...]. Sus instrumentos son concebidos y empleados para multiplicar la potencia natural, hasta que, en la última fase de su desarrollo, puedan sustituirla”. Arendt, *Sobre la violencia*, *op. cit.*, p. 63.

ejercicio de los derechos de los extranjeros? Las órdenes intentan establecer una especie de barrera de distancia entre quien manda y quien obedece. El poderoso siente su poder en la psicosis de dependencia que crea en los demás (el orden institucional intenta minimizar la resistencia del otro absorbiéndolo en su estructura y rechazando al inasimilable). La intensidad de su dominio es proporcional a su capacidad de delimitación de la condición de miembro de la comunidad.

El poder de control ha resistido todos los envites y cuestionamientos a los que se le ha sometido, precisamente porque sin control no existe poder. El ejercicio de autoafirmación necesita de la fuerza, algo que sería innecesario si no existiesen elementos cercanos y con capacidad de poner en entredicho nuestra supervivencia; es decir la idea de que algo está próximo y presente. Sin embargo, fuerza y poder no son intercambiables, como dijera Canetti¹⁶². El poder usa la fuerza, pero por medio del control, de la vigilancia, se garantiza su permanencia. La concepción moderna del soberano ya consagraba esta inextricable unión, haciendo del poder ese Leviatán que todo lo puede. En puridad, pues, lo que caracteriza al poder es su capacidad de control, no la fuerza en sí misma. Es decir, manifestar que puede usar su fuerza porque tiene la situación en sus manos y si alguien pretende escapar a su vigilancia saber que sólo le espera el ejercicio de la fuerza.

El poder presiona para la institucionalización de una identidad común fuerte. La propia *supervivencia* del sistema es el momento álgido del poder, su auténtico paroxismo: sentir que uno existe y el otro no. El poderoso aparece como el elegido para decidir quién y cómo conforma la comunidad. Su invulnerabilidad aumenta cuanto mayor es el número de los que no se identifican con el grupo. En este aspecto, ¿en qué medida interesa mantener la tensión social hacia los foráneos para reforzar el poder, desviando las tensiones internas?, ¿no están en el fondo todas las características del poder implícitas en el carácter de la masa social?¹⁶³

¹⁶² Canetti, *op. cit.*, p. 331 y ss. Incluso, para Arendt, habría que distinguir entre fuerza, violencia, potencia y poder, términos que no serían, a juicio de la autora, más que términos en su auténtica diversidad, *ibidem*, p. 60 y ss.

¹⁶³ La igualdad actúa como conductor de la conciencia colectiva de mutua dependencia. En ese sentido, la masa fomenta un espíritu ideal de igualdad entre los miembros de la misma. Los miembros se sienten iguales, de tal modo que lo diferente dentro del grupo no aparece mediatizado por la dialéctica de exclusión, una igualdad “nunca puesta en duda por la masa misma”. Canetti, *ibidem*, p. 26. La propia amenaza a perder algo interioriza el sentimiento de igualación y es punta de lanza de la arrogación de derechos. *Mutatis mutandi*, la nación fomenta ese ideal, para lo que utiliza el mecanismo de la nacionalidad.

El cuestionamiento de la mitología estatal de la ley y el orden, paradójicamente, ha traído consigo su fortalecimiento. La política normativa de extranjería parece estar atrapada en esta circunstancia. Por un lado, se proclama la integración social del inmigrante como objetivo fundamental, mientras se desarrolla todo el dispositivo represivo del Derecho de extranjería¹⁶⁴. La estigmatización y la segregación se “enriquecen” mutuamente. La interesada adscripción de identificadores de una comunidad imaginada tiene su reflejo en la nueva expresión penal de nuestros días. La privación de libertad identitaria del inmigrante, un redimido condicional, se completa con la existencia vigilada. Vigilancia, pérdida de libertad y marginación son exponentes de la cultura del control y del dominio del extraño¹⁶⁵.

En esta línea explicativa del derecho de admisión, las lógicas preventiva y represiva encuentran su lugar en común en la figura del inmigrante extranjero. La prevención y la represión son los nuevos pilares del orden moral de las sociedades de destino de las personas que pretenden ejercer su *ius migrandi*. La restricción de ejercicio de los derechos de los inmigrantes extranjeros responde a la peculiar conjunción de esas dos estrategias. Pensar en términos de derechos de los inmigrantes extranjeros implica desentrañar esa unión interesada entre prevención y represión que da su sentido al poder de reserva de los Estados.

La maquinaria jurídica de la extranjería es una apelación al control *ex ante*, pero la falta de fe en las posibilidades de ese sistema preventivo hace aparecer al Derecho represivo como último garante de la apertura selectiva del poder. O, lo que es lo mismo, por un lado, se pretende controlar *ex ante* la llegada de personas a nuestro territorio, estableciendo cupos, juicios personales en los consulados españoles de los países de origen, convirtiendo al funcionario policial de frontera en juez y parte, etc. Por otro lado, el más que plausible fracaso de la prevención se resuelve *ex post* en la suerte de la *criminalización* del inmigrante que ha dejado de ser útil al sistema (o que simplemente nunca lo fue), un depósito de segregación y, en último término, una garantía de

¹⁶⁴ Esa manifestación contenida de impulsos, un sustituto defensivo del acceso consciente que no puede ser expresada espontáneamente, la *acting out*, constituye, a juicio de Garland, una modalidad simbólica de hacer frente al dilema de la provisión o abandono del monopolio del control a la que se enfrenta el Estado soberano, *op. cit.*, pp. 189-190.

¹⁶⁵ El control adopta formas de cálculo y gestión del riesgo, se tiende a una lógica más de redistribución que de reducción del riesgo. Brandariz García, “Nuevo capitalismo, prisión y lógicas del castigo”, *op. cit.* p. 76.

implementación de la represión (centros de internamiento, retenciones en frontera, procesos sumarísimos de expulsión, vuelos de repatriación con dudosas garantías para los derechos de los afectados, etc.). El universo del inmigrante y, por ende, sus derechos, se mueve en esta bipolar y complementaria estrategia.

Desgraciadamente, como pone de relieve Garland, estamos ante una criminología que comercia con imágenes, arquetipos y ansiedades, en lugar de estar fundada en un análisis metódico y en los descubrimientos de la investigación científica¹⁶⁶. Esta afirmación es perfectamente extrapolable al objeto de nuestro análisis. La política de control del inmigrante se provee *mutatis mutandi* de análogas emociones de quien se siente inseguro, amenazado, ante la presencia del peligro social que representa el delincuente. Las imágenes que se invocan del inmigrante no son tan diferentes, como pudiera creerse, de las del delincuente. La criminología del otro impide una lectura racional del proceso. El otro extraño es un “dependiente” de esa criminología y de la penalidad introducida por el Derecho de extranjería. El inmigrante es el “otro” que es obligado a permanecer oculto detrás de la normalidad, que está señalado por su propia *otredad*, desde la obsesión por la reducción del riesgo; una preocupación por “marcar” a aquellos que se han “revelado a sí mismos”¹⁶⁷.

El deseo de seguridad, orden y control, de gestión del riesgo y la domesticación del azar, una cuestión subyacente en toda cultura, ha encontrado en la restricción de la libertad individual del inmigrante su fuente de regeneración. La dialéctica de la libertad y el control se está haciendo más difusa de lo que parece¹⁶⁸. La introducción de la diferencia del inmigrante afirma la libertad en el estado de excepción, paradójicamente negándola fuera de la cultura del control. La sociedad de acogida no está asumiendo responsabilidad alguna por la llegada de personas foráneas a su territorio, sencillamente porque la desgracia y culpa se reúnen en ese “otro” que es el inmigrante extranjero. Ser libre no es

¹⁶⁶ Garland, *op. cit.*, p. 228.

¹⁶⁷ Garland, *ibidem*, pp. 230-231. Entendemos que este proceso se desarrolla en lo que Bauman apunta como una experiencia combinada de inseguridad, de incertidumbre y de desprotección en la que se desenvuelve la actual encrucijada humana, y que resume en la precariedad de los vínculos humanos. Bauman, *Modernidad líquida*, *op.cit.*, p. 171. Una incertidumbre que el autor califica como “miedo líquido” en su obra *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, *op. cit.*, p. 166.

¹⁶⁸ “Las fuerzas de la exclusión social son ubicuas en toda sociedad, aun cuando ellas no están generadas en la ilusión; hay riesgos reales e incertidumbres morales [...]”. Young, *op. cit.*, p. 128.

una condición garantizada para todos. Es más, el individualismo contemporáneo se nutre precisamente de la inclusión exclusiva de otros, de la restricción en el ejercicio de los derechos de quienes están en la zona de indiferencia del poder¹⁶⁹. La polaridad entre libertad y control es deudora de esta perspectiva.

Asistimos impertérritos a la sustitución de la moralidad de la responsabilidad por la moralidad de la seguridad. En efecto, las políticas y prácticas relativas a la inmigración han surgido en esta fase socio-histórica haciendo del Estado vigilante y represor la fuente de gestión del riesgo frente a la moral interesada que se ha instalado en nuestras sociedades¹⁷⁰. La inseguridad y el riesgo de las relaciones económicas y sociales actuales son proporcionales a nuestra capacidad de segregación y exclusión en la inclusión¹⁷¹. La única disciplina moral que cabe defender en una sociedad compleja y diversificada como la española es la del control y el orden. En otra palabra, el desentendimiento de la suerte personal y social del que desea iniciar una nueva vida se erige en patrón de la estructuración social. La comprensión se ha transformado en estigmatización. El enclaustramiento del inmigrante en esa “jaula de hierro” simbólica que es la “prisión” termina por revertir toda moral hacia el nihilismo.

Del mismo modo que nos estamos acostumbrando a la normalidad del delito como hecho social, el que el Estado decida quién puede ser un liberado condicional de su condena de ser de “ellos” se observa de forma impertérrita, sin apenas crítica social. Quizá, la explicación reside en el perfecto ensamblaje en el entramado social del discurso tardomoderno del control; un discurso que ha sabido manipular las inseguridades siempre presentes ante la presencia de extraños, reafirmando dogmáticamente que lo importante no es reconocer la responsabilidad y respetar al otro sino disuadir, castigar e incapacitar.

¹⁶⁹ Hace unos años ponía de relieve Bandrés Molet, J., M., la necesidad de generar una cultura de la acción y de la participación frente a la cultura del individualismo. “En las fronteras del derecho: extranjeros”, en *Jueces para la Democracia*, nº 24, noviembre de 1995, p. 29. ¿En qué medida hemos avanzado desde entonces?

¹⁷⁰ “La inseguridad es la fuente de las ansiedades profundamente arraigadas que se expresan en [...] la mercantilización de la seguridad y en un ambiente diseñado para gestionar el espacio y dividir a las personas”. Garland, *op. cit.*, p. 315.

¹⁷¹ “La inseguridad es el paradigma fundamental de la modernidad tardía. La satisfacción de las necesidades mínimas de seguridad de las que nadie puede ser excluido podría servir como una primera definición de lo que es un bien público”. Hernández Losada, “La tolerancia y el futuro del liberalismo”, *op. cit.* p. 232.

Como analizaremos en su momento, tampoco está ausente de este planteamiento de la admisión de los inmigrantes el razonamiento económico¹⁷². Los intereses materiales de la comunidad de destino influyen en la decisión de admisión, hasta el punto de poderse afirmar que la apertura selectiva hacia el otro inmigrante depende, en gran medida, de la lógica de la necesidad¹⁷³. El beneficio material se erige en dogma del Estado soberano que hace del inmigrante un objeto cada vez más cercano del “Derecho penal del enemigo”¹⁷⁴. Estaríamos ante una democracia que contempla a los individuos como *homo oeconomicus*, diseñada para funcionar sin virtud alguna y regulada para entender la política como metáfora del mercado de voto¹⁷⁵.

El problema es que libertad de migrar y poder siguen siendo dos categorías irreconciliables¹⁷⁶. La contraposición entre libertad individual y la obsesión por el orden público a la que sirve el Derecho de extranjería no facilita la posible reconciliación. El problema se agrava por la consideración del foráneo como un “sin parte”, alguien que carece de todo y que termina por reconducirse a un valor mercantil, objeto de análisis en términos económicos de coste-beneficio.

En esta línea discursiva, la ordenación constitucional de los derechos de los extranjeros en el Derecho positivo español es novedosa porque se desarrolló en los albores de la modernidad tardía, en un momento de transición donde el welfarismo y su extensión de derechos había tocado techo y donde las incertidumbres y las dudas empezaban a vislumbrarse ante el lento pero inexorable avance de las fuerzas de la globalización. Incluso nos atreveríamos a decir que esa ordenación constitucional es una inicial síntesis

¹⁷² Como advierte Young, “la extraña máquina antropoémica de la Modernidad tardía produce una propagación de la exclusión a través de su estructura, ayudado por el principal motor de un veloz desarrollo del terreno de las relaciones de mercado”, *op. cit.*, p. 99.

¹⁷³ Nos remitimos al análisis de esta idea que se realiza en el capítulo cuarto.

¹⁷⁴ En el “Derecho Penal del enemigo” no pueden regir los principios ni las reglas del Derecho Penal de las personas, y los enemigos, esto es, las no-personas, no pueden invocarlos ni exigir la observancia de aquéllos en su favor. Véase Gracia Martín, “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’”, *op. cit.*, p. 22.

¹⁷⁵ Castilla Vallejo, J., L., *Hacia un multiculturalismo de la complejidad*, La Laguna, 2005, p. 84.

¹⁷⁶ El concepto de *poder* adquiere una dimensión funcional, estructural, hasta tal punto significativa para nuestro objeto de estudio que podemos afirmar que la idea de selección responde a una función compleja de poder: el aseguramiento de los procesos políticos, económicos y sociales necesarios para la supervivencia del sistema.

jurídica de la reafirmación en nuestro país de la cultura del control y del dominio. El hecho de que la máxima expresión jurídica de los derechos fundamentales de las personas consagrarse la posible diferenciación en la realización de los derechos en función del origen es el primer gesto decidido de reafirmación de la política de “ley y orden” hobbesiana, o de esa justicia expresiva a la que alude, entre otros, Garland. Había que encontrar un novedoso objeto del Derecho penal que operase sobre el debilitamiento del ideal rehabilitador. Ese objeto encontró pronto en el extranjero la nueva fuente de legitimación.

La regulación constitucional de los derechos de los extranjeros anticipa la postrera política de gestión del riesgo, refrendada en sede jurisprudencial por el TC, “penando” al extranjero con la diferenciación discriminatoria¹⁷⁷. El establecimiento de una categoría de personas que necesitan de un desarrollo legal para el ejercicio de sus derechos es el primer signo de cambio del esquema social y cultural. Su necesidad no era social ni política, en una coyuntura en la que nada hacía presagiar aún que el elemento extranjero transformaría las bases sociológicas de la comunidad. En puridad, esa necesidad era más bien simbólica. El Estado soberano demandaba y sigue demandando hoy en día reafirmarse ante su cuestionamiento. La crisis del Estado de bienestar había puesto en entredicho los mismos pilares sobre los que se había construido la universalización de derechos.

III. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

1. Regulación constitucional y exégesis del Tribunal Constitucional: la dignidad como criterio interpretativo

En nuestro estudio, abordar la consideración normativa de los derechos de los extranjeros en el Derecho positivo español es fundamental para la comprensión del sentido y alcance de la política de selección, partiendo de la premisa de que cuando se asocian derechos y origen de la persona se están reconociendo implícitamente parte de las respuestas que se pudieran ofrecer al respecto. En efecto, sin perjuicio de las

¹⁷⁷ La segregación punitiva del inmigrante se inició con esa vía abierta a la diferenciación en el ejercicio de los derechos que estatuyó la CE, y que rompía, por primera vez, desde la génesis de la modernidad, con la política de extensión de los derechos fundamentales.

observaciones teóricas que se puedan realizar, tenemos que partir de la cruda realidad, representada en el orden jurídico-positivo constitucional. La categoría universal de los derechos fundamentales resulta reconocida y condicionada en su ejercicio según el par constitutivo nacional-extranjero. Al derivar de ese orden *iusfundamental* la cláusula de remisión legal y convencional que incorpora la norma constitucional, todo el entramado aplicativo e interpretativo del régimen jurídico de los derechos de los extranjeros tiene como punto central de debate el sentido que se da al valor de la dignidad como principio axiológico de caracterización de los derechos fundamentales¹⁷⁸. En contra de lo que pudiera parecer, este principio no se circunscribe sólo al plano metajurídico¹⁷⁹. También aparece afectado iuspositivamente por la fractura legal entre beneficiarios del Derecho comunitario y aquellos a los que no resultan de aplicación las normas comunitarias en materia de libre circulación y residencia, una división que ha superado al binomio tradicional nacional-extranjero¹⁸⁰.

En último término, las múltiples dudas que se pueden tener al respecto se resumen en la pregunta siguiente. ¿Qué justificación de orden normativo existe para que ciertos derechos tengan carácter constitutivo para unos (los extranjeros) y declarativo para otros (los nacionales)? El régimen constitucional de los derechos viene a institucionalizar, al más alto grado jurídico del Derecho positivo español, la heterogeneidad del orden de derechos fundamentales cuando se trata de extranjeros, habilitando la atribución *constitutiva ex lege* de las condiciones de ejercicio de los derechos de los extranjeros en función de un parámetro valorativo: la gradación de la dignidad¹⁸¹.

¹⁷⁸ Sobre la naturaleza jurídica de los derechos constitucionales en general, con especial referencia a la CE y a la jurisprudencia del TC español, véase por todos, Torres del Moral, A., “Naturaleza jurídica de los derechos constitucionales”, en Balaguer Callejón, F., (coord.), *Derecho constitucional y cultura*. Estudios en homenaje a Peter Häberle, Madrid, 2004, pp. 497-516.

¹⁷⁹ El término dignidad indica, en primer término, la propia constitución interna del ser humano, una cualidad exclusiva del hombre, determina el valor en sí que tiene la persona, hasta el punto de constituirse en el fundamento de determinadas exigencias jurídicas naturales cuya garantía resulta imprescindible para lograr un desarrollo íntegro de la persona, y esas exigencias son los derechos humanos. Megías Quirós, J., J., “Dignidad, universalidad y derechos humanos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 22, 2005, p. 250. En sentido análogo, Campoy Cervera, I., “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 21, 2004, p. 146.

¹⁸⁰ Esa dicotomía y su efecto en la gradación jurídica de los extranjeros será objeto de análisis en el siguiente capítulo.

¹⁸¹ Es decir, “la gradación de la facultad o capacidad de obrar finalmente, es decir, conforme a sentido, y en su capacidad de vinculación a un orden ético-social (sociabilidad), esto es, con la conciencia de que le es posible cumplir su compromiso con dicho orden”. Gracia Martín, *op. cit.*, p. 40.

Partiendo de la importancia de la cláusula de remisión legal en cuanto a la configuración del contenido y alcance de los mismos, en este subepígrafe se escrutan dos cuestiones que constituyen el eje central sobre el que se estructura el régimen constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros, siempre partiendo de la idea de que, como recuerda Díez Bueso, la indefinición constitucional en la materia de los derechos de los extranjeros es un lugar común en la regulación de los mismos¹⁸²:

A) Mientras que la titularidad de los derechos fundamentales de los extranjeros no es cuestionada por la CE ni, por ende, por el TC, su ejercicio queda condicionado por el concreto alcance que le dé el legislador¹⁸³. Esta peculiaridad viene *de facto* a certificar la diferenciación en derechos en razón de la nacionalidad¹⁸⁴.

B) La dignidad pasa a convertirse en un criterio de “selección” de los derechos de los extranjeros, pretiriéndose su función informadora de los derechos de las personas¹⁸⁵.

Hay que partir de una premisa. La delimitación subjetiva de los derechos de los extranjeros no puede guiarse por la literalidad del texto constitucional¹⁸⁶. Habrán de interpretarse atendiendo a criterios sistemáticos y teleológicos, esto es, de acuerdo con los valores constitucionales y con los contenidos de los tratados internacionales¹⁸⁷. El

¹⁸² Díez Bueso, L., “Los derechos de los inmigrantes y sus garantías”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, 2006, p. 205.

¹⁸³ Excepto los derechos de contenido político, tal y como se establece en el art. 13.2 CE.

¹⁸⁴ De este modo, como recuerda Rubio Marín, R., la nacionalidad no será condición necesaria para el disfrute de derechos y garantías constitucionales, pero sí lo es para el acceso pleno a la igualdad constitucional, por la reserva de determinados derechos que se hace en el texto normativo supremo a favor de los nacionales de cada Estado, “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias occidentales”, en VV. AA., *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2004, p. 27.

¹⁸⁵ En este caso, lo que se está pervirtiendo es el significado de “la *dignidad* como valor humano considerado desde una perspectiva comparada, [...] ya que nuestra identidad se construye tanto a partir de lo que somos como de lo que no somos, [...] una inevitable conciencia de la diferencia [...]” Parekh, *op. cit.*, p. 201.

¹⁸⁶ Una lectura lineal y aislada de los preceptos constitucionales constitutivos no es jurídicamente suficiente para analizar la naturaleza de los derechos de los extranjeros. Véase Freixes Sanjuán y Remotti Carbonell, “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 107. Asimismo, Aragón Reyes, M., “¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 112, mayo de 2001, p. 14.

¹⁸⁷ Vidal Fueyo, M., del C., *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Madrid, 2002, p. 70.

ordenamiento constitucional español, en concreto su art. 13.1, dispone que “los extranjeros gozarán de los derechos reconocidos en su Título I en los términos que establezcan los tratados y las leyes”¹⁸⁸. El tenor literal del inciso final del precepto no deja lugar a dudas: la determinación de la concreción de los términos de reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas queda diferida a las normas convencionales y al legislador. El citado precepto vendría a constituir una habilitación al Estado para extender a los extranjeros derechos que la Constitución no les reconoce expresamente, pero que tampoco les niega, y que, una vez conformados por el legislador o los tratados, gozarán de las plenas garantías constitucionales de los derechos fundamentales¹⁸⁹. En cualquier caso, se desprende una cierta *desconstitucionalización*, en el sentido de que el reconocimiento del ejercicio de los derechos fundamentales de los extranjeros queda diferido a la reserva de ley prevista. Así parece confirmarlo la actual Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su art. 3.1 –transposición interpretativa del art. 13.1 CE–¹⁹⁰. El legislador incurre en un error importante y es creer que le corresponde *reconocer, no concretar*, el contenido de los derechos fundamentales de los extranjeros¹⁹¹.

Por otra parte, la apelación a la función hermenéutica e integradora –la interpretación de los preceptos relativos a los derechos fundamentales de acuerdo con el contenido de los tratados y convenios–, que se proclama en el art. 10.2 CE, es radicalmente distinta de la

¹⁸⁸ Un estudio detallado de la elaboración del precepto constitucional y una evaluación del proceso en Sagarra i Trías, E., *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, Barcelona, 1991, pp. 24-39.

¹⁸⁹ *Cfr.* Pérez Vera, E., “La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería”, en *Revista de Derecho Público*, nº 86, marzo de 1982, p. 16; de la misma autora, “De los españoles y extranjeros”, en *Revista de Derecho Político*, nº 36, 1992, p. 83; González-Trevijano, Sánchez, P., J., *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid, 1991, p. 171; Sagarra i Trías, *op. cit.*, p. 41; Serrano Alberca, J., M., “Comentario al artículo 13”, en Garrido Falla, F., ...[et al.], *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, p. 232; De Lucas Martín, F., J., “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, en Del Águila Tejerina, R. (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, 2005, p. 144.

¹⁹⁰ Su tenor, redactado conforme a la LO 8/2000, de 22 de diciembre, indica textualmente: “Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título primero de la Constitución, en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos [...]”

¹⁹¹ Relevante es la afirmación de Sagarra i Trías en relación con la titularidad y el goce de derechos de los extranjeros: “en la Constitución se reconoce y atribuye igualdad de diversos derechos pero diversidad en su ejercicio, hecho éste que diferencia a los nacionales de los extranjeros”, *op. cit.*, p. 63.

funcionalidad que se otorga a los citados tratados internacionales en el art. 13.1 CE¹⁹². En este último se trata de conferir, junto a la ley, la facultad de extensión a los extranjeros de derechos que no les reconoce directamente la Constitución, debidamente interpretada a la luz del art. 10.2 CE, pero que tampoco les niega expresamente¹⁹³. Precisamente, la negativa inicial a situar los derechos fundamentales y las libertades públicas que la Constitución sanciona en el marco más amplio de la protección de los derechos del Hombre, cualquiera que sea su nacionalidad, es el punto que mejor refleja, para Pérez Vera, el espíritu “cerrado” del art. 13.1 CE¹⁹⁴.

La formulación constitucional de los derechos de los extranjeros es abierta e indefinida¹⁹⁵. Esta circunstancia tiene su faceta positiva y negativa. La primera, la enunciación como cláusula abierta permite tanto la equiparación como la diferenciación en el ejercicio de los derechos en función del origen. La negativa, que lamentablemente es la que ha sido corroborada por la práctica de la jurisprudencia constitucional, es que consiente cualquier régimen declarativo de los mismos¹⁹⁶. La caracterización declarativa de los derechos de los extranjeros permite que la situación administrativa de legalidad o ilegalidad se haya instituido en el núcleo de conexión a la hora de posibilitar el libre

¹⁹² Entre las más recientes, STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ4).

¹⁹³ Entre ellos, el derecho al acceso al trabajo o la libertad de residencia.

¹⁹⁴ “La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería”, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹⁵ En todo caso, como apunta Sagarra i Trías, lo que nuestra Constitución no recoge es un régimen acabado de la situación jurídica del extranjero en España, *op. cit.*, p. 39. La vaguedad e indefinición son características de la mayoría de preceptos constitucionales. Sólo así se entiende su adecuación a situaciones sociales radicalmente opuestas a las existentes cuando se promulgó. Incluso algunos autores, como Vidal Fueyo, M., del C., entienden que la fuente de los derechos fundamentales está para los extranjeros, igual que para los españoles, no tanto en el art. 13 CE [...] sino en el conjunto del texto constitucional-particularmente en el Capítulo segundo del Título primero-, “La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”, en *Teoría y realidad constitucional*. nº 18, 2006, p. 439.

¹⁹⁶ En último término, lo que la CE viene a reconocer es un “principio de equiparación limitada”. Aparicio Wilhemi, “Los derechos sociales de las personas inmigradas en España”, *op. cit.*, p. 55. Sagarra Trías, E., habla de “equiparación restringida” para referirse a esos derechos reconocidos pero que quedan diferidos en cuanto a su goce o ejercicio a lo que establezcan las leyes y los Tratados Internacionales, a partir del análisis de las alegaciones formuladas por la Abogacía del Estado y contenidas en la STC 115/1987, y siempre con el límite del “standard mínimo” que prescriben los tratados internacionales. “Los derechos políticos y públicos de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000”, en Álvarez-Cienfuegos Suárez, J., M. (dir.), *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial VIII*, Madrid, 2001, p. 48. Más asépticos se muestran Freixes y Remotti Carbonell, para quienes las previsiones del art. 13 CE son un mandato constitucional dirigido a organizar, tanto por vía legislativa ordinaria como administrativa, el régimen del ejercicio de los derechos de los extranjeros, *op. cit.*, p. 112.

ejercicio de los derechos, una vinculación especialmente determinante por la aplicación de una legislación como la de extranjería, pensada excepcional y punitivamente.

También hay que tener presente que el principio general contenido en el citado art. 13.1 CE tiene que ser interpretado de forma sistemática con su apartado 2, cuyo tenor literal establece que “solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”¹⁹⁷. Este precepto introduce una clara limitación al ejercicio de derechos de naturaleza política en virtud del origen de la persona¹⁹⁸. La norma parece entrar en contradicción con lo dispuesto en el primer apartado del citado art. 13, en el que, como advertimos con anterioridad, se hace una remisión a lo dispuesto en los tratados y leyes para el disfrute de los mismos sin exclusión expresa de derecho alguno¹⁹⁹.

Puesta de relieve la significación del art. 13.1 CE en la elaboración jurídica de los derechos fundamentales de los extranjeros, interesa detenernos en la doctrina hermenéutica que ha realizado el intérprete de la CE sobre el citado precepto. Esta doctrina es clave en la configuración del estatuto jurídico de los derechos fundamentales de los extranjeros y, por ende, en la valoración del alcance y significado del específico régimen jurídico de los mismos. Hay que puntualizar, no obstante, a modo aclaratorio, que con anterioridad al primer pronunciamiento del TC, la posición jurisprudencial del TS

¹⁹⁷ Respecto al acceso a la función pública andaluza de los nacionales de terceros Estados no comunitarios, Moya Escudero, M., considera que dependerá de la interpretación que se realice por el legislador autonómico acerca de si la Constitución prohíbe la extensión a los extranjeros de los derechos reconocidos sólo a los españoles” al no estar vetado el acceso de manera expresa en el Estatuto andaluz. “Inmigrante español/inmigrante extranjero: estudio del caso andaluz”, en *Diario La Ley*, nº 6985, 9 de julio de 2008, p. 6.

¹⁹⁸ En otras palabras, sienta un principio de desigualdad jurídica entre los extranjeros y los españoles, discriminación que continúa en el inmediato art. 14 cuando ciñe a los españoles el principio de igualdad, aunque la forma de enunciación de los derechos evidencia el propósito del constituyente de no limitarlos a los españoles. Véase Murillo de la Cueva, P., “Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español”, en Fernández Le Gal, A., y García Cano, S. (dir.), *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Córdoba, 2005, p. 17. En relación con la utilización del principio de reciprocidad como criterio de delimitación del ejercicio de derechos de naturaleza pública, puede verse, entre otros, a Bauböck, R., “Lealtades rivales e inclusión democrática en contextos migratorios”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 27, julio 2006, p. 50 y ss.

¹⁹⁹ Pérez Vera apuntó acertadamente a la clausura de los Estados soberanos frente al proceso de institucionalización de la sociedad internacional como una posible explicación del espíritu presente en el citado art. 13.1 CE, “La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería”, *op. cit.*, pp. 20-21.

sobre la interpretación del art. 13 CE, aunque positiva en sus orígenes en términos generales, adelanta y pone de manifiesto la dificultad de construcción, en sede interpretativa, del régimen de derechos de los extranjeros. Sin fundamentación sistemática, esa práctica, en líneas generales, viene a considerar que el art. 13 CE actúa como parámetro modulador del disfrute de derechos por los extranjeros, un precepto básico en orden a la extensión a los extranjeros de derechos como la libertad de residencia y circulación y, por consiguiente, de la protección constitucional²⁰⁰.

La jurisprudencia constitucional se irá caracterizando por una relativa flexibilidad y variabilidad en su *iter* interpretativo. La calificación de los derechos de los extranjeros como derechos constitucionales de configuración legal está presente desde los pronunciamientos iniciales del TC²⁰¹. No obstante, adelantamos que esa propia doctrina ha subrayado que aquellos derechos imprescindibles para garantizar la dignidad humana –derecho a la vida, integridad física y moral, libertad ideológica, derecho a la tutela judicial efectiva, etc.– no admiten un trato desigual con respecto a los españoles. En general, ha sido una línea doctrinal que interpretaba de manera extensiva las facultades del legislador y muy restrictivamente los condicionamientos constitucionales de esas facultades²⁰².

En este sentido, la carencia de una definición constitucional de “*libertades públicas*” no coadyuva a la aclaración del contenido del art. 13 CE. No obstante, no parece que una interpretación restrictiva que excluya las libertades públicas de la naturaleza de derechos fundamentales sea acorde con el espíritu y finalidad garantista de la Constitución²⁰³. El

²⁰⁰ En el periodo posconstitucional que va desde 1978 a 1985 (fecha de la promulgación de la LO 7/1985, de 1 de julio, BOE núm. 158, de 3 de julio), la práctica del TS fue, en general, positiva al reconocimiento de una serie de derechos fundamentales a los extranjeros, aunque no se podía deducir de ello una acabada construcción del régimen constitucional de los derechos fundamentales de los mismos. Véase, entre otras, SSTs de 23 de septiembre de 1981 (RJ 1981/3750) y de 29 de septiembre de 1984 (RJ 1984/4619).

²⁰¹ Véase STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ3. Esta Sentencia es el primer pronunciamiento del TC que reconoce el art. 13.1 CE como piedra angular del régimen constitucional de los derechos fundamentales de los no nacionales.

²⁰² Balaguer Callejón, F., “Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, p. 475.

²⁰³ El uso confuso que hace el texto constitucional de la citada expresión, la dificultad de construcción dogmática, la falta de tradición histórica en España en lo que se refiere a la utilización de esa expresión, los propios debates constituyentes y el carácter extensible de las notas características de los derechos fundamentales abogarían, a juicio de Vidal Fueyo, por esa interpretación amplia, *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, 2002, *op. cit.*, pp. 72 y ss. Lo que se pone en entredicho es uno de los rasgos característicos del constitucionalismo de nuestro tiempo, como es “la

intérprete constitucional matiza la lectura amplia de la expresión “*libertades públicas*”, afirmando que:

[...] A tenor del art. 13 de la Constitución, ‘los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley’. Ello supone que el disfrute de los derechos y libertades –el término “libertades públicas” no tiene, obviamente, un significado restrictivo– reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido revisto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la Ley (STC 107/84, FJ 3)²⁰⁴.

De este modo, el Tribunal Constitucional venía a reconocer por primera vez el carácter central de los Tratados y las leyes en la configuración de los derechos fundamentales de los extranjeros, tanto por lo que respecta a su titularidad como a las condiciones de su ejercicio²⁰⁵. En ningún caso se arbitraba una concesión constitucional de discrecionalidad al legislador ordinario para restringir el goce y el ejercicio por los extranjeros de los derechos y libertades definidos en el Título I CE²⁰⁶. La doctrina jurisprudencial se encargaría de puntualizar que tal previsión no supone que se

fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico”. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, op. cit., p. 93.

²⁰⁴ Cfr. Pérez Vera, E., y Abarca Junco, A., P., “Comentarios al artículo 13 de la Constitución”, en Alzaga Villamil, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Madrid, 1996, pp. 194-195. Sagarra i Trias se hace eco de esta respuesta jurisprudencial para afirmar que el ámbito material de los derechos concedidos a los extranjeros por el art. 13.1 CE no queda en modo alguno restringido por la utilización del término “libertades públicas” empleado en el citado precepto, aunque su ejercicio y goce podrá ser modulado a través del Tratado y la Ley. *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, op. cit., p.43

²⁰⁵ Los Tratados como fuente de derechos de los extranjeros en España en Peces Morate, J., E., “Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso”, en Álvarez- Cienfuegos Suárez, J., M. (dir.), *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial VIII, Madrid, 2001, p. 220 y ss.

²⁰⁶ Por todos, Cano Bueso, J., “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, nº 57, 2003, p. 19; Cruz Villalón, J., “Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros”, en Vallés Dal- Re, F., M. (dir.), *Novedades normativas en materia social*, Cuadernos de Derecho Judicial XIV, 2005, p. 180.

haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la Ley, sino de las libertades que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados –dentro de su específica regulación– de la protección constitucional, pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal (FJ 3)²⁰⁷.

La noción “*configuración legal*” es pieza fundamental en el alcance de los derechos de los extranjeros. A juicio del Tribunal, quedaría incardinada

[...] 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, si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político español. Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles. Puede también, sin embargo, introducir la nacionalidad como elemento para la definición del presupuesto de hecho al que ha de anudarse la consecuencia jurídica establecida, y en tal caso, como es obvio, queda excluida a priori la aplicación del principio de igualdad como

²⁰⁷ De esta manera, como afirma González-Trevijano, en su comentario a esta Sentencia, los derechos de los extranjeros [entre los que se encuentran el de residencia y circulación] son por naturaleza, ubicación y garantía “derechos constitucionales”, aunque su particular configuración sea de “carácter legal”, configuración que se halla condicionada asimismo por la garantía que al respecto supone su ubicación en el Título I de la Constitución. González-Trevijano Sánchez, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, *op. cit.*, p. 79. En la no desconstitucionalización de la posición jurídica de los extranjeros a partir de la doctrina de la Sentencia 107/1984, inciden, entre otros muchos, Serrano Alberca, *op. cit.*, p. 237 y Marín Gámez, *op. cit.*, p. 55. La no “desconstitucionalización” de los derechos de los extranjeros es un criterio exegético confirmado reiteradamente por el TC; *cfr.* entre las más recientes, la STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ 3).

parámetro al que han de ajustarse en todo caso las consecuencias jurídicas anudadas a situaciones que sólo difieren en cuanto al dato de la nacionalidad, aunque tal principio haya de ser escrupulosamente respetado en la regulación referida a todos aquellos situados en identidad de relación con el dato relevante (FJ 3).

En la sistemática de la doctrina sentada en la STC 107/1984, el intérprete constitucional, en un esfuerzo de legitimación jurídica de la diferenciación de derechos entre nacionales y extranjeros, vincula la igualdad en el ejercicio de los derechos a la calificación de la naturaleza de cada derecho afectado (FJ4)²⁰⁸. Para ello, en su exégesis, el TC venía a dar carta de naturaleza a la diferenciación de tratamiento en función de una triple delimitación que afectará al alcance y al propio contenido de los mismos²⁰⁹:

²⁰⁸ Lo que, como subraya Pérez Sola, N., hace que debemos “olvidar cualquier intento de formular una teoría general sobre los derechos de los extranjeros”. “La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 17, 2008, p. 39. Y es que, el TC no parte de una construcción acabada del régimen de derechos fundamentales de los extranjeros, García Vázquez, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Valencia, 2007, p. 48.

²⁰⁹ La calificación de los derechos de los extranjeros, que el TC elabora en la exégesis del art. 13 CE, en función de la mayor o menor afectación directa e inmediata de la dignidad y, en su defecto, la consideración de derechos que dimanen de los tratados internacionales y la Ley, es resaltada, entre otros, por autores como Rodríguez-Zapata, J., *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Madrid, 1996, p. 317; Sánchez Jiménez, M., A., “La articulación del Derecho de extranjería”, en Sánchez Jiménez, M., A. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, 2005, p. 163; González-Trevijano Sánchez, *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, 1991, *op. cit.*, pp. 80-81; Pérez Vera y Abarca Junco “Comentario al art. 13”, AlzagaVillamil, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978, op. cit.*, p. 195; Serrano Alberca, “Comentario al art. 13”, en Garrido Falla, F., ...[et al.], *Comentarios a la Constitución, op. cit.*, p. 238; Aragón Reyes, M., “¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 112, mayo de 2001, p. 13; Aguelo Navarro, P., “Derechos humanos y legislaciones de extranjería”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Segundas Jornadas Derechos humanos y libertades fundamentales, Zaragoza, 2001, pp. 223-225; Santolaya Machetti, P., “Los inmigrantes en situación irregular: derechos, expulsión y regularización (1990-2004)”, en Aja, E., y Arango, J., (edit.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, 2006, pp. 132-133; Díez Bueso, L., “Los derechos de los inmigrantes y sus garantías”, *op. cit.*, pp. 206-209; Aja, E., “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, en VV. AA., *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Vol. 1, Madrid, 2002, pp. 444-445. Por su parte, Lucas habla de la tesis de los tres “bloques” o “cestos” de derechos. “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, *op. cit.*, pp. 144 y ss; por último, esta triple clasificación lleva a García Añón a afirmar que articula tres categorías de ciudadanía distintas, distinciones que no terminan de aclarar qué supone la equiparación en derechos entre ciudadanos nacionales, extranjeros comunitarios y extracomunitarios. García Añón, J., “Derechos de los extranjeros y discriminación”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* nº 5, Textos para la discusión en el I Congreso Iberoamericano de Ética y Filosofía Política, Sección de Filosofía del Derecho y del Estado, (Alcalá de Henares, 18-20 septiembre 2002), [consulta realizada el 20 de marzo de 2007], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_5.html, p.2.

a) En primer lugar, estarían los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos. La existencia de unos derechos que se atribuyen y garantizan a toda persona formaría parte del “estándar mínimo”, siendo expresión de la aceptación por el ordenamiento interno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sin embargo, como sostiene De Lucas Martín, el problema es que el elenco de esos “derechos comunes” o “derechos mínimos” debe ser deducido de una interpretación sistemática de la CE²¹⁰. La regla propuesta por el Tribunal implica que allí donde el Título I CE no diferencia en razón de la nacionalidad, el tratado y la ley, en su papel modulador, no pueden “crear” diferencias.

El criterio valorativo sería, a juicio del TC, considerar incluidos en esa categoría jurídica a aquellos derechos que atienden a la garantía del principio de dignidad²¹¹. La introducción del parámetro interpretativo es la primera “muralla” sobre la que se construye el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros²¹². La proscripción de distingos entre personas por razón de origen nacional choca con el problema de la determinación de los derechos inherentes a la dignidad humana, función que expresamente no realiza el intérprete de la Constitución, lo cual es relevante cuando el régimen de los derechos fundamentales que emana de la hermenéutica del art. 13.1 CE se sustenta en la mayor o menor vinculación con la dignidad humana²¹³.

Como indica Cruz Villalón, el debate está servido, por cuanto la imprecisión del TC con el listado abierto [de derechos fundamentales inescindibles de la dignidad de la persona] abre paso a preguntarse cuáles son esos derechos, “máxime cuando la dignidad constituye una idea contingente, que evoluciona históricamente en gran medida en función de los valores imperantes en una sociedad determinada”²¹⁴. La distinción entre derechos

²¹⁰ “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, *op. cit.*, p. 145.

²¹¹ Véase STC 99/1985, de 30 de septiembre (FJ2).

²¹² Por mucho que el intérprete constitucional afirme que “la dignidad es un mínimo invulnerable que, por imperativo constitucional se impone a todos los poderes [...]” (STC 236/2007, FJ3).

²¹³ A juicio de García Vázquez no se trataría de distinguir artículos constitucionales y crear listas de derechos de unos y otros, sino más bien de examinar cada una de las limitaciones impuestas desde la comprensión general de todo derecho como derecho del que los extranjeros son titulares y cuyo ejercicio les corresponde [...], *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España, op. cit.*, p. 48.

²¹⁴ Cruz Villalón, *op. cit.*, p. 183. Una puntualización al respecto la introduce Aragón Reyes. Para este autor, partiendo de la premisa de que la totalidad de los derechos fundamentales están conectados con la dignidad

sometidos a desarrollo legal y aquellos que son inherentes al concepto de “dignidad” no es fácil, por lo que la pregunta se podría formular en términos de en qué medida es o no cuestionable que el legislador condicione el concepto reconocido constitucionalmente mediante la formalización jurídica de lo que se entiende por extranjero²¹⁵.

b) Existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, en virtud de su carácter jurídico-político (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen)²¹⁶.

c) El resto de derechos 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, si bien el legislador no puede configurar libremente su contenido sin respetar las prescripciones constitucionales²¹⁷. La habilitación que posibilita la CE es para

humana, de la doctrina del TC se infiere es que hay unos derechos “más conectados inmediatamente” con la dignidad de la persona, respecto de los cuales no cabe una diferenciación de trato entre nacionales y extranjeros, “¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?, *op. cit.*, p. 14. De Lucas Martín es contundente al subrayar que no se puede separar entre unos y otros derechos por lo que se refiere a su vinculación con la dignidad humana. Indica el autor que no es posible sostener que no afectan a la dignidad humana derechos como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda digna. Pero ¿qué decir, por ejemplo, del derecho al trabajo? “Sobre las garantías de los derechos sociales de los inmigrantes” [consulta realizada el 1 de junio de 2006], *op. cit.*, p. 3.

²¹⁵ Álvarez-Cienfuegos Suárez, J., M., “La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, en Álvarez-Cienfuegos Suárez, J. M. (dir.), *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial VIII*, Madrid, 2001, p. 35. Un sucinto análisis de las posturas interpretativas con relación a qué derechos deben tener los extranjeros, en García Añón [consulta realizada el 20 de marzo de 2007], *op. cit.* pp. 3-4.

²¹⁶ El citado precepto deja a salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales. La adaptación de esta norma al art. 8B del TUE fue necesaria para extender el derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales a todos los ciudadanos de la Unión que residan en otro Estado de la Unión del que no sean nacionales. De Lucas Martín se refiere a los mismos como “derechos vinculados a la nacionalidad”, “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, *op. cit.*, p. 145. Y es que, en la práctica, como afirma Solanes Corella, Á., mientras se rechace la posibilidad de reforma constitucional, el reconocimiento y ejercicio del derecho de sufragio de las personas inmigrantes en España seguirá dependiendo del criterio de la reciprocidad, más concretamente de su interpretación y concreción, que se constituye en una suerte de diferenciación de los sujetos, una especie de reconocimiento a la carta. “La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate”, en *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, nº 18, época II, enero 2008, pp. 87-88; en sentido análogo Sagarra i Trías, E., “Los derechos políticos de los extranjeros en España: Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, p. 343; Santolaya Machetti, P., y Revenga Sánchez, M., *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Madrid, 2007, pp. 73-81. Y todo ello, por mucho que se lancen mensajes bienintencionados desde el Gobierno.

²¹⁷ En su momento, la doctrina científica ya advertía que derechos como los de reunión, asociación, sindicación y huelga podrían perfectamente incluirse entre los que integran la dignidad de la persona según la propia STC 107/1984, véase Mendoza Navas, N., “Evolución de los derechos sociales en las leyes de

establecer peculiaridades o especialidades en el ejercicio de los derechos con relación a los extranjeros, sin que tales singularidades puedan restarles efectividad o eficacia, y sin que quepa introducir diferencias en el grado de protección de los mismos o en sus limitaciones²¹⁸. Desgraciadamente este criterio hermenéutico ha legitimado tácitamente la limitación en el ejercicio de los derechos de los extranjeros hasta el punto de que hay que dudar seriamente de la efectividad de los mismos²¹⁹.

Esta triple clasificación, como apunta De Asís Roig, se enfrentaba a los tres tópicos que acompañan las construcciones de los derechos. A saber, atribución universal, relación con la democracia y límites al Poder²²⁰. El problema radicaba en cómo hallar el criterio clasificatorio que permitiese incluir a los distintos derechos y libertades, dejando aparte los que están reservados en exclusiva a los nacionales, algo que se debió a la poco clara voluntad del constituyente y a la ausencia de aval en el Derecho comparado. Al final, el TC optó por atender a la propia naturaleza del derecho o libertad como criterio, aunque para llegar a un resultado acorde con esa naturaleza no ha dudado en utilizar la literalidad del precepto o la inclusión del mismo en el Título I, Sección 1ª CE.

La doctrina elaborada por el intérprete constitucional es confusa e interesadamente ambigua desde el momento en que el régimen de derechos fundamentales de los extranjeros resulta afectado por el criterio ético que informa esos derechos, esto es, la dignidad como presupuesto axiológico de nuestro orden constitucional²²¹. El hecho de que

extranjería”, en Serrano García, J., Mª y Mendoza Navas, N. (coord.), *Estudios sobre extranjería*, Albacete, 2005, p. 77. La dudosa constitucionalidad de la LO 8/2000 en relación a buena parte de este bloque de derechos, y que rescataba los principios previstos en la primigenia LO 7/1985 ha sido confirmada por la STC 236/2007, de 7 de noviembre, como veremos *infra*.

²¹⁸ Por todos, Freixes y Remotti, *op. cit.*, pp. 109-110; Cano Bueso, *op. cit.*, p. 21.

²¹⁹ Ese principio exégetico de no desnaturalización del derecho de configuración legal, ¿cómo se compatibiliza con la introducción de requisitos que restringen la efectividad de derechos como la vida en familia?

²²⁰ De Asís Roig, R., “Algunas reflexiones sobre el fenómeno migratorio y los derechos humanos”, en Zapatero, V. (edit.), *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Tomo I, Alcalá de Henares, 2002, pp. 535-536.

²²¹ Vidal Fueyo aboga por la peligrosidad jurídica de hacer una clasificación de los derechos fundamentales desde una construcción metafísica como criterio interpretativo de un orden jurídico positivo y concreto: la dignidad no sólo como *a priori* axiológico desconectado de las situaciones sociales. *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, *op. cit.*, p. 56 y ss. Además, no se entiende el sentido de la expresión “configuración legal” a la que el TC, en su Sentencia 107/1984, somete todos los derechos de los extranjeros “sin excepción” si realmente como se pronunció el mismo órgano, en esa resolución, existen derechos que pertenecen a todos por igual, Pérez Vera y Abarca Junco, *op. cit.*, p. 197.

el TC introdujera el parámetro rector de la dignidad como principio que delimita los derechos fundamentales de los extranjeros introduce un halo de indeterminación. ¿No está toda dignidad presente de algún modo en la categoría de derecho fundamental?²²² En definitiva, ¿cómo se determina si un derecho es o no una proyección vital y directa de la dignidad y, por ende, cómo se legitima la introducción de parámetros diferenciadores por la calificación administrativa de una persona?²²³ La atribución personal de un derecho, en cuanto a sus condiciones de ejercicio, sobre la base de la interpretación que se hace del grado de vinculación con la dignidad humana, ¿legitima al legislador para introducir la modulación en el disfrute de derechos de los extranjeros bajo un criterio más metafísico que jurídico-positivo como es la *imprescindibilidad* para la dignidad humana?²²⁴

La dignidad humana es una parte constitutiva de los derechos, no el canon discriminador del reconocimiento de las posibilidades de realización de los derechos fundamentales por una razón tan contingente como la nacionalidad²²⁵. Por ello nos preguntamos en qué medida esa omnipresencia de la dignidad no termina por ser un condicionante de desigualdad en el reconocimiento de las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales tomando como punto de origen la nacionalidad, a la vista de la exegética constitucional²²⁶. Resulta cuando menos cuestionable que se siga defendiendo

²²² Un análisis de la distinción entre derechos directa e indirectamente conectados con la dignidad de la persona que se expuso en la citada Sentencia, en Aragón Reyes, ¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?, *op. cit.*, p. 14 y ss.

²²³ Como afirma Cruz Villalón, la STC 104/1984 viene a afirmar que no es de aplicación el art. 14 CE [para los extranjeros], sin perjuicio de que la nacionalidad como causa de diferenciación de tratamiento requiere de cierta, por débil que sea, justificación, *op. cit.*, p. 186. Más contundente se muestra Aparicio Wilhemi, para quién la nacionalidad de la persona puede ser en el Estado español un aspecto suficientemente relevante para determinar las condiciones de ejercicio de un derecho. Aparicio Wilhemi, “Los derechos sociales de las personas inmigradas en España”, *op. cit.*, p. 56.

²²⁴ A fin de cuentas, la dignidad implica una capacidad activa de ser, es decir, hace posible que cada ser humano se realice como tal, se desarrolle con sus peculiaridades y se diferencie de los demás. Megías Quirós, “Dignidad, universalidad y derechos humanos”, *op. cit.*, pp. 247-263.

²²⁵ Siempre teniendo en cuenta que una cosa es la dignidad ontológica, que se basa en la capacidad de la persona de emitir juicios morales, su libertad para decidir acerca de sus acciones y su raciocinio, y otra la dimensión fenomenológica de la misma, en virtud de la cual dado que el hecho mismo de ser persona no puede circunscribirse a un acontecimiento objetivo, sino al cumplimiento de unas cualidades prefijadas por el resto de seres humanos, la dignidad, en último término debe ser *reconocida* para ser efectiva. Beriain, I., de M., “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 21, 2004, pp. 199-204.

²²⁶ Habría que examinar, como advierten Naïr, S., y De Lucas Martín, F., J., si la circunstancia de la nacionalidad o extranjería es suficientemente relevante para justificar o no la igualdad de trato como diferenciación respecto a algunos derechos fundamentales. *El desplazamiento en el mundo: inmigración y temáticas de identidad*, Madrid, 1998, p. 100.

de forma decidida que no existe una *desconstitucionalización* de los derechos fundamentales de los extranjeros, cuando la mayoría de esos derechos, en el caso de las personas no nacionales, quedan diferidos en su efectividad a la sede legal o convencional, algo que subvierte cualquier interpretación finalista y sistemática del Título I CE. Podríamos hablar, pues, de un reconocimiento *ex constitutione* de los derechos con independencia del origen nacional y un alcance limitado, en cuanto al efectivo disfrute, que discrimina entre el nacional y el extranjero. En último término, el nacional es la única persona que tiene garantizada la eficacia directa de sus derechos sin intermediación legal²²⁷.

En un segundo momento, el Tribunal optó por profundizar en la mencionada doctrina, aunque reiterando la delimitación del alcance de los derechos de los extranjeros en función del criterio de la dignidad. En esta evolución jurisprudencial, el Tribunal consolida una de las posiciones advertidas anteriormente. La atemperación o modulación en la determinación del contenido de los derechos en cuestión a lo que establezcan los tratados y las leyes no son posibles con aquellos derechos fundamentales que “pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”, es decir, “aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que conforme al art. 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español”²²⁸. Obviamente, esta reiterada y ambigua apelación a la dignidad, si bien nos recuerda que el legislador no cuenta con un margen de actuación ilimitado y que, por consiguiente, no estamos ante una materia absolutamente *desconstitucionalizada*²²⁹, no cuestiona la directriz general del régimen jurídico de los derechos de los extranjeros: la potestad de amplia configuración legal de aquellos derechos que no son imprescindibles para garantizar la dignidad. Como puso de relieve el TC,

²²⁷ Si como recuerda Ferrajoli, L., “[...] y es sobre la garantía de los propios derechos fundamentales como derechos iguales lo que hace madurar el sentido de pertenencia y la identidad colectiva de una comunidad política [...]”, “Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de Derecho Constitucional*, nº 15, 2006, p. 125, en nuestro contexto esa maduración no tiene más que un destinatario que pueda ejercer la totalidad de derechos fundamentales: el nacional español.

²²⁸ Nos remitimos a las consideraciones realizadas *supra* sobre la ambigua determinación de esos derechos que realiza el TC.

²²⁹ Véase López Guerra, L., ...[et al.], *Derecho constitucional*. Volumen I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Valencia, 1994, p. 152.

El párrafo 1 del art. 13 de la Constitución no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los tratados y las leyes [...]. Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos en principio, con las salvedades concernientes a los arts. 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo art. 13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española (FJ 2, STC 99/1985)²³⁰.

En la ulterior STC 115/1987, de 7 de julio, se vuelve a reiterar esta posición jurisprudencial, delimitando la capacidad constitutiva que procede del art. 13.1 CE, al considerar que la regla constitucional contenida en el precepto reconoce al legislador la posibilidad de establecer límites específicos al ejercicio de algunos derechos fundamentales por parte de extranjeros. En concreto se alude a la expresión “[...] establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos por parte de los extranjeros[...] ”(FJ 3), pero “para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales”, pues no se puede admitir que ese precepto autorice que “ el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros” (FJ3)²³¹. Es decir, lo que viene a corroborar el TC es que el art. 13.1 CE no habilita al legislador para configurar libremente el contenido de un derecho fundamental cuando éste haya sido reconocido

²³⁰ En esta Sentencia, el TC además de apoyarse en el criterio material de la dignidad humana para reconocer el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva a un ciudadano extranjero, aspecto por cierto ya presente en la doctrina expuesta en la Sentencia 107/1984, aporta un argumento jurídico presente en el ordenamiento constitucional: la interpretación, tal y como exige el art. 10.2 CE, conforme a los Tratados internacionales en materia de derechos humanos (FJ2). Sin embargo, la validez interpretativa a que alude el art. 10.2 CE no convierte a los Tratados internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales, aunque sí obligue a interpretar los preceptos de la CE de acuerdo con el contenido de los Tratados o Convenios. Goig Martínez, J., M., “El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 14, 2º semestre 2004, pp. 241 y 248.

²³¹ En el pronunciamiento aludido, el TC parece avalar la clasificación de los derechos fundamentales de los extranjeros presente en sus anteriores resoluciones, especialmente la STC 107/1984, con el matiz de la incorporación de la doctrina de esta Sentencia 115/1987, a saber: los derechos que corresponderían por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación legal –siempre que se respete el contenido esencial– podrá ser distinta para unos y otros, entre ellos el derecho de reunión y el de asociación (FJ 3); doctrina curiosamente revertida en la reciente Sentencia 236/2007, aludida con anterioridad.

directamente a los extranjeros por el texto constitucional²³², doctrina de mínimos que pretende que no se desvirtúe el contenido esencial de los mismos por la única razón de la nacionalidad. En definitiva, la citada Sentencia venía a establecer que los extranjeros sí tienen derechos fundamentales²³³.

En posteriores pronunciamientos el TC ha insistido en la vinculación de la configuración material que del derecho en cuestión pueda formular el legislador al respeto al contenido constitucional del derecho²³⁴. De este modo, se apela al *contenido esencial* de los derechos junto a los tratados suscritos como límite a las restricciones a los derechos fundamentales que pueda introducir el poder legislativo²³⁵. Esta evolución jurisprudencial es limitada e insuficiente puesto que no supone una equiparación plena entre todos los derechos constitucionales de los extranjeros y españoles, pero al menos intensifica el control en vía de amparo²³⁶.

En resumidas cuentas, la confirmación por parte del intérprete de la Constitución de la habilitación expresa para que el legislador, respetando el contenido esencial, regule de

²³² La STC 115/1987 sobre la LOE (Ley Orgánica de extranjería) significó algo más que la eliminación de cláusulas anticonstitucionales, porque cambió la primera doctrina del propio Tribunal, descartando la posibilidad de que los derechos dependieran “de los Tratados y la Ley” sin límites, iniciando así una línea de reconocimiento progresivo a los extranjeros de derechos que la Constitución parecía reservar a los españoles. Aja, E., “La evolución de la normativa sobre inmigración”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.). *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, 2006, p. 23. Un sucinto pero preciso comentario al voto particular formulado a la citada Sentencia 115/1987 en relación con el alcance y límites de los derechos de los extranjeros, en Pérez Vera y Abarca Junco, “Comentarios al artículo 13 de la Constitución”, *op. cit.*, pp.199-201.

²³³ Gutiérrez Gutiérrez, I., “Constitución española, derechos de los extranjeros”, en *Jueces para la Democracia*, nº 41, 2001, pp. 19-22.

²³⁴ Véase STC 242/1994, de 20 de julio (FFJJ 3 y 4).

²³⁵ La delimitación del alcance del “contenido esencial” de cada derecho será un elemento primordial, parámetro de la delimitación de la constitucionalidad o no de las restricciones legales. Sobre el concepto jurisprudencial de “contenido esencial” puede verse, por todos, a González Rivas, J., J., *La Constitución española de 1978: estudio sistemático y jurisprudencial*, Madrid, 2003, pp. 158-160; Pérez-Luño, A., E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1988, pp. 77-79; Balaguer Callejón, F., “Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos”, en *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*. Actas del Congreso Derechos Constitucionales y Estado autonómico, Barcelona-Tarragona, 20 a 22 de octubre de 1999, Barcelona, 2001, pp. 93-116; García Vázquez, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, *op. cit.*, pp. 312-314.

²³⁶ En la STC 236/2007, el TC recuerda, no obstante, que “el legislador al que remite el art. 13.1 CE no goza de igual libertad para regular la titularidad y el ejercicio de los distintos derechos del título I, pues aquélla depende del concreto derecho afectado [...]”, para continuar concluyendo que “el legislador no tiene la potestad de decidir qué derechos del título I les pueden corresponder y cuáles no a los extranjeros” (FJ3).

forma *distinta* el ejercicio de aquellos derechos fundamentales de los extranjeros que no entren en el parámetro axiológico de su carácter imprescindible para la dignidad humana, reafirma la divisoria del alcance de los derechos fundamentales de los extranjeros²³⁷. Aunque se pueda hablar de una titularidad no discutida de los derechos, la sujeción de las condiciones de ejercicio a lo que disponga el legislador –a fin de cuentas el reconocimiento no sirve si no va acompañado de su efectividad real– introduce una suerte de desequilibrio en la realización de los derechos fundamentales. Un criterio tan aleatorio como la nacionalidad se va a convertir en factor que posibilitará o dificultará la práctica de derechos tan elementales como la libertad de movimiento o la vida en familia, por citar algunos. En último término, lo que la CE apunta y la posición jurisprudencial del TC confirma es que es posible introducir un tratamiento diferente en el ejercicio de los derechos fundamentales, según el vínculo jurídico-político que se acredite, lo que viene a instituir categorías de personas por razón de su origen²³⁸.

Así, ser nacional de un Estado miembro de la UE garantiza el pleno disfrute de cualquier derecho fundamental por la misma remisión a los Tratados [en este caso a los Tratados de la Unión Europea] que realiza el art. 13 CE, en los apartados uno y dos, sin necesidad de acción legislativa o convencional, por encima de elucubraciones o apelaciones a la causalidad de la dignidad humana²³⁹. El ejercicio de los derechos de la persona extranjera estará pues en función del tipo de sujeto que sea su titular (libertad que se refleja en la mayor o menor medida extensiva de requisitos, impedimentos, etc., para el goce del derecho) o, en el mejor de los casos, de la calificación de un derecho, siempre por vía interpretativa, como imprescindible e inherente a la natural dignidad humana²⁴⁰. Queda

²³⁷ Y es que el propio intérprete de la CE se encarga de subrayar que la cuestión regulada por el art. 13.1 CE es la delimitación del alcance subjetivo de la extensión de ciertos derechos fundamentales, para lo que será relevante la condición de ser nacional o extranjero (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 8).

²³⁸ En el segundo capítulo profundizaremos en la cesura jurídica que supone la institucionalización de estatutos personales tomando como referencia la libertad de circulación y residencia, el punto central de toda la política selectiva de extranjería.

²³⁹ Excepción del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones de ámbito nacional y autonómico para los comunitarios residentes en un Estado miembro del que no son nacionales y del ejercicio de determinados cargos de la Función Pública. Para éste último véase art. 57.1 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público (BOE núm. 89, de 13 de abril).

²⁴⁰ “La titularidad y el ejercicio de los derechos surgen de la combinación de los parámetros relativos al “tipo” de derecho ante el que nos encontremos y al “tipo” de sujeto que sea su titular”. Solanes Solanes Corella, Á., “Integración sin derechos: de la irregularidad a la participación”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)*, [consulta realizada el 15 de abril de 2007], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_14.htm, p. 10.

una duda relevante: si existen derechos que no tienen que ver con la dignidad humana, ¿qué se quiere decir cuando se establece la diferenciación en derechos?²⁴¹

La supuesta voluntad del constituyente de atribuir al legislador una amplia libertad de configuración a la hora de regular el régimen de derechos fundamentales de los no nacionales implicaba, en último término, el diseño de un régimen estatutario que va a resultar incompatible con una interpretación sistemática del Título I CE, así como con sus valores y principios²⁴². Entendemos que la remisión al estatuto legal del reconocimiento efectivo y las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales de estas personas (por ejemplo, la imperativa provisión de autorización para el disfrute de derechos como el trabajo) podría colisionar con los principios en los que descansa la CE. El alcance de los derechos no es el mismo para todos. Mientras la plenitud de ejercicio de los derechos fundamentales de los nacionales emana directamente de la CE, para los extranjeros esa misma garantía de disfrute efectivo queda diferida al reconocimiento del legislador. La diferencia es cualitativa. Lo que está en juego es nada más y menos que el derecho a una vida digna, con todas sus implicaciones metajurídicas.

La ambigüedad que alienta este cuerpo jurídico-constitucional es premonitoria de la ciudadanía “mutilada” a la que se enfrentan quienes ven diferida su identidad. ¿Qué razones impulsan al legislador a denegar el ejercicio de derechos como el de reunirse a extranjeros, más allá de la estricta postergación de quien no cumple los requisitos legales de permanencia en nuestro país? El no contemplar el ejercicio de derechos como el expuesto para los “sin papeles” es una forma de discriminación²⁴³. No existe mayor vulneración del contenido esencial que impedir el ejercicio de derechos que son fundamentales a los extranjeros inmigrantes en tanto no adquieran la condición administrativa de legal²⁴⁴.

²⁴¹ De Asís Roig, “Algunas reflexiones sobre el fenómeno migratorio y los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 537.

²⁴² Vidal Fueyo, *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, *op. cit.*, p. 42.

²⁴³ Álvarez-Cienfuegos Suárez, “La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 36.

²⁴⁴ Martínez Alarcón, M., L., “El inmigrante irregular: especial referencia a la mujer inmigrante objeto de explotación sexual”, en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 68, 2003, p. 280.

La reciente STC 236/2007 ha corregido la separación legal entre titularidad y ejercicio de los derechos de reunión, asociación, manifestación, huelga y educación en función de la calificación administrativa del extranjero inmigrante²⁴⁵. El intérprete constitucional estima que el legislador orgánico podrá estipular en la norma “condiciones específicas” para el ejercicio del derecho pero siempre que respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre (FFJJ 6, 7 y 9)²⁴⁶. Sin embargo, cabe una reflexión: ¿de qué sirve que una persona en situación “irregular” pueda ejercer esos derechos si esa realización es un acicate para activar los procedimientos sancionadores contra la misma? ¿Acaso se ha cuestionado por el intérprete constitucional el régimen sancionador previsto para los “irregulares”, que puede perfectamente impulsarse con la manifestación pública de esos derechos?, ¿no se afecta reiteradamente la dignidad de quien es “condenado” a permanecer en la clandestinidad continua por miedo a la activación de los mecanismos coercitivos del Derecho de extranjería?²⁴⁷

²⁴⁵ Habrá que estar a la configuración legal que se realice tras la declaración de inconstitucionalidad de los arts. 7.1, 8, 11.1 (éste último exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente) de la LO 4/200, de 11 de enero, en la redacción dada por la LO 8/2000, de 22 de diciembre (STC 236/2007 de 7 de noviembre [BOE núm. 295, de 10 de diciembre]). En idéntico sentido se ha pronunciado el TC en las SSTC 259/2007, de 20 de diciembre; 260/2007, de 20 de diciembre; 261/2007, de 20 de diciembre; 262/2007, de 20 de diciembre; 263/2007, de 20 de diciembre; 264/2007, de 20 de diciembre; 265/2007, de 20 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2008). Además, el inciso “residentes” de los arts. 9.3 (relativo al derecho a la educación) y 22.2 (relativo al derecho a la asistencia jurídica gratuita) [STC 236/2007] y el inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del art. 11.2 (relativo al ejercicio del derecho de huelga) [STC 259/2007] han sido declarados nulos.

²⁴⁶ Su indiscutible *ratio decidendi*, como recuerda Martín Moreno, es la dignidad de la persona como “fundamento del orden político y la paz social” (art. 10.1 CE). Martín Moreno, J., L., “Extranjeros en situación irregular: dignidad de la persona y derechos fundamentales a la tutela judicial, educación, sindicación, reunión y asociación (STC 236/2007, de 7 de noviembre)”, en *Aletheia. Cuadernos críticos del Derecho*, nº 4, 2007, p. 65. Cfr. asimismo Monereo Pérez, J., L., y Triguero Martínez, L., Á., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (I)”, en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº 6, 2008, pp. 329-363; *idem*, “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (y II)”, en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº 6, 2008, pp. 365-387.

²⁴⁷ Como sostienen Goytisolo y Naïr, se “debe considerar no sólo el *derecho a*, sino también las *condiciones* para llevar a cabo ese derecho”, *El peaje de la vida: integración o rechazo de la emigración en España*, op. cit., p. 140. En sentido análogo, Arango Villa-Belda, “Ciudadanía: la llamativa popularidad contemporánea de una vieja noción” en *Circunstancia, revista de Ciencias Sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, año 4, nº 10, mayo 2006 [consulta realizada el 14 de octubre de 2007], disponible en <http://www.fog.es/circunstancia/numero10/art5.htm>.

Realmente, estamos ante una construcción no acabada del régimen jurídico-constitucional de los extranjeros en España que prescinde de una lectura sistemática de la Constitución, donde los arts. 10.2 y 14 CE juegan un papel esencial para unos y resultan minimizados para otros²⁴⁸. No olvidemos que, como recuerda García Añón, la normativa internacional que forma parte de nuestro ordenamiento jurídico y las resoluciones jurisdiccionales dictadas a su amparo deben entenderse, por una parte, no como un elemento de limitación, sino de delimitación de los derechos; y por otra como instrumentos de garantía suplementaria de los derechos frente al encorsetamiento de las disposiciones nacionales²⁴⁹.

Desde nuestro punto de vista es posible realizar una puntualización suplementaria. El marco jurídico-constitucional permite que aquellos derechos fundamentales que dependen, en cuanto a las posibilidades de realización, de la configuración legal o convencional, pasen a convertirse en una “concesión” sujeta a la discrecionalidad administrativa y, por ende, penalicen a la persona por el simple hecho aleatorio de no ostentar la condición de nacional²⁵⁰. El intersticio entre la diferenciación y la discriminación es fácil de traspasar si el principio de igualdad se considera un criterio axiológico sólo aplicable en función del reconocimiento de ejercicio de un derecho, tal y como prevé la legislación de extranjería²⁵¹.

²⁴⁸ Para el alcance del art. 10.2 CE, por todos, Freixes y Remotti Carbonell, “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 108; Cano Bueso, “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional”, *op. cit.*, p. 22.

²⁴⁹ García Añón, “Derechos de los extranjeros y discriminación” [consulta realizada el 20 de marzo de 2007], *op. cit.*, p. 5.

²⁵⁰ Entendemos que la habilitación constitucional al legislador para establecer las “peculiaridades” en el ejercicio de los mismos es una tentación peligrosísima para legitimar las razones que fundamentan la política de admisión de extranjeros inmigrantes (de índole sociolaboral, de seguridad, etc), como así se desprende de todas las regulaciones de extranjería de los últimos tiempos.

²⁵¹ En cualquier caso, “la igualdad no se opone a las diferencias, sino a las desigualdades”, como subraya Fernández, E., *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, 2003, p. 20. La igualdad como principio jurídico supone, en el ámbito de los derechos, considerarla como criterio de distribución de los contenidos de libertad. Véase, por todos, De Asís Roig, R., “La igualdad en el discurso de los derechos”, en López García, J., A., y Del Real, A. (edit.), *Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho*. Madrid, 2000, p. 155. Una opinión matizada la aporta García Álvarez, al puntualizar que el derecho a no ser discriminado no puede entenderse como “derecho a ser tratado como un ser humano igual a los demás” sino como derecho a no ser tratado peyorativamente en comparación, ni más ni menos, que con el trato que le corresponde a la persona afectada, en última instancia, por ley. García Álvarez, P., *El Derecho Penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Valencia, 2004, pp. 57-58.

En todo caso, la dignidad humana tendría que ser el fundamento, no el núcleo material ético, en la exegética del significado y alcance del régimen jurídico de los derechos fundamentales de los extranjeros. Es decir, la dignidad no es sólo una regla hermenéutica extensible a todos los derechos fundamentales sino el componente elemental de cualquier construcción doctrinal del citado cuerpo jurídico-constitucional. No parece, sin embargo, que esa haya sido la postura del Tribunal en su siempre inestable elaboración doctrinal en la materia²⁵². Partiendo de la afirmación de que las interpretaciones del art. 13.1 CE, desde el punto de vista de la justicia material de los derechos de los extranjeros, pueden ser variadas y quizá ninguna del todo satisfactorias, habría que valorar en su justa medida el contenido del art. 10.2 CE y el conjunto de normas sistemáticamente recogidas en el Título I CE²⁵³.

Una lectura negativa llevaría a calificar el art. 13 CE como cláusula de limitación de los derechos de los extranjeros, por la remisión que contiene la regla constitucional que incorpora²⁵⁴. Esta perspectiva introduce interrogantes preocupantes, en cuanto a los límites que el legislador puede contemplar en la regulación de las condiciones de ejercicio de unos derechos que se llaman fundamentales. El principio de igualdad que tácitamente se desprende del art. 13.1 CE queda seriamente afectado al posibilitarse la modulación legal o convencional de los derechos en función de la nacionalidad, en razón de que la “línea fronteriza” a partir de la cual determinar que un derecho ha quedado desnaturalizado es

²⁵² En el fondo entendemos que se estaría cuestionando el desarrollo de la vida conforme a lo que cada persona considere que constituye su propia dignidad como ser humano, fundamento último de los derechos. Véase Campoy Cervera, “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, *op. cit.*, pp. 144 y 147.

²⁵³ En todo caso, en el plano exegético, como el TC recuerda, hay que tener en cuenta la interpretación sistemática a la hora de aclarar en qué medida el art. 13.1 CE extiende a los extranjeros derechos fundamentales recogidos en el art. 19 CE. El intérprete de la CE señala “que no sólo el art. 13.1 CE se remite expresamente a los tratados, sino también y sobre todo que el art. 10.2 CE establece un muy relevante criterio para la interpretación sistemática de la Constitución Española al erigir en contexto de ésta en el campo de los derechos fundamentales los tratados y acuerdos internacionales sobre esa materia ratificados por España: la regulación contenida en éstos adquiere así “trascendencia interpretativa a estos efectos” (STC 242/1994, de 20 de julio, FJ 5) y que recoge la STC 72/2005, de 4 de abril (FJ7).

²⁵⁴ Contrariamente a lo que en ocasiones parece suponerse, el canon interpretativo contenido en el art. 13.1 CE y así nos recuerda el Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 107/1984, FJ4 y 95/2000, FJ3) es un primer criterio de desigualdad contemplado por el ordenamiento. Carrió Sampedro, A., “Ordenamiento jurídico, competencia normativa y legislación de extranjería”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 21, 2004, pp. 173-174.

compleja de delimitar²⁵⁵. Por otra parte, una visión interpretativa más positiva, que sustenta los pronunciamientos jurisprudenciales al respecto, invoca dicho precepto como cláusula reconocedora de los derechos, habilitando la práctica de unos derechos que aparecen recogidos en el Título I CE²⁵⁶.

Se adopte una u otra posición en ese debate, lo que sí es cierto es que la diferenciación es el parámetro director de la regulación jurídico-constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros. En caso contrario, ¿qué sentido tendría el art. 13.1 CE? El *quid* que se deriva de esa aseveración son los efectos que produce. Todo el sistema constitucional de valores y principios, especialmente el de igualdad, se ven seriamente afectados por el distinto alcance de los derechos de los extranjeros por la mediación de la ley y el tratado²⁵⁷.

En definitiva, la configuración constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros termina por “hipotecar” toda la legitimidad de un sistema que se llama *iusgarantista*, al prever que sea el legislador el que decida el disfrute de derechos y, por ende, legitime la desigualdad de trato, en función del origen del titular. Como afirma Mendoza Navas, carece de coherencia que, por una parte, el legislador en la exposición de Motivos de la LO 8/2000 destaque “la preocupación en reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades” y, por otra, advierta en su art. 3 de la sujeción del goce de los “derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”, por cuanto el poder limitador del legislador se ha de interpretar restrictivamente y exigir una motivación suficiente y proporcional, presupuesto que no se cumple en la citada norma legal²⁵⁸.

²⁵⁵ Y es que “el tema de la igualdad se plantea estructuralmente como problema, que el sistema implica, de una cierta exclusión o de la exclusión”, a lo que hay que añadir que “el ‘sujeto de derecho’ es una invención del mismo código de igualdad”. Resta, *op. cit.*, pp. 198 y 202, respectivamente. Estas dos afirmaciones nos dan parte de la solución en clave conclusiva: el sujeto de derecho está mediatizado por la idea de exclusión, por lo que, como indica el filósofo italiano, los derechos fácilmente pueden constituirse en pretensiones de una parte y prestaciones de la otra, es decir un objeto de intercambio individualista, *ibidem*, p. 202.

²⁵⁶ Para una completa disección de estas posiciones, *cfr.* Vidal Fueyo, *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, *op. cit.*, p. 303 y ss.

²⁵⁷ En este sentido, si la “igualdad de la justicia se refiere tanto al interés general del Estado como al interés individual de los ciudadanos” como expusiera Aristóteles, *La Política*, Madrid, 1983, p. 98, se produce una fractura desde el momento en que, en materia de extranjería, el interés general deshabilita al interés individual del extranjero inmigrante.

²⁵⁸ Mendoza Navas, “Evolución de los derechos sociales en las leyes de extranjería”, *op. cit.*, p. 79.

Ante el desequilibrio que afecta a la raíz misma de los derechos fundamentales y al axioma de la igualdad, el propio TC responde con mayor diferenciación al introducir la utilización del criterio de la dignidad humana como eje de la atribución de la garantía de efectividad de los derechos, en lugar de considerarlo como principio inherente a la naturaleza *in suo genere* de los derechos fundamentales sin fines divisorios²⁵⁹. Esta construcción dogmática podría tener importantes consecuencias con relación a la igualdad. Se trataría de ver si los valores morales inherentes al concepto de persona, en cuanto se traducen en normas que reconocen derechos inherentes a la dignidad de la persona, en sí misma considerada, admiten una distinción tan radical como la que efectúa la Ley cuando se refiere a los derechos y libertades de los extranjeros²⁶⁰.

Desde nuestro punto de vista, la inestabilidad característica del cuerpo legislativo de extranjería, sometido a permanente cuestionamiento jurídico, especialmente en materia de derechos, es consecuencia de la “hipoteca” divisoria que lastra el régimen jurídico-constitucional de derechos de los extranjeros. En último término, resulta preocupante que la propia legitimación de la introducción del factor diferencial del alcance de los derechos de los extranjeros se haga depender de la polivalente y flexible exégesis que el intérprete hace de las normas contenidas en el Título I CE, en especial del principio de igualdad y del art. 13.1 CE²⁶¹. Mientras tanto, el azar de la nacionalidad va a seguir determinando quién puede y bajo qué condiciones ejercer derechos que teniendo reconocimiento constitucional están en la frontera donde exclusión e inclusión se unen y se separan.

²⁵⁹ El contenido del art. 10.1 CE invoca esa función medular de la dignidad de la persona como fundamento del sistema social y político, como fundamento material de los derechos, sin que se haga distinción alguna por razón de nacionalidad o situación administrativa. Véase Marín Gámez, “Una visión de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p.52.

²⁶⁰ Álvarez- Cienfuegos Suárez, *op. cit.*, p. 35.

²⁶¹ “Es injustificable una interpretación extensiva de la cláusula de configuración legal de los derechos de los extranjeros que ponga en riesgo su contenido esencial como tales derechos, pero es que además las limitaciones en el ejercicio de derechos fundamentales amparadas en la creación de una categoría o grupo de personas previamente definidas con arreglo a un criterio administrativo, carece de amparo constitucional”. De Lucas Martín, “Sobre las garantías de los derechos sociales de los inmigrantes” [consulta realizada el 14 de junio de 2006], *op. cit.*, p. 4.

2. Límites a los derechos de los extranjeros en situación irregular

En el subepígrafe anterior hemos analizado los fundamentos constitucionales del régimen general de derechos y libertades de los extranjeros en el ordenamiento interno, así como los criterios que la doctrina del TC ha introducido en el tratamiento jurisprudencial del alcance de esos derechos. Sin embargo, esta formulación general del sistema de derechos, que podría interpretarse como el *ius commune* de este sector normativo, da carta de naturaleza a la excepcionalidad de la situación jurídica de los extranjeros que no se encuentren legalmente en nuestro país. Se dictamina y legitima un Derecho punitivo, un Derecho manifiestamente discriminatorio, que penaliza a aquellos que no reúnen los requisitos exigidos para su consideración jurídica de “legales”, una vez que han conseguido sortear los controles de entrada en el territorio²⁶².

En el plano jurídico-positivo, este salto cualitativo entre legalidad e ilegalidad introduce una clara matización, incluso diríamos, una desvirtuación del alcance de los derechos y sus garantías²⁶³. Una pregunta es inevitable, ¿qué razón ética tiene el Estado para convertir a un estatuto de orden administrativo en la fuente del pleno disfrute de los derechos? La separación de las personas en las categorías administrativas de “legales e ilegales” no es ajena a la naturaleza de excepcionalidad del Derecho de extranjería. En todo momento lo que se pretende asegurar es que el binomio ciudadanía-nacionalidad sobre el que se ha erigido todo el sistema jurídico-político de los Estados-nación modernos se vea reforzado por el existente entre la “preciudadanía” en la que se mueve la extranjería legal y el universo de la invisibilidad jurídica del “sin papeles”. Y para conseguir ese objetivo qué mejor que profundizar en divisiones de estatus que no pongan en cuestión ese monopolio de la ciudadanía²⁶⁴.

²⁶² En su crítica a la LO 4/2000, De Lucas Martín, F., J., expuso acertadamente la identificación, que la ley enfatiza, entre “inmigrante malo” e irregular. “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, en *Jueces para la democracia*, n.º 38, 2000, p. 8.

²⁶³ Como pone de relieve Pisarello, un programa constitucional de garantías institucionales de los derechos resultaría en última instancia fútil, sin la existencia y permanente promoción de múltiples y robustos espacios ciudadanos en condiciones de garantizar socialmente la eficacia de las aludidas garantías institucionales. Pisarello, G., “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, en *Jueces para la Democracia*, n.º 41, 2001, p. 9.

²⁶⁴ Hay acepciones que convergen en un mismo concepto: la nación como objeto; la ciudadanía como elemento personal constitutivo de la misma y la integración como elemento nodal entre los dos anteriores. Schnapper, D., *La comunidad de los ciudadanos. Acerca de la idea moderna de nación*, Madrid, 2001, p. 38.

Este marco de Derecho punitivo, que otorga al inmigrante en situación irregular el estereotipo de “sospechoso”, acentúa y multiplica las restricciones del estatuto general de la realización de los derechos de los extranjeros, no ya sólo a nivel legislativo sino en la práctica jurisprudencial. En efecto, la diferenciación de trato jurídico en determinados derechos entre, por un lado, los extranjeros que disponen de autorización administrativa, que han pasado y superado una serie de controles de admisión²⁶⁵ y, por otro, aquellos que no poseen esa acreditación y permanecen de forma “invisible” en el país²⁶⁶, da lugar a una suerte de desequilibrio²⁶⁷. Como afirma Martínez de Pisón, “la insistencia en la ilegalidad, en la falta de documentación por parte del inmigrante, tiende a poner el acento no en la condición humana y en las razones del abandono de su país, sino en el hecho de que la persona ha entrado contra nuestras propias leyes, en su situación administrativa irregular, en una estigmatización que lo presenta como un delincuente que hay que perseguir [...]; en resumidas cuentas, en que la única política válida frente a este colectivo es la policial [...] sin ser conscientes de que en el altar de la seguridad y el orden se acaban por sacrificar valores tan importantes para nuestra civilización como el de justicia y el de libertad”²⁶⁸.

Esta circunstancia no permite a los “desheredados”²⁶⁹ afrontar los riesgos inherentes a esa situación de no ajuste al Derecho de extranjería con las suficientes garantías

Y, por supuesto, sin olvidar que la nacionalidad, en su mayor parte, no es elegida libremente. Miller, *Sobre la nacionalidad: autodeterminación y pluralismo cultural*, op. cit., p. 63.

²⁶⁵ Algunos de ellos atinentes a aspectos relacionados con la intimidad personal, entre ellos la acreditación de la ausencia de antecedentes penales y la prueba de disponibilidad de medios suficientes de vida.

²⁶⁶ Introducida esta diferenciación desde sus formulaciones iniciales por las sucesivas leyes de extranjería desde 1985, aunque ostensible tras la reforma de la LO 4/2000, con la sola excepción de esta norma, que no establecía diferenciación alguna en la formulación de determinados derechos como el de reunión, manifestación, sindicación o huelga en función de la situación legal. En concreto, su Título I (en especial arts. 7 al 14) se refería a “los extranjeros que se encuentren en España”, a “los trabajadores que se hallen en España”.

²⁶⁷ El acceso a los derechos queda estructurado a partir de las situaciones jurídico-administrativas que se atribuyen a las personas inmigrantes, como pueden ser las de residente con autorización, reagrupado, inmigrante irregular empadronado, inmigrante irregular no empadronado. Añón Roig, M., J., “Igualdad y procedimiento administrativo especial para los inmigrantes”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos*. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006), [consulta realizada el 16 de marzo de 2008], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_14.htm. p. 3.

²⁶⁸ Martínez de Pisón Caveró, J., M., “La (no) política de inmigración y el Estado de Derecho”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 10, 2004 [consulta realizada el 20 de marzo de 2006], disponible en <http://www.uv.es/CEFD/10/pison.pdf>, p. 16.

²⁶⁹ La expresión “desheredados” la utilizamos para hacer alusión a todos los trabajadores extranjeros carentes de autorización administrativa para permanecer en el territorio nacional.

jurídicas²⁷⁰. Es más, la LO 8/2000, de 22 de diciembre, ha institucionalizado un estatuto discriminatorio para los que están en situación de irregularidad²⁷¹. El legislador, en lo que quiere ser una norma de derechos y libertades, institucionaliza paradójicamente una relación de causalidad perniciosa entre goce de derechos y situación administrativa de la persona extranjera. De este modo, el extranjero en situación irregular se convierte en un sujeto *legalmente negado*, no existe para el Derecho²⁷². No obstante, los derechos laborales del “irregular” derivados de su actividad laboral clandestina están siendo progresivamente reconocidos²⁷³.

Si bien la LO 8/2000 sigue reconociendo *in genere* determinados derechos a los extranjeros (reunión, manifestación, sindicación y huelga) ha introducido un matiz decisivo que limita esos derechos, al precisar que su goce o ejercicio (novedad de la misma) quedará condicionado a la obtención de autorización de estancia o residencia en España o, en su caso, además a la autorización de trabajo (caso del derecho de huelga)²⁷⁴. La escisión entre titularidad y ejercicio, además de ser una impropiedad jurídico-dogmática, vela una realidad: el extranjero que no puede ejercitar un derecho no tiene, en realidad, su titularidad, puesto que no puede, de ningún modo, ejercerlo²⁷⁵.

La reforma operada por la LO mencionada viene a certificar un principio informador del Derecho de extranjería que es reflejo de la libertad constitutiva de que goza el

²⁷⁰ Al respecto las palabras de Marín Gámez son clarificadoras: “es necesario anclar en las garantías jurídicas de entronque constitucional y desarrollo legal el amparo que está demandando el inmigrante irregular”. “Una visión de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 48.

²⁷¹ Como pone de relieve Santolaya Machetti, además, la citada norma legal [LO 8/2000] reconoce una especie de estatuto intermedio, ligando derechos del “irregular” al empadronamiento, sobre todo la asistencia sanitaria, los servicios y prestaciones sociales básicas y, en la práctica, la educación, como veremos a continuación. “Los inmigrantes en situación irregular: derechos, expulsión y regularización (1990-2004)”, *op. cit.*, pp. 134-135. Recuerda Moya Escudero que “el empadronamiento no depende de la situación de legalidad o no de la persona extranjera [...]”. “Inmigrante español/inmigrante extranjero: estudio del caso andaluz”, *op. cit.*, p. 3.

²⁷² Solanes Corella, Á., “La situación jurídica del extranjero irregular en España”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Zaragoza, 2001, p. 239.

²⁷³ Véase *infra*, pp. 118-119.

²⁷⁴ Condicionar el ejercicio de ciertos derechos a una autorización administrativa resulta incompatible con la función de los derechos fundamentales en el Estado constitucional. Gutiérrez Gutiérrez, “Constitución española, derechos de los extranjeros”, *op. cit.*, p. 21.

²⁷⁵ Aragón Reyes, *op. cit.*, pp. 11-12.

legislador: la titularidad y el disfrute de los derechos fundamentales de los extranjeros son cuestiones distintas y distantes²⁷⁶. Si el punto de partida es el pleno reconocimiento de la titularidad de los derechos sin diferenciación por razón de la nacionalidad, el punto de llegada en vía legislativa es la conversión de su ejercicio en categoría sujeta a la concesión del estatuto administrativo de legal²⁷⁷. La negación del ejercicio de ciertos derechos para los irregulares y el reconocimiento de su titularidad es un expediente típico de la doctrina dogmática de los derechos de propiedad, no de los derechos de libertad²⁷⁸.

La presunta inconstitucionalidad de la formulación implementada por la LO 8/2000 y las dificultades de aplicación efectiva de la citada norma fue puesta de manifiesto durante el debate parlamentario de la Ley, una controversia que perjudicó el consenso en la aprobación de la norma²⁷⁹. Recientemente, como hemos advertido anteriormente, el TC ha resuelto los recursos de inconstitucionalidad planteados al respecto²⁸⁰. El órgano constitucional declara inconstitucional la diferenciación introducida por la LOEXIS entre titularidad y ejercicio de ciertos derechos de los extranjeros en función de su situación administrativa²⁸¹. Señala el intérprete constitucional que preceptos como el contenido en

²⁷⁶ El artículo 3.1 LOEXIS así lo corrobora. La regulación legal no viene sino a reproducir la doctrina sentada en las Sentencias analizadas en el anterior subepígrafe y que, dada la omnicomprensividad del derecho a la libre circulación, como veremos a continuación, se reproduce en la Sentencia 94/1993, de 22 de marzo, por la que el órgano constitucional llega a afirmar que “[...] los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales establecidos en el art. 19 CE siempre que resulten reconocidos en los tratados o en la ley y en los términos de su reconocimiento en ellos [...]” (FJ 4).

²⁷⁷ La lucha contra la inmigración ilegal es legítima para cualquier Estado. Lo que no parece de recibo es que la misma sea el pretexto perfecto para limitar los derechos en función de la adscripción administrativa de cada extranjero.

²⁷⁸ Véase Gutiérrez Gutiérrez, *op. cit.*, p. 20.

²⁷⁹ Destaca la intervención de la Sra. Rumí Ibáñez, del grupo socialista, que subrayaba “¿acaso a partir de la entrada en vigor de esta ley el Ministerio del Interior dará instrucciones para requerir la documentación cada vez que se observe una reunión de extranjeros?” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, año 2000, núm. 44, p. 2145) y en contraposición la de la Sra. Muñoz Oriol, del grupo popular, para quien “ la restricción de los derechos de reunión, manifestación, asociación y huelga a los extranjeros que se encuentran ilegalmente en España parece lógica, puesto que tales derechos no pueden corresponder ni ejercerse por quien se coloca al margen de la propia legalidad” (*ibidem*, p. 2149).

²⁸⁰ Un razonamiento jurídico-constitucional de la complejidad del examen de inconstitucionalidad de la restricciones establecidas por la LO 8/2000, en Mendoza Navas, *op. cit.*, pp. 79-87; Aragón Reyes, “¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?”, *op. cit.*, p. 13 y ss; apuntar asimismo que varios preceptos de la LO 14/2003, que modifica la LO 8/2000, fueron objeto de impugnación ante el TC por presunta inconstitucionalidad, entre ellas las disposiciones referentes a la devolución y expulsión de extranjeros y las que regulan las garantías jurídicas en los procesos administrativos.

²⁸¹ Véase STC 236/2007, de 7 de noviembre (FJ4).

el art. 1.5 LO 8/2000 que da nueva redacción al art. 7.1 LO 4/2000 “no condiciona el ejercicio de derechos [como el de reunión] por parte de los extranjeros en situación irregular sino que impide radicalmente cualquier ejercicio del mismo [...]”(FJ 6). Es decir, lo que pone de manifiesto el intérprete constitucional es que no se puede negar el ejercicio de derechos como el de reunión, manifestación y asociación, por el simple hecho de estar en situación administrativa irregular en España.

Esta reciente jurisprudencia sienta una relevante doctrina sobre la vinculación entre dignidad y ciertos derechos reconocidos a los extranjeros, pero no puede hacernos olvidar que formalmente se ha producido una declaración de inconstitucionalidad en lo que respecta a los arts. 7.1, 8 y 11.1 de la LO 4/2000, en la redacción dada por la LO 8/2000²⁸². El legislador se encuentra habilitado ex art. 13.1 CE para establecer las condiciones específicas o “condicionamientos adicionales” para el ejercicio de esos derechos, sin perjuicio del control de constitucionalidad de las mismas, aspecto que el Tribunal refrenda en esa Sentencia (por todos, FJ7), para a continuación declarar que “no corresponde al mismo decidir una determinada opción en materia de extranjería” (FJ 17). Habrá que estar expectante al nuevo desarrollo de las condiciones de ejercicio de estos derechos, aunque como se ha indicado *supra* resulta complicado, por mucho que se reconozca su ejercicio, que una persona en situación irregular pueda libremente realizar derechos que le exponen a la activación de los mecanismos de coerción del Derecho de extranjería. También resulta inquietante que el TC no discuta la disociación entre dignidad y derecho de reagrupación familiar, un derecho que es una manifestación del propio derecho a la vida en familia y que sigue sujeto a la legalidad de la situación administrativa del extranjero reagrupante²⁸³.

¿Qué ocurre con otros derechos del extranjero inmigrante en situación irregular en nuestro país? Paradójicamente, en los derechos de orden laboral, que no tienen el carácter de fundamentales, se ha avanzado más. La última redacción del art. 36.3 de la LOEXIS (actualmente 36.5 según la reforma operada por la LO 14/2003), contempla la positiva novedad de la responsabilidad del empresario a que dé lugar, incluidas aquellas en materia

²⁸² El art. 11.1 exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente. Asimismo ha sido declarada inconstitucional y nula la inclusión del término “residentes” en los arts. 9.3 y 22.2.

²⁸³ Nos remitimos al análisis que de este derecho se realiza en el capítulo cuarto.

de seguridad social, que pudieran corresponder a un trabajador contratado sin poseer la previa autorización de trabajo, sin perjuicio de las responsabilidades penales y administrativas en las que incurra el empleador, por contratar a trabajadores extranjeros sin la autorización preceptiva²⁸⁴. La carencia de autorización no será obstáculo para las prestaciones que pudieran corresponderle al trabajador. El legislador sigue la línea adoptada por diversos instrumentos internacionales en materia de protección social de los extranjeros irregulares. Se viene con ello a corregir las consecuencias jurídicas de la doctrina de los tribunales acerca de la validez de esa relación laboral y sus efectos procedentes²⁸⁵. Este reconocimiento legal garantiza, al menos, una igualdad real de trato de los derechos laborales y de Seguridad Social derivados de su actividad, separándose acertadamente los planos laboral y administrativo presentes en estas situaciones²⁸⁶.

²⁸⁴ No existe disposición legal que disponga que la falta de autorización administrativa para trabajar acarree la ineficacia del contrato, ni es claro jurídicamente que la exigencia de autorización sea condición de validez del contrato. Cfr. Camós Victoria, I., “Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar”, en *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica nº 1*, 2004, pp. 568-569. El autor realiza un análisis de los problemas jurídicos presentes en el art. 36.3 LOEXIS, un ejemplo clarificador de la inseguridad jurídica para quienes no están llamados a ser “visibles” para el Derecho. Del mismo modo, aborda el problema Moya Escudero, M., “De la autorización de trabajo y regímenes especiales”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, pp. 902-905; Charro Baena, P., “El trabajo de los extranjeros en España: una lectura desde el Ordenamiento Laboral”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 88-92; Gómez Abelleira, F., J., “Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia”, *op. cit.*, p. 101-138; Rodríguez Piñero-Royo, M., C., “Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante”, en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2001, p. 98; Marín Marín, J., y Gallego Moya, F., *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 36 y ss.; Pedrajas Pérez, F., “Igualdad y no discriminación del trabajador extranjero en España”, en VV. AA., *Jornadas sobre la Ley de extranjería, Sus repercusiones en el ámbito laboral*, 8 y 9 de marzo de 2001, Granada, 2001, pp. 104-106.

²⁸⁵ Referencias a esa doctrina jurisprudencial, con un preciso y exhaustivo estudio sobre esta materia, en Rueda Valdivia, R., “Art.10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, pp. 239-300. Además, puede consultarse a Álvarez Cortés, J., “La protección social del extranjero”, en Serrano García, J., M. y Mendoza Navas, N. (coord.), *Estudios sobre extranjería*, Albacete, 2005, p. 135 y ss; Camós Victoria, *op. cit.*, pp. 543-572.

²⁸⁶ Entre ellos el derecho a la prestación por desempleo, como así lo refrenda, entre otras, la STSJ del País Vasco, de 13 de febrero de 2007 (AS\2007\900) (FJ2); STSJ de Madrid, de 25 de enero de 2008 (RJ 2008\98318) (FJ único); STSJ de Cataluña, de 4 de marzo de 2008 (RJ 2008\153231) (FFJJ 2 y 4) único); STSJ de Castilla y León de 14 de marzo de 2006 (AS\2006\1468) (FJ único) que confirman la consolidada doctrina del TS al respecto, por todas, SSTS de 9 de junio de 2003 (RJ 2003\3936); de 29 de septiembre de 2003 (RJ 2003\7446). Sin embargo, en su STS de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008\2065), el TS rompe con esta doctrina y deniega el derecho a la prestación por desempleo al considerar que el derecho a percibir todas las prestaciones de la Seguridad Social, que es a la postre a lo que conduciría concederles la prestación por desempleo, vulneraría la finalidad de incentivar la entrada y estancia regular de los extranjeros en nuestro país perseguida por la Ley Orgánica de extranjería vigente. Considera que este reconocimiento “supondría una plena equiparación entre los extranjeros residentes y la emigración clandestina y, en consecuencia, una desincentivación del ciudadano extranjero a acudir a los complejos trámites administrativos para conseguir la autorización de residencia, al saber que puede obtener los mismos derechos mediante la entrada clandestina en España”. Además, concluye que “este reconocimiento implicaría la creación judicial de una especie de regularización encubierta y en espiral del emigrante irregular, quien no podría, según la Ley

Ahora bien, la situación no es la misma en derechos tan elementales como la educación y la asistencia sanitaria²⁸⁷. La protección y reconocimiento de estos derechos se “recorta” dependiendo de la edad y de la situación jurídica del extranjero²⁸⁸. Respecto al primero la situación ha sido objeto de reparación en sede constitucional al declararse inconstitucional y nula la inclusión del término “residentes” en el artículo 9.3 de la LOEXIS (STC 236/2007)²⁸⁹. En concreto, el TC recuerda que “el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad”, para concluir que “el precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria [...]”, sin que su ejercicio pueda someterse a “otra circunstancia como la situación administrativa del menor” (FJ 8)²⁹⁰. Por consiguiente, el intérprete constitucional establece

Orgánica de extranjería, ser expulsado de nuestro país mientras estuviera percibiendo la prestación por desempleo” (FFJJ 5 y 7). Véase el comentario a la misma que realizan Carrascosa Bermejo, D., y Charro Baena, P., “El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 18, 2008, pp. 235-255; Desdentado Bonete, A., “El desempleo del extranjero ‘sin papeles’”, en *Diario La Ley*, nº 6986, 10 de julio de 2008, recurso electrónico disponible en <http://laleydigital.laley.es>.

²⁸⁷ Estos derechos, como nos recuerda Pajares Alonso, no están bien resueltos desde el punto de vista legal, lo que deconstruye su carácter supuestamente universal. Pajares Alonso, M., *La inmigración en España. Retos y propuestas*, Barcelona, 1998, p. 267. Los antecedentes normativos del derecho a la educación de los extranjeros y la respuesta doctrinal a la misma en Aznar López, M., “Los derechos sociales de los extranjeros en España”, en Álvarez- Cienfuegos Suárez, J., M. (dir.), *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial VIII*, Madrid, 2001, p. 133 y ss; Larios Paterna, M., J., “El derecho a la educación de los inmigrantes. Principales normas y políticas públicas del Estado y las comunidades autónomas”, en Aja, E., y Arango, J., (edit.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, pp. 247-273.

²⁸⁸ Además, los que no tengan regularizada su situación administrativa sólo tendrán derecho a prestaciones sociales básicas (art. 14 LOEXIS). Para una definición de prestación social básica, puede consultarse Álvarez Cortés, *op. cit.*, p. 165. Otro reciente comentario en la materia es el de Rueda Valdivia, R., “Derecho a la asistencia sanitaria”, en Esplugues Mota, C. (coord), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, pp. 329-359.

²⁸⁹ Hay que traer a colación que el art. 9.1 LOEXIS reconoce el derecho a la educación de todos los extranjeros menores de 18 años, comprensivo del acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de ayudas y becas. Por su parte, la LO 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 106, de 4 de mayo) establece en su art. 4.1 y 4.2 la extensión de la enseñanza obligatoria, básica y gratuita, derecho que asiste a los alumnos hasta los dieciocho años en las condiciones establecidas en la propia ley. Mientras, el art. 9.3 LOEXIS disponía, antes de este pronunciamiento, la reserva de la educación no obligatoria para los extranjeros residentes.

²⁹⁰ El Tribunal viene a constatar la “inequívoca vinculación” de este derecho con “la garantía de la dignidad humana al estar en juego el pleno desarrollo de la personalidad”. Pérez Sola, “La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000”, *op. cit.*, p. 43.

la nulidad de la situación administrativa de la persona para el ejercicio de un derecho fundamental como el de la educación, eliminando de raíz, cualquier duda sobre la interpretación restrictiva del término “residentes”²⁹¹.

Por otra parte, en lo que respecta a la asistencia sanitaria, los indocumentados no reciben el mismo tratamiento legal que el resto de extranjeros inmigrantes²⁹². Se limita el citado derecho, en su faceta de asistencia primaria, a “los extranjeros que se encuentren inscritos en el padrón municipal en que residan habitualmente”²⁹³. El que la LO 8/2000 se refiera al derecho a la salud para los extranjeros, no al derecho de asistencia sanitaria, es un matiz sumamente sutil que tiene como finalidad restringir *legalmente* las obligaciones que la Administración debe asumir respecto a este colectivo²⁹⁴. Se establece, pues, una diferencia selectiva en el ejercicio de un derecho tan básico como éste en función de la acreditación o no de una constancia oficial de una residencia que el “ilegal”

²⁹¹ Con lo que de paso queda despejada la duda de si la posible exclusión del derecho a la educación no obligatoria afectaría a los estantes legales en nuestro país, que Aragón Reyes aducía como un posible motivo de inconstitucionalidad, Véase Aragón Reyes, “¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?”, *op. cit.*, p. 16. Sin embargo, en la doctrina científica había autores que, como Cámara Villar, G., consideraban constitucional la exigencia de la residencia en el caso de los niveles no básicos y no obligatorios pues en esos casos el contenido del derecho no consiste en recibir las enseñanzas como prestación ineludible del Estado, sino en tener la posibilidad de acceder a las mismas. “El derecho a la educación de los extranjeros en España (art. 9)”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, pp. 623-624.

²⁹² Hasta seis situaciones distintas se pueden reconocer en el derecho a la asistencia sanitaria de los irregulares. Un estudio de las mismas en Álvarez Cortés, “La protección social del extranjero”, *op. cit.*, pp. 160 y ss. Véase asimismo Rueda Valdivia, “Derecho a la asistencia sanitaria”, *op. cit.*, pp. 334-341; Kahale Carrillo, D., T. “Los beneficiarios extracomunitarios de la asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería”, en *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, nº 88, 2007, pp. 85-122; Sánchez-Urán Azaña, Y., “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ciudadanía”, *op. cit.*, pp. 288-292.

²⁹³ Véase art. 12.1 LOEXIS. El art. 6.3 LOEXIS incorpora el mandato de la incorporación al Padrón y actualización de la información de extranjeros que residan en el municipio. Para el carácter restrictivo de las medidas que respecto al empadronamiento ha introducido la LO 14/2003, en especial, la presunta vulneración de la protección de datos personales y, por consiguiente, del derecho fundamental a la intimidad puede verse, *inter alia*, a Solanes Corella, Á., y Cardona Rubert, M., B., *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Valencia, 2005; Trinidad García, M., L., y Martín Martín, J., *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Valladolid, 2005, pp. 269 y ss; Fernández Collados, M., B., “Novedades introducidas por la LO 14/2003 de reforma de la LO 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000”, en *Aranzadi Social*, nº 22, 2004, pp. 91-102; Zarauz, J., *Incidencia del padrón municipal en el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en situación irregular*, Vitoria-Gazteiz, 2007 [consulta realizada el 20 de junio de 2008], 2007, disponible en www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/incidenciapadron2007.pdf, pp. 143-178.

²⁹⁴ Solanes Corella, “La situación jurídica del extranjero irregular en España”, *op. cit.*, p. 245. En análogo sentido, haciendo hincapié en el tratamiento de ese derecho en términos de “costes de mantenimiento”. De Lucas Martín, “Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis”, *op. cit.*, p. 43.

se resiste a formalizar por el miedo a la expulsión²⁹⁵. Como afirman Solanes y Cardona, “la inscripción en el Padrón puede actuar como un arma de doble filo, [...] uno, como mecanismo de apertura y que salva los problemas de marginalidad extrema de los inmigrantes en situación irregular; dos, como una forma de exclusión, en la medida en que no se garantice la independencia del padrón respecto a los registros policiales o no se protejan los datos de carácter personal de los extranjeros [...]”²⁹⁶. La asistencia de los extranjeros en situación irregular sin empadronar existe pero se circunscribe a situaciones muy excepcionales como es la atención de urgencia (art. 12.2 LOEXIS) y la condición personal de mujer en embarazo, parto o posparto (art. 12.4), teniendo en cuenta siempre que la minoría de edad garantiza *ope legis* la realización de esos derechos (art. 12.3)²⁹⁷.

Por todo ello, afirmaciones como las de Fernández Le Gal respecto a que la LO 14/2003 viene a crear una categoría aún más marginal de extranjeros, que no podrán ser beneficiarios de prestaciones tales como la educativa o sanitaria, con el efecto disuasorio producido por el acceso de las autoridades policiales a los datos de la inscripción en los padrones municipales, tienen que ser matizadas²⁹⁸. No resulta imprudente advertir de la ilegitimidad moral de la excesiva limitación del ejercicio de derechos por la circunstancia de no estar inscrito en un registro de orden administrativo. No estaríamos sino ante una paradoja más de la inclusión exclusiva, un requisito para el acceso al disfrute de determinados derechos que se exige a quién está excluido de la realización de la mayoría de derechos²⁹⁹. Otra cuestión es afirmar rotundamente, desde el punto de vista jurídico, que esas personas no son beneficiarias de esas prestaciones.

²⁹⁵ El TC, en su Sentencia 95/2000, se ha pronunciado por la constitucionalidad del ajuste de este derecho prestacional típico a las condiciones fijadas por las normas correspondientes, aunque en el supuesto resuelto, admitió el derecho de la interesada, que convivía maritalmente con español, sin ser pacífica jurídicamente la legalidad de su estancia. No obstante, la presencia de la disposición prevista en el art. 36.3 LOEXIS, puede conllevar un acceso a la asistencia sanitaria en situación de alta presunta por incumplimiento de las obligaciones empresariales. Véase Álvarez Cortés, J., C., “Los beneficiarios a asistencia sanitaria en la Ley de extranjería”, en *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2001, pp. 389-394.

²⁹⁶ Solanes Corella, y Cardona Rubert, *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, *op. cit.*, pp. 90-91.

²⁹⁷ La distinción entre el concepto de “asistencia de urgencia” y el de “urgencia vital”, en Rueda Valdivia, “Derecho a la asistencia sanitaria”, *op. cit.*, pp. 335-336.

²⁹⁸ Fernández Le Gal, A., “Los derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular”, en Fernández Le Gal, A., y García Cano, S. (coord.), *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, 2005, p. 81.

²⁹⁹ En último término, tiene razón De Lucas Martín cuando alega que los derechos sociales son el territorio más inmediato (aunque menos evidente que los políticos) de ese proyecto de construcción de los verdaderos

Conforme a las disposiciones indicadas, las posibilidades de acceso de los inmigrantes a la asistencia sanitaria en las diferentes CCAA deberían ser las mismas, aunque en la práctica se presentan grandes diferencias entre unas CCAA y otras, especialmente en cuanto a los trámites que se exigen para obtener la Tarjeta Sanitaria Individual –que a la larga será la que garantizará el acceso a la atención sanitaria integral–. En este aspecto, en Andalucía desde 1999 se ha puesto en marcha el sistema de Tarjetas de Reconocimiento de Asistencia Temporal para asegurar el acceso de la población inmigrante a los servicios básicos de salud en toda la Comunidad³⁰⁰. En concreto, la tarjeta de reconocimiento temporal es un documento personal, con una duración de un año renovable si persiste la situación de irregularidad, que se emite en los distritos de atención primaria y tiene la misma validez que la tarjeta sanitaria individual de cualquier otro ciudadano³⁰¹.

En nuestra modesta opinión, las claves de por qué el derecho a la asistencia sanitaria de una persona extranjera, por el hecho de encontrarse de forma irregular en España es menos digno que, por ejemplo, el derecho a la libertad religiosa, nos la puede facilitar la lógica de la mínima afectación del Estado de bienestar. En materia de derechos, los extranjeros “padecen” un sistema jurídico que, lejos de la función garantista de un Estado democrático de Derecho, se transforma en un Derecho restrictivo por excepcional, que consagra la preeminencia de la tipificación de la legalidad administrativa del extranjero, aunque afortunadamente la reciente jurisprudencia constitucional puede significar el inicio de la reversión de esa asociación³⁰². El inmigrante irregular, por encima de cualquier

otros, los inmigrantes, como u otro inferior, que convive con nosotros como instrumento, como mal necesario. “Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis”, *op. cit.*, p.51.

³⁰⁰ Véase Arbeláez Rudas, M., *Los derechos sanitarios de los inmigrantes en España*, Instituto de Derecho Público, [consulta realizada el 12 de noviembre de 2006], disponible en <http://www.udg.es/drepublic/Joves/Ponències/Mónica%20Arbelaez%20Rudas.doc>.

³⁰¹ En cifras de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, entre los años 2002 y 2004 se emitieron un total de 220.859 tarjetas para facilitar la atención sanitaria de la población inmigrante que no se encuentra regularizada [consulta realizada el 25 de junio de 2005], disponible en http://www.andaluciajunta.es/SP/AJ/CDA/ModulosComunes/MaquetasDePaginas/AJ-vMaqNotPortavoz_00/0,20366,214288_214389_86496_00.html

³⁰² La reserva del derecho a ayudas en materia de vivienda únicamente a los extranjeros con residencia legal en España es otro fiel ejemplo de ello. Respecto al mismo puede verse a Aznar López, “Los derechos sociales de los extranjeros en España”, *op. cit.*, pp. 158-159 y García Garnica, M., “Comentario al art. 13, Derecho a ayudas en materia de vivienda”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, pp. 361-376.

consideración, es una víctima³⁰³. La ausencia de reconocimiento de un cierto estatus al trabajador inmigrante irregular que permita y facilite su tránsito hacia la regularidad, condena a estas personas al mayor de los ostracismos, la indiferencia, al carecer del documento clave en torno al cual converge la política en materia de inmigración: la autorización de trabajo³⁰⁴. El reconocimiento por el TC del ejercicio de derechos como la libre sindicación, reunión, huelga, manifestación y asociación, son importantes desde el punto de vista formal, pero habrá que observar a corto y medio plazo su eficacia real; sobre todo que sirvan a la defensa de los intereses de los extranjeros empleados irregularmente.

IV. EL PARADIGMA DE LA INCLUSIÓN EXCLUYENTE: LA SERVIDUMBRE JURÍDICA DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA EN EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOL

En este epígrafe intentaremos esbozar las líneas principales de desarrollo del régimen jurídico de la libertad de circulación y residencia en el Derecho positivo español, una perspectiva metodológica en nuestra opinión necesaria como punto de partida para establecer las bases jurídico-políticas de nuestra investigación y para profundizar en la significación de las implicaciones éticas del derecho de admisión que está detrás de ese régimen normativo.

Para ello dividimos el epígrafe en tres apartados. En el primero se apuntará de forma esquemática el refrendo que del derecho de reserva realiza la legislación iusinternacionalista. El segundo se centra en el alcance jurídico-constitucional de ese derecho, destacando la línea exegética de la jurisprudencia constitucional en la materia. El tercero cierra esta aproximación introduciendo las principales circunstancias que, en el orden comunitario, vienen a completar la regulación jurídica de esa libertad.

³⁰³ Habría que empezar, como afirma De Lucas Martín, por el derecho a tener derechos, es decir, un estatuto jurídico estable y seguro, frente a la inseguridad, provisionalidad, inestabilidad y parcialidad que caracteriza al estatuto de extranjería, para seguir con la atención a la integración en el trabajo, en condiciones de igualdad con los nacionales e inmediatamente después los demás derechos que garantizamos a todos (el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, etc). “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, *op. cit.*, p. 8. El problema es, como expresa el autor, la visión restrictiva del alcance político de la inmigración que “tiene el objetivo de monopolizar la libertad de acoger o expulsar la mano de obra extranjera a bajo coste [...]”. “Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, 2003, p. 87.

³⁰⁴ Nos remitimos al análisis filosófico-político que se realiza en el capítulo cuarto de este trabajo.

1. El referendo iusinternacionalista del poder de admisión de los Estados

En un contexto general, examinando la amplia legislación internacional sobre derechos humanos, podría parecer que la condición de extranjero, de no nacional, no afecta al régimen de ejercicio y protección de unos derechos que están, en principio, al menos formalmente, proclamados para todo ser humano. Así, textos convencionales como el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos (en adelante PDGP), el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, el Convenio de Naciones Unidas relativo al estatuto jurídico del trabajador migrante son, *inter alia*, contundentes en la defensa de un marco normativo de reconocimiento de la igualdad de tratamiento jurídico de cualquier persona, con independencia de su nacionalidad³⁰⁵.

No obstante, ese sustrato de Derecho internacional público es simplemente un estatuto jurídico de mínimos³⁰⁶. Establece las directrices fundamentales que los Estados deben respetar a la hora de promulgar su legislación interna, pero no cuestiona la regulación que

³⁰⁵ Véase art. 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948; art. 26 del Pacto Internacional de 16 de diciembre de 1966, de Derechos Civiles y Políticos, adoptado en Nueva York por la Asamblea General de las Naciones Unidas (instrumento de ratificación publicado en BOE núm. 103, de 20 de abril de 1977); arts. 14 y 16 del Convenio europeo de 16 de noviembre de 1954 (instrumento de ratificación publicado en BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979) y art. 7 del Convenio para la protección de los derechos de los trabajadores inmigrantes. Esta última Convención, adoptada el 18 de diciembre de 1990, entró en vigor el 1 de julio de 2003, pero paradójicamente no ha sido ratificada por ningún Estado miembro de la UE ni se ha adherido la misma como tal. El instrumento es interesante por abordar las migraciones desde los derechos humanos y ser actualmente el texto que más se aproxima al *ius migrandi*, el derecho a migrar como derecho humano. Por todos, Aguelo Navarro, P., y Chueca Sancho, Á., “La Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 10, 2005, pp. 124-125 y Aguelo Navarro, P., “El CGAE solicita al Gobierno la ratificación o adhesión a la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, nº 10, 2005, p. 128. El 11 de junio de 2008, el Congreso aprobó una proposición no de ley presentada por IU-ICV que persigue pedir al Ejecutivo que ratifique la citada Convención Internacional de la ONU en esta materia. Noticia disponible en:

http://www.europapress.es/epsocial/inmigracion-00329/noticia-congreso-pide-promover-firma-acuerdo-internacional-prohibe-expulsiones-colectivas-inmigrantes_20080611122123.html [consulta realizada el 11 de junio de 2008].

³⁰⁶ Este estatuto de derechos mínimos no quiere decir que sean suficientes, pero sí muestra síntomas de vinculatoriedad cuando se pueda prever en los procedimientos de expulsión o devolución que el país de origen del inmigrante no respeta las reglas infranqueables de garantía de estos derechos. Fernández Sánchez, P., A., “Los límites jurídicos en la lucha contra la inmigración ilegal”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, 2002, p. 570.

del ejercicio de los derechos establezca cada comunidad estatal³⁰⁷. Y es que el régimen de disfrute de los derechos regulados en el nivel internacional queda condicionado, y en no pocas ocasiones totalmente desvirtuado, por las reglas jurídicas de los ordenamientos jurídicos estatales³⁰⁸.

En estas coordenadas se sitúa *in suo genero* el derecho de toda persona que pretende acceder a una colectividad de acogida: la libertad de circulación y de residencia. La invocación realizada en el art. 13.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en adelante DUDH, no deja de ser un mero principio programático desde el instante en que el Pacto internacional sobre los derechos civiles matiza que el ejercicio de ese derecho queda condicionado a la situación de “legalidad” de la persona que permanece en territorio estatal³⁰⁹. Ninguna de las normas internacionales relativas a la materia desarrolla el principio de libre circulación universal. De ahí que la invocación de un hipotético derecho de entrada en el territorio de un Estado distinto del propio no obtenga en la actualidad reconocimiento jurídico en ningún instrumento internacional³¹⁰. El Tribunal Constitucional

³⁰⁷ Los Tratados relativos a los derechos humanos constituyen el marco desde el que abordar el estudio de los derechos fundamentales de los extranjeros en nuestro país, no sólo por su vinculatoriedad jurídica sino porque constituyen un elemento hermenéutico de primer orden para conocer el alcance y contenido de los distintos derechos fundamentales reconocidos en la CE. En relación con la vinculación al estándar mínimo internacional de derechos, que la doctrina científica califica en relación al objetivo básico de la protección de la persona humana, su dignidad y libertad con independencia de su condición nacional o extranjera por parte de las normas de Derecho internacional, puede verse Cano Bueso, “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional”, *op. cit.*, pp. 15-16. Como ha reiterado el propio TC, los Tratados internacionales determinan los contenidos de los derechos otorgándoles el “perfil exacto” querido por la Constitución (SSTC 28/1991, 36/1991, 254/1993, 42/1994, 91/2000).

³⁰⁸ Un análisis de la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales en el Derecho internacional, en Rubio Lorente, F., “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”, en *Fundamentos: cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, nº 4, 2006, pp. 229-233. La colisión entre la Ley de extranjería española y algunos Tratados internacionales que obligan a España en Chueca Sancho, Á., G., “Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación”, en Alemany, J., M., ...[et al.], *La inmigración, una realidad en España*. Seminario de investigación para la paz, Colección Actas, 57, Zaragoza, 2002, pp. 249-261; que el mismo autor reproduce en “La Ley de extranjería viola directamente cinco Tratados internacionales que vinculan a España”, en *El vuelo de Ícaro. Revista de derechos humanos, crítica política y análisis de la economía*, nº 2-3, 2002, pp. 237-248.

³⁰⁹ El art. 12. 1 del citado Pacto dispone que “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia”.

³¹⁰ En la doctrina científica española, por todos, Aguelo Navarro, “Derechos humanos y legislaciones de extranjería”, *op. cit.*, p. 220; Del Valle Gálvez, J., A., “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en Del Valle Gálvez, J., A., y Acosta Sánchez, M., Á. (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Cádiz, 2005, p. 140. Un análisis de la libertad de circulación en el ámbito del protocolo adicional 4º al CEDH, en Arenas Hidalgo, N., “La libertad de circulación en el territorio de los Estados”, en García Roca, J., y Santolaya Machetti, P. (coord.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de derechos humanos*, Madrid, 2005, pp. 855-880.

recuerda al respecto que la DUDH, si bien reconoce el derecho a salir de cualquier país, sólo garantiza el derecho a entrar en el propio país, un derecho que se encuentra pues inherentemente asociado a la condición de ciudadano de un Estado concreto (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 7). Los convenios internacionales promulgados por Naciones Unidas y por sus organizaciones asociadas no pueden asegurar la coordinación de las políticas nacionales ni garantizar que los trabajadores inmigrantes reciban protección efectiva³¹¹.

El derecho a la emigración que reconoce la DUDH [en su art. 13] queda así, en la práctica, vaciado por completo de contenido al no admitirse la contrapartida lógica de todo derecho en términos de obligación de los demás; al no existir legislación alguna que recoja el derecho de acogida de los no nacionales³¹². No existe un derecho fundamental reconocido internacionalmente a inmigrar. La potestad soberana de cada Estado se extiende a la capacidad de regulación del régimen de entrada en su territorio, sin perjuicio del respeto y vinculación jurídica al ordenamiento comunitario y los convenios internacionales en la materia. Un derecho de todo ser humano como el de emigrar se ha convertido paulatinamente en la variedad de facultades selectivamente concedidas por la legislación nacional de distintos países, bajo la nomenclatura de “derechos de los extranjeros”³¹³. Sin embargo, la libertad de emigrar, garantizada por los Convenios a título de derecho humano, alberga el objetivo básico para el inmigrante económico de poder acceder a un empleo y ejercer así el derecho al trabajo.

Si la definición de qué es una situación jurídica de legalidad, a efectos de extranjería, queda en manos del legislador nacional, en definitiva será el ordenamiento interno el que determine quién puede disfrutar de esos derechos³¹⁴. El “estándar mínimo”, un tratamiento

³¹¹ Sacristán Romero, F., “Convenios bilaterales internacionales en materia laboral”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 701, 23 marzo de 2006, p. 2.

³¹² Véase Santana Ramos, “Hacia una integración real de la inmigración en la sociedad receptora”, *op. cit.*, p. 397; López Sala, “Los retos políticos de la inmigración”, *op. cit.*, p. 519. Para las cuestiones que plantean los flujos migratorios en relación con los criterios de legitimidad de las relaciones internacionales, puede verse De Lucas Martín, F., J., “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, 2004, pp. 26-31.

³¹³ Harrison, “Reflexiones sobre el estudio de los derechos humanos y su fundamentación”, *op. cit.*, p. 25.

³¹⁴ Aparte de las obligaciones bastante vagas relacionadas con los demandantes de asilo [éstas quedan fuera del ámbito de nuestro estudio] y la reunificación familiar, los Estados receptores no aceptan que los extranjeros fuera de sus fronteras puedan hacer ninguna reclamación conforme a la ley internacional para ser admitidos. Bauböck, R., “Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía: perspectivas internacionales,

determinado de los extranjeros que cada Estado está obligado a observar desde la perspectiva del Derecho internacional queda, desde el punto de vista práctico, en la más evidente vacuidad ya que la posibilidad de ejercer los derechos reconocidos en los mencionados textos depende de la exclusiva competencia interna³¹⁵. Además, las circunstancias establecidas en el art. 12.3 del PDCP, que tendrían que actuar como norma excepcional, como causas-límite para el ordenamiento interno, han producido sin embargo una auténtica inversión de la carga de la prueba³¹⁶. Las mismas terminan por funcionar como motores de la aplicación de los criterios restrictivos del control de flujos de personas³¹⁷.

La ausencia de reconocimiento del *ius migrandi* en la legislación internacional es el punto de partida de la configuración jurídico-constitucional del derecho de libre circulación y residencia en el Derecho positivo español. Es más, el orden iusinternacionalista –un orden creado por y para los propios Estados– en la materia viene a aquilatar el poder de control de los Estados sobre las personas y su territorio. El Estado no puede ser cuestionado por un sistema jurídico que no tiene competencia propia³¹⁸. Partiendo de esta idea de principio, la “reserva de admisión” se va a constituir en clave explicativa de la funcionalidad eminentemente selectiva de la política normativa en la materia y, por ende, del Derecho de extranjería interno simplemente porque el particularismo del Estado-nación nunca ha sido puesto en duda por el orden internacional que él mismo se ha encargado de crear y mantener.

multinacionales y transnacionales”, en Aubarell, G., y Zapata, R. (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, 2004, p. 185.

³¹⁵ Véase, entre otros, Álvarez Cortés, “La protección social del extranjero”, *op. cit.*, p. 131 y Pérez Villalobos, M., C., “Libertad de circulación y residencia”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, pp. 535-536.

³¹⁶ Su tenor establece que “Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto”.

³¹⁷ Como apunta Azcárraga Monzonís, C., el riesgo interpretativo de la norma iusinternacional son los conceptos indeterminados. “Comentario al artículo 5. Derecho a la libertad de circulación”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 134. Y es que, establecer un elenco difuso de causas legales que impediría el libre ejercicio del derecho equivale a refrendar el triunfo del poder selectivo de los Estados.

³¹⁸ Su regulación de “mínimos” tiene una eficacia práctica testimonial desde el momento en que el Derecho interno es el que tiene atribuida la competencia de desarrollo y protección de los derechos.

2. Configuración jurídico-constitucional del derecho de libre circulación y residencia. La exegética del Tribunal Constitucional

Partiendo de la idea de partida mencionada en el subepígrafe anterior, entre los derechos y libertades que quedan a una amplia configuración del legislador y sobre los que la doctrina del TC, acorde con los instrumentos internacionales, no considera afectos “*de forma imprescindible a la dignidad de la persona*” se encuentra la libertad de circulación y residencia³¹⁹. *Prima facie*, el reconocimiento general de las citadas libertades que realiza la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, y reformada por LO 14/2003, no es una norma en blanco, sino que se encuentra matizada a la hora de delimitar una distinción de estatuto jurídico de los extranjeros según su situación jurídica en España. La expresión legal “*gozarán*” (art. 3.1 LOEXIS) hace irrelevante, desde el punto de vista de la aplicabilidad efectiva de los derechos de los extranjeros, cualquier invocación general a la titularidad del mismo. La situación de legalidad en territorio nacional es la *iuris conditio* de su efectiva realización o disfrute.

Sin embargo, comprender el sentido y alcance del derecho reconocido en el art. 5.1 de la LOEXIS requiere, por cuestión metodológica y analítica, desde el punto de vista técnico-jurídico, escrutar la génesis de estas libertades. En el ámbito interno, esta prospección normativa nos ha de llevar irremediablemente a la Constitución española para, a partir de ahí, aproximarnos a la hermenéutica jurisprudencial elaborada con relación al alcance y significado de estas libertades públicas; todo ello en el contexto peculiar del régimen jurídico de los derechos fundamentales de los extranjeros. El análisis de las libertades de circulación y residencia y su centralidad en la reflexión sobre los derechos de los extranjeros nos remite a la siguiente tesis: en las sociedades de principios de milenio el derecho a la libre movilidad y su consecuencia –la residencia– son los derechos donde se decide el futuro jurídico de los extranjeros inmigrantes, porque de su eficacia depende el disfrute de las opciones que motivaron su decisión de inmigrar, además de afectar al libre ejercicio del resto de derechos constitucionales.

³¹⁹ Una de las más importantes facetas de la libertad individual, dado que hace referencia a la proyección espacial de la persona humana. Fernández-Miranda Alonso, F., “Comentario al artículo 19 de la Constitución, en Alzaga Villamil, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Madrid, 1996, p. 487. Sobre la caracterización y naturaleza jurídica de las referidas libertades, los precedentes constitucionales en el Derecho español y la propia elaboración del art. 19 CE por el constituyente, González-Trevijano Sánchez, “Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España”, *op. cit.*, pp. 52-69.

Lo que está en juego es nada más y nada menos que la realización de los derechos de los extranjeros inmigrantes³²⁰. Como pone de relieve Pérez Villalobos, “la libertad de circulación y residencia para ser eficaz debe ofrecer la posibilidad de realizar una actividad laboral, de obtener una residencia o de beneficiarse de la seguridad social[...]”³²¹. Este marco jurídico está regido por cuatro ideas-fuerzas contrapuestas, a saber, la concepción universalista de los derechos y el derecho de los Estados a la soberanía nacional; la relación entre el principio de soberanía nacional y la globalización; la ciudadanía que presupone la extranjería, con sus efectos en materia de plenitud de derechos y, por último, la exigencia de requisitos para la entrada y permanencia y la negación de la condición de sujeto de derecho a quienes incumplen los mismos³²².

Como se ha adelantado *supra*, el reconocimiento universal de los derechos y libertades es tributario del particularismo de la ciudadanía, un elemento de homogeneidad sobre el que se erige el Estado moderno³²³. La atribución de los mismos a toda persona, sin distinciones de origen nacional, está *a fortiori* mediatizada por la capacidad delimitadora que tienen los Estados para definir los criterios de su efectividad, una circunstancia especialmente relevante en el sector jurídico de extranjería. La libertad de circulación y residencia es uno de esos derechos fundamentales en los que existe una fisura profunda, por un lado, entre lo que significa su reconocimiento, que queda suficientemente invocado en los textos internacionales de derechos humanos y en los ordenamientos constitucionales, y su configuración, su delimitación de contenido y sus límites, por

³²⁰ Cfr. Rubio Marín, R., “La inclusión del inmigrante. Un reto para las democracias occidentales, en Extranjería e inmigración”, en VV.AA., *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2004, p. 24. Aunque la autora habla de derecho a la residencia en singular, entendemos que en la citada expresión incluye a la libertad de circulación, estadio previo y necesario para el ejercicio del segundo. Véase también su obra *Immigration as a democratic challenge: citizenship and inclusion in Germany and the United States*, Cambridge University Press, 2000, p. 42 y ss.

³²¹ Pérez Villalobos, M., C., “La cultura de los derechos fundamentales en Europa. Los derechos de los inmigrantes extracomunitarios y el nuevo concepto de ciudadanía”, en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, 2004, p. 707.

³²² Tarabini-Castellani Aznar, M., “Los derechos de los trabajadores extranjeros: puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 199-200.

³²³ Como afirma Hobsbawm, E., la cohesión comunitaria de los ciudadanos en la nación política no implica ninguna otra forma de homogeneidad, excepto por motivos pragmáticos. “Identidad”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 50.

otro³²⁴. Este derecho, una manifestación de la libertad personal, se concreta genéricamente en tres principales facultades: circular por todo el territorio nacional, fijar la propia residencia en cualquier parte del territorio nacional y salir definitiva o temporalmente del mismo³²⁵. Su conexión con la potestad soberana, ámbito de disponibilidad sobre la formación política de la sociedad y sobre el territorio, no ha sido cuestionada por texto normativo internacional alguno.

El reconocimiento de un estándar mínimo de derechos, un mandato del Derecho internacional³²⁶, y al que hicimos alusión *supra*, encuentra su punto de no retorno en uno de los últimos reductos de soberanía de los Estados: su capacidad de decisión acerca de la entrada, permanencia y trabajo de extranjeros inmigrantes³²⁷. La capacidad legal para controlar el régimen jurídico de la entrada, permanencia y salida de los no nacionales, por ende introductora de un estatuto diferencial, aunque ajustada a las normas y principios del Derecho internacional de los derechos, termina por ser incompatible con las mismas³²⁸. La excesiva modulación de las condiciones de ejercicio termina por hacer difícilmente reconocible al derecho y le despoja de sentido³²⁹.

Centrándonos en el marco constitucional, del tenor literal del art. 19 CE “los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio

³²⁴ Como advertimos *supra* y así nos recuerda Caballero Gea, J., A., “El derecho de circular libremente y elegir residencia sólo se admite respecto a las personas que se encuentran regularmente sobre el territorio de un Estado, como se desprende de instrumentos convencionales como el art. 12 Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, [...] siendo absoluta la autonomía del Estado para regular el acceso”. *Asilo. Extranjería. Inmigración. Homologación de títulos extranjeros. Nacionalidad*, Madrid, 2005, p. 109.

³²⁵ Véase González-Trevijano Sánchez, “*Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*”, *op. cit.*, pp. 19 y 29; Pérez Villalobos, “Libertad de circulación y residencia”, *op. cit.*, p. 538.

³²⁶ El art. 10.2 CE es una apelación al valor exegético de ese ordenamiento internacional. Véase STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 7.

³²⁷ López Sala, “Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada”, *op. cit.*, 72.

³²⁸ La potestad de los poderes públicos para controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros de su territorio es doctrina reiterada por el TEDH. Entre otras, véanse las SSTEDH (Sección 1ª), de 16 de junio de 2005, TEDH 2005/67, apartado 99; (Sección 3ª), de 10 de julio de 2003, JUR 2004/7309328, apartado 29.

³²⁹ Por mucho que la regulación de las condiciones de ejercicio por los extranjeros de los derechos reconocidos en el Título I de la Constitución haya de hacerse respetando su contenido esencial, ya que el art. 53.1 CE no establece diferencias por razón de nacionalidad, como se encarga de recordar, *inter alia*, Murillo de la Cueva, “Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español”, *op. cit.*, p. 18.

nacional”³³⁰ se podrían desprender las siguientes afirmaciones jurídicas: a) que sólo los nacionales españoles gozan de este derecho, excluyendo a cualquier otro nacional, y b) que el objeto de los derechos recogidos en el precepto lleva a distinguir entre la libertad de residencia, por un lado, y el derecho a la libre circulación, por otro³³¹. Sin embargo, desde el punto de vista sustancial, la ausencia de reconocimiento constitucional de derechos como el que traemos a colación tiene que interpretarse de forma sistemática poniendo en relación los arts. 10.2 y 13 CE con el artículo 19. En efecto, según subraya el TC, el art. 13.1 es el precepto que “en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales” (STC 72/2005, FJ 6)³³².

También hay que tener en cuenta que el alcance subjetivo de aplicación tiene que interpretarse en un marco más amplio que vincula a España: la Unión Europea. De este modo, la distinción principal que actualmente establece el régimen jurídico de derechos y obligaciones en materia de extranjería se fundamenta en la delimitación normativa entre los nacionales comunitarios, asimilados y los extracomunitarios que son beneficiarios del Derecho comunitario en materia de libre circulación y residencia y aquellos que no lo son. Por efecto de la aplicabilidad directa del orden comunitario los nacionales de Estados miembros quedan plenamente equiparados en su tratamiento jurídico a los nacionales de cualquier otro Estado miembro, excepto en lo referente al derecho de sufragio en las elecciones de carácter general³³³. El reflejo jurídico es la ampliación del ámbito personal y espacial del precepto constitucional. Ello, sin duda, ha supuesto una transformación del perfil de extranjero inmigrante que ahora ve cuestionado su derecho a la libertad de residencia y circulación en el espacio de la UE. Del no español se ha pasado a una categoría más específica representada en el “no beneficiario del Derecho comunitario”³³⁴.

³³⁰ Un precepto notablemente paradójico, como aduce Santamaría Pastor, por cuanto su formulación literal es modélica y la determinación de su contenido ofrece importantes ambigüedades. Santamaría Pastor, J., A., “Comentario al artículo 19”, en Garrido Falla, F. ...[et al.], *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2001, p. 446.

³³¹ En cuanto al contenido de los derechos de circulación y residencia son interesantes los matices doctrinales y la discusión del constituyente recogidas en Fernández-Miranda Alonso, *op. cit.*, p. 495, o González-Trevijano Sánchez, *op. cit.*, pp. 72-73.

³³² En esos términos se pronunciaron anteriormente las SSTC 169/2001, de 16 de julio (FJ 4); 24/2000, de 31 de enero (F 4); 86/1996, de 21 de marzo (FJ 2); 116/1993, de 29 de marzo (FJ 2).

³³³ Por todos, Pérez Villalobos, *op. cit.*, p. 533; Fernández-Miranda Alonso, *op. cit.*, p. 486.

³³⁴ Véase al respecto el capítulo segundo.

La expresión material del derecho a residir y a desplazarse libremente ha sido profusamente analizada por la interpretación llevada a cabo por nuestro Tribunal Constitucional. Partiendo de las reglas constitucionales, en una inicial aproximación, la exegética del órgano jurisdiccional constitucional distingue claramente dos derechos en el contenido del art. 19 CE (derechos distintos con contenidos diferentes) sin perjuicio de su posible interrelación: a) el derecho a entrar en el territorio nacional³³⁵ y, b) la libertad de residencia, “derecho subjetivo y personal a determinar libremente el lugar o lugares donde se desea residir transitoria o permanentemente en España”³³⁶.

Respecto al derecho de entrada, el TC es contundente. La clave jurídico-constitucional relativa al derecho a la libre circulación y residencia de los extranjeros reside en la desigual condición de realización del derecho que la jurisprudencia constitucional certifica. El intérprete constitucional califica como elemento esencial de la nacionalidad el derecho fundamental del nacional de ser admitido por el propio país y, por tanto a entrar en el mismo (STC 72/2005, de 4 de abril, FJ6)³³⁷. El Tribunal recuerda su doctrina sobre la dignidad humana como criterio interpretativo rector del desarrollo del régimen jurídico de los extranjeros en España y, en relación con el alcance que despliega la protección constitucional a los desplazamientos de extranjeros en España, llega a firmar que “la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado, y el concomitante derecho a residir dentro de ellas, no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana [...] ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadano[...]”(STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ3). La doctrina contenida en este pronunciamiento termina de reafirmar que el derecho de entrada se instituye constitucionalmente como un “privilegio” del nacional español³³⁸. Por consiguiente, *no existe un derecho de entrada para los extranjeros*³³⁹.

³³⁵ La libertad de entrar junto a la de salir, denominada genéricamente “libertad de espatrio” por González-Trevijano, se encuadra en una realidad compleja que afecta a multiformes intereses, incluidos los de naturaleza prevalente económica y política, *op. cit.*, p. 127.

³³⁶ Entre las más recientes, STC 72/2005, de 4 de abril (FJ 4).

³³⁷ Una crítica a la exclusión *a priori* del derecho a entrar como derecho fundamental en Vidal Fueyo, “La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”, en *Teoría y realidad constitucional*. nº 18, 2006, *op. cit.*, pp. 434-435.

³³⁸ La citada STC 72/2005 no reconoce el *ius migrandi*. Al respecto, véanse las reflexiones de De Lucas Martín, F., J., “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, en Mariño Menéndez, Fernando M. (coord.), *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las migraciones*, Madrid, 2006, pp. 37-44.

Esta exégesis da carta de naturaleza a la constitución de la libertad de circulación y residencia en el eje de la estructuración del poder selectivo del Estado. La licitud de la modulación legal o convencional del ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas, y que se puedan introducir tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ3), es una prueba manifiesta de la pérdida de sentido del universalismo de los derechos. Como se indicó *supra* la cesura entre titularidad y ejercicio del derecho de libre circulación es ese punto de no retorno donde el derecho de admisión encuentra su justificación³⁴⁰.

Por otra parte, la denegación de entrada, a juicio del intérprete de la CE, no afectaría a la libertad de circulación y residencia, pues ésta sólo se limitaría a regular la posición jurídica de los extranjeros que ya se encuentran en España. La doctrina jurisprudencial delimita claramente un supuesto “derecho a la entrada” de la propia libertad de residencia al indicar que

la redacción del apartado 1 del art. 13 CE, que se refiere a los términos en que los extranjeros gozarán de los derechos del Título I CE “en España”, pone de manifiesto que la regulación de dicho precepto constitucional no tiene como finalidad reconocer derechos, en general, a los miles de millones de ciudadanos extranjeros que se encuentran en otros países, ni, en concreto, convertir en derecho fundamental la eventual expectativa de entrar en España de todos los extranjeros que están fuera de nuestro país y que se presenten en nuestras fronteras, sino, precisamente, regular la posición jurídica de los extranjeros que ya se encuentran en España (STC 72/2005, FJ 6)³⁴¹.

³³⁹ La entrada se considera un privilegio que cada Estado-nación tiene potestad para conceder, siempre en función de la coyuntura socioeconómica. Gallego Ranedo, “La ‘extranjería’ como frontera entre ser y no ser ‘ciudadano’”, *op. cit.*, p. 90.

³⁴⁰ El TC certifica la titularidad de los derechos fundamentales establecidos en el art. 19 CE, siempre que sean reconocidos en los tratados o en la ley [por todas, STC 116/1993, de 29 de marzo (FJ2); STC 86/1996, de 21 de marzo (FJ2); STC 24/2000, de 31 de enero (FJ4); STC 161/2001, de 16 de julio (FJ4)]. El problema no son sólo los términos de reconocimiento de la titularidad sino, lo más importante, las condiciones de su disfrute que evidentemente corresponde al legislador. Véase STC 53/2002, de 27 de febrero (FJ4). En la doctrina científica, por todos, Azcárraga Monzonís, “Artículo 5. Derecho a la libertad de circulación”, *op. cit.*, p. 127; González Rivas, *Extranjería y circulación de personas*, Granada, 1995, pp. 2-3, Caballero Gea, *op. cit.*, p. 116.

³⁴¹ Sin embargo, como advierte Vidal Fueyo, este pronunciamiento desdice la jurisprudencia anterior, sentada entre otras en las SSTC 94/93, 116/93 y 242/94 al calificar un problema de derecho fundamental (el derecho a la libertad de residencia) como de mera legalidad. “La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”, *op. cit.*, pp. 432-433.

Entiende el TC que la libertad de residencia sólo resulta susceptible de invocación por el extranjero que está en el territorio español, lo que no cuestiona que se pueda obtener una autorización de residencia antes de entrar en España –a lo más sería el ejercicio de un derecho legal y no constitucional, el inherente a la autorización administrativa– (STC 72/2005, FF JJ 4 y 6). Del análisis realizado se desprende que sí se reconoce el derecho a circular libremente y elección de residencia, aunque se hace depender de la legalidad del extranjero en el país³⁴². Ante esta doctrina, nos preguntamos, ¿hallarse en una situación administrativa de estancia otorga el derecho a residir? Parece muy dudoso.

Por último, si estamos ante un derecho, como otros muchos de los extranjeros, que queda diferido a la configuración legal en cuanto a su contenido y límites y que, una vez regulado, gozará de la protección constitucional³⁴³, ¿dónde se sitúa esa protección? En un ejercicio de buenos propósitos, considera el Tribunal que la capacidad reguladora de las condiciones de ejercicio no puede oponerse, en ningún caso, a los principios constitucionales que protegen por igual a todos como recordaba la STC 115/1987, de 7 de julio (FJ3)³⁴⁴.

En su exégesis de las normas de Derecho internacional de derechos humanos, en aplicación de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, el Tribunal Constitucional subraya, conforme a lo dispuesto en los arts. 12 y 13 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y

³⁴² Por todos, Pérez Vera y Abarca Junco, “Comentarios al artículo 13 de la Constitución”, *op. cit.*, p. 199; Ruiz Castillo, “Marco legal de la inmigración en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 33.

³⁴³ Sánchez Jiménez, M., Á., recuerda que la circunstancia de que la libertad de circulación sea un derecho de configuración legal para los extranjeros [...] no significa que el legislador tenga una libertad absoluta para configurar los derechos de los extranjeros en cuanto a su entrada y permanencia. “Derechos del ámbito personal”, en Sánchez Jiménez, M., A. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, 2005, p. 181. Por su parte, Murillo de la Cueva puntualiza que la STC 94/1993 afirmó el derecho de los extranjeros con residencia legal en nuestro país a circular libremente por el territorio nacional, gozando de la protección del artículo 19 CE, aunque no suponga que deba suceder en términos de absoluta igualdad con los españoles. “Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español”, *op. cit.*, p. 21.

³⁴⁴ Esta interpretación choca con la imposición de la “ley del más fuerte” en la que se ha convertido la legislación de extranjería. Como bien apunta Santamaría Pastor, la discrecionalidad presente en el sistema de autorización administrativa para la concesión de permanencia y residencia de extranjeros en España es la nota que inspira la totalidad del régimen del ejercicio del derecho [en referencia a la libertad de residencia y circulación]. Santamaría Pastor, “Comentario al artículo 19”, *op. cit.*, p. 449.

Políticos, la diferenciación sustantiva entre un “presunto” derecho a entrar y el derecho de residencia, al indicar que los extranjeros que se hallen legalmente en España

tienen derecho a residir en España, gozan de la protección que brinda el art. 19 CE, aun cuando no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles, y son titulares del derecho fundamental a no ser expulsados del territorio nacional, si no es en virtud de una causa legal aplicada razonablemente y con un mínimo esencial de garantías de procedimiento –en los términos dispuestos por el art. 13 PIDCP– (por todas, SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FFJJ 3 y 4; 242/1994, de 20 de julio, FFJJ 4 y 5; y 24/2000, de 31 de enero, FJ 4)³⁴⁵.

Lo que viene a afirmar el TC es que las medidas limitativas de este derecho deben fundarse en ley y aplicarse razonada y razonablemente, respetándose el principio de proporcionalidad y adecuación, con la necesidad de respetar las garantías procesales básicas, entre ellas la audiencia previa vinculada a la tutela judicial del art. 24 CE, esencialmente cuando se trata de expulsión. Esta directriz exegética es irreprochable. Sin embargo, queda seriamente afectada cuando el TC sostiene la licitud de la modulación de los derechos en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo que atañe a entrar y salir de España, y a residir en ella³⁴⁶. Resulta significativo que el intérprete supremo de la Constitución no aluda al art. 10.2 como precepto clave en orden a la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales de los extranjeros³⁴⁷.

³⁴⁵ De la interpretación de esas normas convencionales y de la propia Declaración de Derechos Humanos, infiere el citado órgano la no existencia de un derecho fundamental de los extranjeros a entrar en España y su consideración como derecho perteneciente sólo a los nacionales de un país; doctrina recopilada en la mencionada STC 72/2005, de 4 de abril, FJ 7.

³⁴⁶ La discriminación por razón de nacionalidad [entendemos que el autor se refiere a la condición desigual] es perfectamente esgrimible en la configuración de los derechos de los extranjeros hasta el punto en el que las reglas del propio ordenamiento la consientan, pero no allí donde éstas haya autolimitado tal posibilidad. Carrió Sampedro, “Ordenamiento jurídico, competencia normativa y legislación de extranjería”, *op. cit.*, p. 174.

³⁴⁷ Sencillamente porque la interpretación contenida en el art. 10.2 CE no convierte a los tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos de la perspectiva de los derechos fundamentales (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ5).

La habilitación legal refrendada por el exegeta constitucional se ha convertido en la vía jurídica para introducir serias limitaciones en el ejercicio del derecho de libertad de circulación y residencia y hacer de éste el instrumento técnico apto para discriminar entre personas por razón del origen³⁴⁸. En consonancia con el mandato contenido en el art. 13.1 CE, la LOEXIS (art. 5.1) introduce una serie de puntualizaciones, cuyas consecuencias jurídico-políticas constituyen el objeto de estudio de los siguientes capítulos³⁴⁹. Solamente una nota. En lo que respecta a las condiciones de realización de los derechos de los extranjeros, la remisión legal y convencional ha coadyuvado a la imposición de “servidumbres” a los no beneficiarios del Derecho comunitario, principalmente sintetizada en la consolidación de la situación administrativa como el paradigma o punto medular del ejercicio de los derechos de los extranjeros, según se refleja en el propio art. 5.1 LOEXIS.

3. La libertad de circulación y residencia comunitaria, una transposición del derecho de admisión de los Estados

A. El control de entrada exterior, un mecanismo de protección de la libre circulación y residencia comunitaria

En el contexto del Derecho comunitario, en el que se sitúa el ordenamiento español, el llamado *derecho a la libre circulación y residencia* tiene un alcance y contenido distinto en función del origen del nacional³⁵⁰. La libertad de circulación, como afirma González Rivas, se identifica, en primer lugar, con un conjunto de derechos que permiten el

³⁴⁸ Cfr. Aragón Reyes, “¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?”, *op. cit.*, p. 13.

³⁴⁹ El art. 5.1 de la LO 4/2000 dispone que “Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme”.

³⁵⁰ A los efectos de libre ejercicio de los derechos a la libre circulación y residencia, la noción de extracomunitario o “nacional del tercer país” que utilizaremos la resumimos en la expresión “no beneficiario del Derecho comunitario”. El término se circunscribe a quienes no pueden acogerse al régimen “privilegiado” de la libertad comunitaria en cuestión, es decir nacionales de los Estados miembros a los que se han sumado los nacionales de Liechtenstein, Noruega, Suiza y sus familiares nacionales de terceros países. En el siguiente capítulo se analizará el diferente grado de realización de la libertad de movimiento y residencia de todos ellos –ciudadanos de la Unión, asimilados, sus familiares y el resto de extracomunitarios–, un derecho expresamente conectado al principio de unidad familiar y con importantes consecuencias en el ejercicio de los restantes derechos.

reconocimiento de la movilidad física o territorial y una *prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad*, que formulado de manera positiva, se traduce en una *equiparación legal del extranjero comunitario con el nacional*³⁵¹. ¿Dónde queda el extracomunitario?, ¿por qué no es acreedor de la titularidad y ejercicio de ese derecho?

Partimos de una afirmación en la búsqueda de plausibles respuestas. El sueño europeo de la libertad de circulación de personas y su anhelado objetivo de la eliminación de fronteras físicas y simbólicas se ha construido sobre la exclusión³⁵². El orden comunitario gira en torno a la *exclusividad* de la libertad de circulación, un privilegio al que son llamados pocos de los extracomunitarios. En concreto, sólo los que acrediten lazos familiares con algunos de los nacionales comunitarios o asimilados³⁵³. La libertad de circulación y residencia, un corolario de la libre circulación de personas, y uno de los pilares económicos de la integración comunitaria, se ha desarrollado en los últimos años en perjuicio de la obstaculización de la realización del derecho de quienes son nacionales de terceros países y no tienen la condición de familiares de comunitarios o asimilados³⁵⁴. El reforzamiento de la libertad comunitaria de circulación y residencia ha tenido como único damnificado al no beneficiario del Derecho comunitario.

³⁵¹ González Rivas, *La Constitución española de 1978 : estudio sistemático y jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 229.

³⁵² La exclusión traspasa cualquier frontera física y moral. Como apunta Arango, el hecho de que los inmigrantes nutran las filas de la exclusión social no es privativo de la sociedad española. Arango Villabelda, J., “Europa, ¿una sociedad multicultural en el siglo XXI?: el caso de España”, en *Papeles de economía española*, nº 98, 2003 (Ejemplar dedicado a: Inmigración en España), p. 13.

³⁵³ “La interpretación extensiva de los derechos de los nacionales comunitarios ha conducido al reconocimiento de ciertos derechos a nacionales de terceros países, vinculados con aquellos por una relación de parentesco [...], un reconocimiento que se produce como complemento del derecho de un nacional comunitario”, Pérez Vera, E., “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, en *Revista de instituciones europeas*, nº 2, 1993, p. 479-480.

³⁵⁴ Para un estudio pormenorizado de la génesis y desarrollo jurídico de la libertad de circulación y residencia, un análisis que sobrepasa los límites de este trabajo, puede consultarse en la doctrina española, *inter alia*, a Blázquez Rodríguez, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba, 2003; Del Valle Gálvez, J., A., “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I)”, en López Escudero, M., y Martín y Pérez de Nanclares, J. (coord.), *Derecho comunitario material*, Madrid, 2000. Una selección de la jurisprudencia más temprana del TJCE en la materia en Pérez Vera, “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 464-469; González-Trevijano, *op. cit.*, p. 235 y ss; Soto Moya, M., *Las situaciones conyugales en el tráfico intracomunitario. Un modelo de relación entre el Dipro y el Derecho de extranjería*, tesis doctoral, ISBN 8433841793, Granada, 2006. Por otra parte, un estudio normativo de la libertad de circulación de trabajadores en sus aspectos laborales y de seguridad social en Hervás Ortiz, J., J., “Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, VII, Madrid, 2002.

El proceso de integración en el que está inmersa Europa en los últimos años se ha plasmado en la creación de un espacio sin “aparentes” controles fronterizos, donde se garantiza la libertad de circulación de personas. Sin embargo, ese espacio común se ha protegido, como contrapartida, mediante el inevitable escrutinio de unas estrictas condiciones de entrada, circulación y residencia de quienes no son beneficiarios de las normas comunitarias en cuestión en el territorio de los Estados miembros. Es decir, este derecho se ha realizado gracias a la restricción en el ejercicio de la citada libertad, a la selección de los “excluidos”³⁵⁵. Lo que para unos es un derecho, para otros termina por calificarse como cuestión de “orden público”³⁵⁶. La lucha contra la inmigración ilegal es el pretexto ideal para hacer de la reserva de entrada la fuente principal de discriminación en el área comunitaria. En la práctica, la libre movilidad de los extranjeros inmigrantes está muy limitada por la consideración de orden público de la materia de extranjería³⁵⁷. La conexión entre “orden público”, el ideal legitimador del apremio sobre las personas y el disfrute de derechos sintetiza la conclusión del espíritu universalista de éstos.

En efecto, en el plano comunitario, el *ius migrandi* aparece condicionado por tres circunstancias que hacen que la línea divisoria entre diferencia regulativa y discriminación no encuentre una decidida solución de continuidad. La primera es la carencia de una auténtica política comunitaria común en cuanto a desarrollo de la libertad de circulación y residencia de nacionales de terceros países en el territorio de la Unión, si bien se han ido desarrollando con el transcurso del tiempo unas bases jurídicas de mínimos³⁵⁸. La escasa

³⁵⁵ Las disparidades en las restricciones de la entrada o salida del territorio nacional son notables, “ya que en estos casos la nacionalidad del titular del derecho constituye un criterio diferenciador que justifica un tratamiento divergente en cuanto a la aplicación de los límites”. Goizueta Vértiz, J., “La entrada y salida del territorio nacional: Algunas reflexiones sobre la titularidad y el régimen del ejercicio del derecho”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 458.

³⁵⁶ El concepto de “orden público” es sumamente elástico, siendo muy flexible precisamente porque trasciende las razones éticas. ¿Cómo se comprende que un nacional de tercer país no pueda ejercitar su derecho a la vida en familia en España hasta pasado un año de residencia legal y un beneficiario del Derecho comunitario pueda hacerse acompañar de sus familiares desde el mismo momento de su entrada en otro Estado miembro?

³⁵⁷ El problema, como pone de relieve Cano Bueso, es que en el Tratado de la UE el extranjero no nacional de países miembros resulta un desconocido, algo que tienen mucho que ver con la conexión del tratamiento del Derecho de extranjería con la “razón de Estado” y el alejamiento del constitucionalismo social. Cano Bueso, “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional”, *op. cit.*, p. 18.

³⁵⁸ Un estudio de estas bases en su etapa inicial puede consultarse en Rodríguez Barrigón, J. M., “La extranjería en la Unión Europea”, en *Anales de Derecho*, nº 17, 1999, p. 181 y ss; una reseña de las normas adoptadas desde 2005 en Freixes Sanjuán, T., “Integración europea y derecho de la inmigración (extranjería y *multilevel constitutionalism* en la Unión Europea)”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración,*

atribución de competencias comunitarias en la materia impide una armonización integral³⁵⁹. Dificilmente puede merecer el calificativo de política común aquella que establece unas competencias de naturaleza compartida entre la UE y sus Estados miembros y es esencialmente una política de mínimos orientada en la práctica a favorecer la coordinación con aquellos³⁶⁰. El Tratado de la Constitución Europea, finalmente retirado, hizo nacer una competencia global en materia de inmigración y de trato a los no comunitarios, estableciendo para la nueva UE una competencia compartida general con los Estados miembros en materia de extranjería³⁶¹.

La segunda es la afirmación del ejercicio de las libertades de circulación y residencia y, por ende, del derecho al trabajo, para unos, en perjuicio de restringirlos casi hasta su

Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI, Barcelona, 2008, pp. 218-222. Esta política, como reconoce la Comisión Europea, sigue estando muy incompleta. *Cfr.* Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una política común de inmigración, COM (2007) 780 final, de 5 de diciembre (apartado 2). Además de insistir en la necesidad de adopción de una política común de inmigración, resulta interesante el “reproche” al Consejo que el Parlamento Europeo formula en la Resolución sobre el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica (COM[2004] 0811- (2005/2059/INI)), de 26 de octubre de 2005 (DOUE C-272-E, de 9 de noviembre de 2006), apartado 4, sobre la concentración en el aspecto represivo de la política de mínimos que se desarrolla (acuerdos de readmisión, controles policiales en las fronteras, etc.).

³⁵⁹ Las competencias actuales de la UE en materia de extranjería son tributarias de su vinculación a la fase económica del Mercado interior. De ahí su fragmentariedad y los diferentes grados de intensidad en su realización. Del Valle Gálvez, J., A., “Extranjería y tratado constitucional para Europa”, en Marina Vargas Gómez-Urrutia, M., y Salinas de Frías, A. (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 2, Sevilla, 2005, p. 1350. Un sucinto pero preciso apunte sobre el criterio material de delimitación de competencias previsto en el TUE en Soto Moya, *Las situaciones conyugales en el tráfico intracomunitario. Un modelo de relación entre el Dpr y el Derecho de extranjería*, *op. cit.*, pp. 149-152; además, para el reparto de competencias a partir del Tratado de Niza puede consultarse a Martín y Pérez de Nanclares, J., “El reparto de poder entre la Unión Europea y los Estados miembros: en busca de mayor transparencia y mayor control”, en Alguacil González-Aurioles, J., y Vidal Beneyto, J. (coord.), *El reto constitucional de Europa*, Madrid, 2005, pp. 355-362. Como señala este último autor en otra de sus aportaciones, la paradoja es la negativa de los Estados miembros de atribuir competencias suficientes en la materia a la Unión y reclamar seguidamente su ayuda los problemas derivados. Martín y Pérez de Nanclares, J., “El reto de la inmigración. Sobre la conveniencia de una política común europea prevista en la Constitución Europea”, en *Revista general de Derecho Europeo*, nº 11, octubre de 2006, p. 2.

³⁶⁰ González Vega, J., A., “¿Regreso al futuro? La difícil concreción de una política europea de inmigración”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)*, [consulta realizada el 8 de junio de 2007], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_14.htm, p. 4. Además, como pone de relieve Quirós Fons, “existe una falta de correspondencia entre la voluntad política manifestada por los Consejos Europeos y el desarrollo normativo por parte del Consejo de la Unión”. Quirós Fons, A., *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, Murcia, tesis doctoral, 2006 [consulta realizada el 4 de agosto de 2008], recurso electrónico disponible en www.tdr.cesca.es/TDX/TDR_UM/TESIS/AVAILABLE/TDR-0920106-135136//QuirosFons.pdf, p. 453.

³⁶¹ Del Valle Gálvez, “Extranjería y tratado constitucional para Europa. Extranjería y tratado constitucional para Europa”, *op. cit.*, p. 1351.

inutilización para otros. La libertad de circulación y residencia ha terminado en convertirse en un “privilegio” que beneficia a los nacionales de Estados miembros, asimilados y familiares que quedan protegidos por el marco común de libertades comunitarias, y que se opone a la “infraciudadanía” del resto, sometido a la específica regulación del poder soberano de cada Estado³⁶². Por tanto, se ha profundizado en la cesura entre las personas estableciendo una ciudadanía de primera y otra de segunda, sin contar con la negación jurídica del “irregular”.

La tercera, como consecuencia de la anterior, es la institucionalización del control como el ideal regulador de la cuestión migratoria en el territorio de la UE. La idea de frontera exterior es una de las representaciones medulares de la política comunitaria de control de entrada de los nacionales de terceros países³⁶³. La ausencia de controles interiores a la libre circulación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 14 TCE, tiene que ser relativizada y contextualizada en el previo control de las fronteras exteriores que han debido superar los no beneficiarios del Derecho comunitario³⁶⁴.

Siendo el eje constitutivo de la Comunidad Europea el principio de libertad económica, no deja de resultar lógico que la garantía de la libre circulación de personas figure como uno de los pilares que está en los orígenes de la constitución de este espacio supranacional³⁶⁵. Sin embargo, la gran paradoja de la construcción de la Unión es que el desarrollo de la libertad de circulación se ha detenido en ella misma³⁶⁶. La Unión, fiel a su carácter económico, no entiende de humanitarismo ni de solidaridad, ni por supuesto de

³⁶² En el fondo, la ausencia de un principio de igualdad profundamente enraizado en el plano antropológico explica por qué ciertas democracias, étnicas o raciales, funcionan de forma tan armoniosa, sin maximalismos revolucionarios. Todd, *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, op. cit., p. 50.

³⁶³ Para un estudio de esta noción véase el capítulo tercero.

³⁶⁴ Del Valle Gálvez, J., A., “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 2- número 3, 1998, pp. 43, 54 y ss.

³⁶⁵ De hecho, aunque no estuviera formulada jurídicamente con anterioridad al Tratado de Ámsterdam, las opciones económicas presentes en la política migratoria está presente desde los orígenes del Derecho comunitario. Una precisa aproximación a este proceso en Soto Moya, op. cit., pp. 88-97.

³⁶⁶ ¿Por qué un nacional finés tiene más fácil ejercitar su derecho a la libre circulación en otro Estado miembro que un nacional colombiano, por ejemplo, que no tenga vínculos familiares con un comunitario o asimilado?

derechos que se conciben más allá de la ciudadanía que refrenda, simplemente porque el beneficio que busca es el pragmatismo de la creación de un área donde ser libre sea patrimonio de unos pocos. Todo el acervo asociado a la citada libertad constituye la semántica perfecta que, junto a las políticas de inmigración de los Estados miembros, impulsa decididamente la clausura de las identidades nacionales³⁶⁷.

Esta política restrictiva, que en algunos países se denominó incluso de “inmigración cero”, se mantiene todavía en grandes rasgos, aunque se han ido introduciendo matices importantes en aras de una “inmigración selectiva”. Se trata de una política basada en una concepción general sobre la inmigración en la que ésta no constituye un derecho³⁶⁸.

Desgraciadamente, la existencia del espacio privilegiado denominado Unión Europea se ha realizado transponiendo en el nivel supranacional los mismos ideales que pergeñan el poder de reserva interno. Por un lado, el reforzamiento del Estado como la autoridad decisoria de la pertenencia (simplemente se ha transformado *mutatis mutandi* la dicotomía nacional/extranjero en la de beneficiario/no beneficiario del Derecho comunitario)³⁶⁹ y, en segundo lugar, intensificando el poder de reserva de admisión de los Estados sobre quienes no pueden acreditar reunir las condiciones legales para ser beneficiario de ese régimen.

Por consiguiente, la ordenación comunitaria no ha añadido grandes novedades sustanciales al poder de reserva, al monopolio del derecho de entrada que ostenta el soberano nacional³⁷⁰. La naturaleza “privilegiada” del régimen de un derecho como la libre movilidad se constituye en la expresión del poder de admisión de los Estados, una

³⁶⁷ Controles en fronteras exteriores, espacio de seguridad, ciudadanía europea, etc, son algunos de los conceptos que constituyen ese acervo. Véase una síntesis del desarrollo de ese acervo en González Vega, “¿Regreso al futuro? La difícil concreción de una política europea de inmigración”, *op. cit.*, pp. 11-15.

³⁶⁸ Pajares Alonso, “Inmigración y políticas de integración”, *op. cit.*, p. 2.

³⁶⁹ Con las especificaciones que observaremos en el siguiente capítulo.

³⁷⁰ “La UE y sus Estados miembros continúan enfocando la inmigración no como una cuestión centrada en los Derechos Humanos sino como una inmigración económica, cuyo eje son las decisiones de interior”. Chueca Sancho, Á., G., “Ius migrandi y el derecho humano al desarrollo”, en *Eikasía. Revista de Filosofía*, nº 8, 2007, [consulta realizada el 11 de marzo de 2008], disponible en <http://www.revista.defilosofia.com/11angelchueca.pdf>, p. 206.

potestad que nunca ha sido cuestionada por la organización supranacional europea³⁷¹. Eso sí, la cultura del control ha transformado su sujeto y objeto. El extranjero se ha redefinido como no beneficiario del Derecho comunitario y la frontera interior ha dado paso a la exterior. El establecimiento de condiciones distintas para el ejercicio de los derechos que traen su causa en la libre capacidad de desplazamiento y de asentamiento en función de la nacionalidad no permite, en nuestra opinión, que se pueda hablar de un pleno desarrollo de una libertad de la persona tan importante como la que es objeto de este estudio. Por ello, resulta un sarcasmo hablar de libre circulación de personas cuando lo que hace la UE no es sino reproducir el particularismo estatal, perseverando en hacer de la nacionalidad el principal factor de discriminación entre las personas³⁷².

La reafirmación de la cultura del control y del dominio, en el nivel comunitario, es un efecto de la inseguridad y falta de confianza en el proyecto europeo. Los Estados querían blindarse ante la fuerza expansiva de las libertades económicas que ponían de entredicho los cimientos mismos de la soberanía estatal³⁷³. Como pone de relieve Del Valle Gálvez, la regulación de situaciones no puramente económicas de las personas que ejercían la libre circulación, las medidas indirectas de seguridad interna de los Estados como contrapartida al perfeccionamiento de esa libertad y la conexión cada vez mayor con los derechos de ciudadanía y de derechos humanos en el espacio público europeo hicieron necesaria esas reformas³⁷⁴.

³⁷¹ El gran obstáculo para una cooperación en materia migratoria entre los Estados europeos es la elevada dependencia que los legisladores tienen de la opinión pública, las discrepancias en las regulaciones legales de la nacionalidad y la fuerza simbólica permanente de la soberanía nacional. Wihtol de Wenden, C.; “Admissions Policies in Europe”, en Douglas S. Massey, D. y Taylor, J. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, 2004, Oxford, p. 287.

³⁷² La necesidad de desarrollar un compromiso y establecer una política europea común de inmigración que aparece como el gran objetivo de la UE, [véase por todas la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una política común de inmigración, COM (2007) 780 final, de 5 de diciembre (apartado 3)], tiene que acompañarse, desde nuestro punto de vista, por un ejercicio reflexivo del significado decisivo de la nacionalidad en el ejercicio de derechos en la Unión.

³⁷³ El derecho de libre circulación de trabajadores, como recuerdan Ballester Pastor, I., y Miñarro Yanini, M., ha pasado de ser un elemento funcional para la consecución del objetivo de cohesión económica a ser, de manera más firme, un principio con sustantividad propia. “El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 57, 2005, p. 248.

³⁷⁴ Del Valle Gálvez, “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I)”, *op. cit.*, p. 42.

Con la implantación del concepto de frontera exterior se acredita la unión inextricable entre derechos y seguridad como referente de una inédita política comunitaria europea al respecto. La desmantelación de las fronteras interiores y la libre movilidad, como símbolos de una Europa fuerte y más libre, son expresiones de la inclusión exclusiva, de una Europa que no asume riesgo alguno, para lo que contrapone la frontera exterior y la restricción en la realización de derechos como fuente de protección de ese proclamado “proyecto común” que se desentiende del principio de igualdad³⁷⁵.

Hitos en ese largo proceso fueron el Acta Única Europea³⁷⁶, que superó el marco intergubernamental que presidía anteriormente todo lo relativo con la inmigración³⁷⁷, el Acuerdo de Schengen (su Convenio de Aplicación se firmó el 19 de junio de 1990)³⁷⁸ y, por supuesto, el Tratado de la Unión Europea. El primero incorporó la noción de *mercado interior*, como “espacio sin fronteras interiores [...]” (art. 7), un apoyo conceptual y jurídico que permitió superar la visión económica que condicionaba la comprensión del principio de libre circulación de personas en la Comunidad³⁷⁹. El segundo, vino a paliar, en cierto sentido, la falta de desarrollo de la libertad de circulación y residencia proclamada solemnemente en los Tratados, mediante la supresión gradual de controles en

³⁷⁵ Si la igualdad implica igual libertad u oportunidad de ser diferente, como recuerda Parekh, *op. cit.*, p. 354, el estatuto de “no beneficiario de Derecho comunitario”, como analizamos en el siguiente capítulo, sintetiza la distorsión de esta noción en cuanto el ser diferente viene impuesto, no es corolario de un ejercicio de la autonomía personal. “En un tiempo en el que las “redes” de vínculos humanos han pasado a convertirse en territorios fronterizos donde cada día hay que librar escaramuzas de reconocimiento”. Bauman Z., *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, *op. cit.*, p. 93.

³⁷⁶ DO L 169, de 29 de junio de 1987.

³⁷⁷ Su artículo 8A dio reconocimiento institucional a la libertad de circulación de los ciudadanos como una de las condiciones principales del Mercado Único, quedando incluida como materia de competencia comunitaria. Zapata Barrero, R., “El tratamiento de la Unión Europea de los inmigrantes extra-comunitarios”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Segundas Jornadas Derechos humanos y libertades fundamentales, Zaragoza, 2001, pp. 113-114.

³⁷⁸ Un instrumento de cooperación convencional que, en sus inicios, surgió como un paralelo y complementario apoyo a la libre circulación entre un círculo de Estados más reducido que el de los Estados miembros. Del Valle Gálvez, “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *op. cit.*, p. 45. Véase asimismo Martín y Pérez de Nanclares, J., *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, 2002, p. 140. Para las implicaciones del Acuerdo de Schengen en materia de política migratoria, Ugur, M., “Libertad de circulación versus exclusión: una reinterpretación de la división “propio-extraño” en la Unión Europea”, en Malgesini, G. (comp.), *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Madrid, 1998, p. 320.

³⁷⁹ Cfr. Jiménez de Parga Maseda, P., *El derecho a la libre circulación de personas físicas en la Europa comunitaria: desde el Acta Única Europea al Tratado de la Unión Europea*, Madrid, 1994, p. 47.

las fronteras comunes, permitiendo salvar las dificultades que la progresiva desaparición tendría, con la adopción de medidas de cooperación y armonización de las políticas sobre controles de entrada y migración de los distintos Estados miembros³⁸⁰. Todo ello, y aquí radica su importancia, a costa de transferir el control a las fronteras externas, haciendo de éstas el nuevo paradigma de la exclusión.

Ese esfuerzo conjunto representó un signo del cambio de los tiempos. La inclusión de unos ha sido la excusa perfecta para la exclusión de otros. La defensa de los derechos empezó a fracturarse a raíz de la aplicación de conceptos a los que Schengen dio carta de naturaleza. Nociones como la citada de “frontera exterior” o medidas como “el sistema de información”, “la separación en las zonas aeroportuarias” o la creación de una “política de visados común” para nacionales de terceros Estados para estancias máximas de hasta tres meses constituyen el nuevo acervo y, lo más importante, la nueva forma de pensar sobre la realización del *ius migrandi*. Desde entonces, un Derecho de corte policial y eminentemente represivo en el que el control de entrada de extracomunitarios se erigía en mecanismo de compensación a las reticencias estatales a la apertura de fronteras hacia los nacionales de los demás Estados miembros³⁸¹.

La línea abierta por Schengen, que asocia orden público y derechos, es una directriz fundamental a la hora de comprender que el derecho de reserva no ha sido en ningún momento cuestionado por la estructura comunitaria, principalmente porque ésta tiene

³⁸⁰ Esa funcionalidad es recogida por la doctrina del TC español, al señalar que el citado Acuerdo “[...] impulsó la libre circulación de personas entre varios países europeos mediante el progresivo levantamiento de sus fronteras interiores. Ese progresivo levantamiento tiene como consecuencia un traslado de los controles a las fronteras externas de los países signatarios del Acuerdo de Schengen; de forma tal que las fronteras externas de los Estados europeos son al tiempo las fronteras externas de los demás Estados partes en aquel Acuerdo. Por esa razón, el art. 20 del Acuerdo de Schengen encomendó a las Partes “la armonización de sus políticas en materia de visados, así como las condiciones de entrada en sus territorios”, STC 53/2002, de 27 de febrero de 2002, (FJ3).

³⁸¹ Un estudio de los problemas derivados de la aplicación conjunta del citado acervo y del principio de *non bis in idem*, en Donaire Villa, F., J., “Transacción penal y principio *ne bis in idem* en el espacio de libertad, seguridad y justicia: La interpretación del artículo de 54 del Convenio de Schengen”, en *Civitas, Revista española de Derecho Europeo*, nº 7, 2003, pp. 577-578. Véase asimismo el comentario a la STJCE de 31 de enero de 2006, as. C-503/03, la primera sentencia que define las relaciones entre el acervo de la Unión Europea e integración diferenciada, que realizan Alcoceba Gallego, M., A., “La subordinación del acervo Schengen al de la Unión Europea. Comentario a la sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006. As. C-503/03, Comisión Europea c. España”, en *Revista general de Derecho Europeo*, nº 10, mayo de 2006, disponible en www.iustel.com, p.1; Olesti Rayo, A., “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - Sentencia de 31.01.2006, Comisión c. España, C-503/03. Libre circulación de personas, sistema de información de Schengen. Lista de no admisibles”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 25, año 10, 2006, pp. 989-1001.

escasa capacidad de operatividad propia en una materia como la inmigración. La incorporación del marco Schengen al Tratado de la Comunidad Europea, mediante el respectivo protocolo³⁸², ha coadyuvado a acentuar las diferencias de realización de la libertad de circulación y residencia³⁸³. Se da un reconocimiento institucional a la percepción jurídica de la inmigración, destacándose tan sólo su dimensión negativa³⁸⁴. La ausencia de cualquier referencia a la integración y la consolidación de la política de control de fronteras externas y la inmigración como problema son las aportaciones que Schengen ha legado al Derecho comunitario. La manifiesta incapacidad de puesta en común de políticas decididas de inclusión social o el ensimismamiento en la exclusiva protección de unos derechos primordialmente calificados en función del nivel de “interés público” –desvirtuados pues en su contenido privatista– tiene mucho que deber a esa reafirmación del Derecho represivo que ha refrendado el Derecho comunitario con la “comunitarización” de ese lenguaje excluyente³⁸⁵.

Como recuerda Serrano García, la UE dispone de competencias para determinar los requisitos formales y materiales que deben reunir los nacionales de terceros países para el acceso a cualquier Estado miembro³⁸⁶. Sin embargo, los Estados pueden introducir matizaciones a esa competencia, aduciendo razones de seguridad nacional u orden público o la temida inclusión en la lista común de Schengen para denegar el acceso a su territorio de uno de estos nacionales, aunque su discrecionalidad no sea ilimitada³⁸⁷. En concreto,

³⁸² Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/topics/treaty/pdf/amst-es.pdf> [consulta realizada el 6 de enero de 2006]. Para su significación y características técnico-jurídicas, véase Del Valle Gálvez, “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *op. cit.*, pp. 41-78, pp. 61-62 y 73-74; Jiménez Blanco, “Las libertades de circulación y residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión europea”, *op. cit.*, p. 84 y ss.

³⁸³ Pérez-Villalobos insiste en la rigidez de las medidas que incorpora Schengen en relación a los nacionales de terceros países y la política restrictiva que en materia de armonización de visados a estos nacionales contiene. “Libertad de circulación y residencia”, *op. cit.*, p. 540.

³⁸⁴ Zapata Barrero, “El tratamiento de la Unión Europea de los inmigrantes extra-comunitarios”, *op. cit.*, p. 116.

³⁸⁵ Tiene plena razón Pérez-Villalobos al afirmar que la creación de un espacio sin fronteras internas se ha creado solamente para los ciudadanos de los Estados miembros. “La cultura de los derechos fundamentales en Europa. Los derechos de los inmigrantes extracomunitarios y el nuevo concepto de ciudadanía”, *op. cit.*, p. 707.

³⁸⁶ “Política comunitaria de inmigración”, en Serrano García, J., M., y Mendoza Navas, N. (coord.), *Estudios sobre extranjería*, Albacete, 2005, pp. 47-48.

³⁸⁷ Un apunte técnico-legal de las limitaciones al ejercicio de la libre circulación, en Del Valle Gálvez, “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I)”, *op. cit.*, pp. 102-103.

tendría su frontera natural en las disposiciones comunitarias al respecto, siendo una de ellas las contenidas en la Directiva 2003/86/CE.

Es más, la inextricable unión entre la protección de los derechos e intereses de los nacionales de los Estados miembros³⁸⁸ y el avance de la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas, pone de manifiesto que el precio de la construcción europea ha sido muy elevado³⁸⁹. Concretamente, Europa se ha convertido en un territorio de extrañamiento. La institucionalización de una respuesta que “criminaliza” al extranjero extracomunitario que no puede acogerse a las normas aplicables al resto de ciudadanos por el simple hecho de no ser nacional de Estado miembro o asimilado o familiar de alguno de éstos, afecta seriamente al contenido de los derechos de estas personas al quedar subordinados al pragmatismo y la oportunidad presentes en la calificación de la extranjería como materia de “orden público”³⁹⁰. Las medidas relativas al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia³⁹¹, por un lado, y la creación de la “ciudadanía europea”, por otro, se han transformado en expresión indisoluble del paradigma de la cultura comunitaria. El control del extraño convive de manera interesada con la apelación a la ciudadanía³⁹². La consolidación de la libre circulación y residencia se ha producido, se sigue produciendo y se producirá en perjuicio del disfrute en igualdad de condiciones de todas las personas que residen en la sociedad europea.

³⁸⁸ Un objetivo plasmado en la redacción originaria del Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 7 de febrero de 1992 (DO C 191, de 29 de julio de 1992).

³⁸⁹ Realmente el ideal de la libre circulación de las personas físicas y la supresión de controles en las fronteras interiores se ha convertido en un elemento político capital del proyecto de la integración europea, pero su progresiva vinculación a los aspectos relativos a la ciudadanía lo han convertido en espacio de “privilegio” político, además de económico. Nos remitimos a lo indicado en el capítulo segundo.

³⁹⁰ En un modelo eminentemente funcional como el jakobsiano, se ha pasado a estructurar el Derecho penal partiendo de la valoración distinta de las acciones de las *personas* y las *no-personas* (enemigos) como recuerda Portilla Contreras, “Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo”, *op. cit.*, p. 44. Ferrajoli, L., es preciso al afirmar que, cuando se habla de “derecho penal del enemigo” estamos ante un *oximoron*, que representa, de hecho, la negación del derecho penal, dado que la figura del enemigo pertenece a la lógica de la negación del derecho. “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”, en *Jueces para la Democracia*, nº 57, 2006, p. 3.

³⁹¹ Contenidas en el art. 2 TUE, versión consolidada (DOCE C 325, de 24 de diciembre de 2002).

³⁹² Precisamente en unas circunstancias como las actuales en la que los inmigrantes representan un nuevo sujeto universal que lucha por romper el círculo cerrado de la ciudadanía. Goig Martínez, J., M., “El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 240.

En un ejercicio de pragmatismo, no se pueden tener inusitadas expectativas en los movimientos en la materia de los últimos años. El Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004 aprobó el denominado “Programa de la Haya”³⁹³. El citado Programa es un documento de trabajo programático y lleno de buenas intenciones³⁹⁴. Sin embargo, en ningún momento, cuestiona las potestades estatales en la materia migratoria³⁹⁵.

En política de migración y de fronteras, el Programa aboga por un tratamiento completo de las políticas relativas al fenómeno migratorio, en especial por la potenciación de la migración legal como factor de impulso económico y integración³⁹⁶. Por lo demás, es una continuación de la sospechosa confusión que supone incluir todo lo relativo a la libre movilidad de los inmigrantes extracomunitarios en un mismo marco comunitario junto a la materia de seguridad y la cooperación judicial, reproduciendo el carácter tutelar de los derechos de los nacionales de terceros países y reafirmando la Europa “fortaleza”³⁹⁷. Y lo peor de todo, ha quedado seriamente afectado en su efectividad desde el momento en que suspendió definitivamente el proceso de ratificación de la Constitución para Europa firmada en Roma el 29 de octubre de 2004³⁹⁸. Las expectativas respecto al Tratado de

³⁹³ Programa de consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (2005/C 53/01), Serie Comunicaciones (DUE, de 3 de marzo de 2005), que es reflejo de la ambiciones expresadas en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, y entre cuyos objetivos está regular los flujos de migración y controlar las fronteras exteriores de la Unión (párrafo sexto de su introducción), disponible en http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMfinal&an_doc=2005&nu_doc=184.

³⁹⁴ Orientación específica 1.4 *in fine*; párrafo segundo y cuarto orientación 1.5, entre otras.

³⁹⁵ Se aboga por la naturaleza internacional del fenómeno migratorio y el asociacionismo como terapia y, por su parte, se subraya la competencia estatal para la admisión de personas y el control y vigilancia de las fronteras exteriores (Párrafo inicial 1.6.1; párrafo segundo, orientación específica 1.4 y párrafo cuarto orientación 1.7.1., respectivamente).

³⁹⁶ La inmigración laboral como componente importante del planteamiento global en el desarrollo futuro de una política europea común de migración se recuerda en la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, el planteamiento global sobre la migración un año después: hacia una política global europea en materia de migración, COM (2006) 735 final, de 30 de noviembre (apartado 3.2).

³⁹⁷ Un informe sobre la ejecución del Programa en 2006 en la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, COM (2007) 373 final, de 3 de julio.

³⁹⁸ En relación con el Tratado de Constitución Europea, hoy retirado, Del Valle Gálvez afirmaba que el mismo, “muy probablemente, va a proporcionarnos un nuevo diseño de la Extranjería para el *territorio de la Unión*”. “Extranjería y tratado constitucional para Europa”, *op. cit.*, p. 1356. Un análisis de las políticas de inmigración y asilo contenidas en el malogrado Proyecto de Constitución Europea, en Martín y Pérez de Nanclares, “El nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia en el proyecto de Constitución para Europa”, *op. cit.*, pp. 866-871; *idem*, “El reto de la inmigración. Sobre la conveniencia de una política común europea prevista en la Constitución Europea”, *op. cit.*, pp. 3-4. Una opinión más escéptica la aporta González Vega, J., A., *cf.* “¿Pero realmente existe una política europea de inmigración? Dificultades y retos para su concreción”, en *Eikasia: revista de filosofía*, nº 10, 2007, p. 72.

Lisboa mencionado *supra* no son mejores, puesto que la reforma en materia de política de inmigración no ha sido objeto de modificación sustancial (arts. 62-63-63 bis y 63er del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea)³⁹⁹.

B. La libertad de circulación y residencia comunitaria, un “privilegio” en el ejercicio de los derechos

La libertad de circulación y residencia comunitaria encuentra su punto de inflexión en Maastricht. Su simbolismo, más allá de las estrictas consideraciones jurídico-técnicas, radicaba en que estaba definiendo quiénes podían acceder a los derechos y quiénes no⁴⁰⁰. Además, hasta ese momento, en el Derecho originario no podía hablarse de un derecho a la libertad de circulación de las personas disociado de la libre circulación de trabajadores, del ejercicio del derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios⁴⁰¹. Desde entonces, el derecho de libre circulación es un derecho propio o típico de la ciudadanía europea, aunque lo sea más del agente económico que del nudo ciudadano⁴⁰². El Tratado UE venía a concebir la libre circulación de personas como uno de los elementos, quizá el más importante, del nuevo estatuto político del ciudadano de la Unión (art. 8 A TUE, actual art. 18 TCE)⁴⁰³.

En un estadio ulterior, el Tratado de Amsterdam⁴⁰⁴ modificó el art. 2 del Tratado de la Unión Europea, introduciendo como objetivo de la Unión

³⁹⁹ Sigue proyectada hacia el control, y refrenda el derecho de los Estados miembros a establecer volúmenes de admisión en su territorio de nacionales de terceros países procedentes de Estados no comunitarios con el fin de buscar trabajo (art. 63.5 bis).

⁴⁰⁰ Véase Pajares Alonso, *La inmigración en España. Retos y propuestas*, *op. cit.*, p. 255.

⁴⁰¹ Linde Paniagua, E., “La libre circulación de los trabajadores *versus* libre circulación de las personas. La ciudadanía europea”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 5, 2º semestre de 2003, p. 18.

⁴⁰² Ruiz Castillo, “Marco legal de la inmigración en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 35; en sentido análogo Soto Moya, *op. cit.*, pp. 145-147.

⁴⁰³ El Tratado de la Unión Europea reforzó el derecho de libre circulación y residencia al insertarlo dentro del estatuto de la ciudadanía. Blázquez Peinado, M., D., “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, en *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, nº 233, septiembre/octubre 2004, p. 31; véase también a Closa, C., “Citizenship of the Union and nationality of member States”, en *Common Market Review*, vol. 32, 1995, p. 495; Jiménez de Parga Maseda, *op. cit.*, p. 187 y ss.

⁴⁰⁴ Versión consolidada aprobada por el Tratado de Niza (DOCE C 325, de 24 de diciembre de 2002).

mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia.

Del Valle Gálvez subraya que, a la vista de la norma, se desprende que el ideal de la libre circulación de personas y la supresión de controles entre los Estados miembros ha trascendido su configuración originaria de objetivo económico comunitario para convertirse en un elemento político capital del proyecto de la integración política europea⁴⁰⁵. Estaríamos ante el progreso, aunque de forma indirecta, del binomio causal actividad económica y libertad de circulación y residencia⁴⁰⁶. El tratamiento de Derecho originario, puramente inducido y vinculado directamente a la dimensión económica característica de la Comunidad Económica Europea, ha evolucionado con la conexión entre el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia y la libre circulación de personas. Es decir, de hecho, el espacio de libertad, seguridad y justicia es el concepto fundamental de evolución de la integración europea⁴⁰⁷.

La “comunitarización” de las normas del denominado “tercer pilar” contenidas principalmente en el Título IV del Tratado de Ámsterdam (principalmente sus artículos 62 y 63), modificado posteriormente por el Tratado de Niza dan buena prueba de ello⁴⁰⁸. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, no creemos que la configuración económica de la

⁴⁰⁵ Del Valle Gálvez, “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *op. cit.*, pp. 41-42. Como indica el autor, una de las principales aportaciones del Tratado de Ámsterdam ha sido la de operar una verdadera refundación jurídica, institucional y política de todo lo relativo a la libre circulación de personas, que implica englobar los aspectos prácticos sobre los que incide impregnando el conjunto de ámbitos del TUE, *ibidem*, pp. 43; 48-49, 72 y 75. En sentido análogo, Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, *op. cit.*, p. 67 y ss.

⁴⁰⁶ Véase Agudo Zamora, M., J., “La ciudadanía de la Unión Europea: del artículo 8 del Tratado de la Unión Europea al artículo I-8 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, en Fernández Le Gal, A., y García Cano, S. (coord.), *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, 2005, p. 53.

⁴⁰⁷ Ordóñez Solís, D., “Los nacionales no comunitarios en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, año 59, nº 1983, 2005, p. 444.

⁴⁰⁸ Un estudio de la significación de los Tratados de Ámsterdam y Niza hacia una política común de inmigración en la Unión, puede consultarse en Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, *op. cit.*, pp.74-80; por su parte, un análisis general sobre las medidas relacionadas directa o indirectamente con la libre circulación de personas, en Del Valle Gálvez, “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *op. cit.*, pp. 47, 52 y ss.

libre circulación de personas se haya desvirtuado del todo por efecto del desarrollo de la categoría de “ciudadanía europea”, aunque indudablemente sus efectos en materia de libre circulación han complementado ese ámbito⁴⁰⁹.

La compleja configuración jurídica del espacio de libertad, seguridad y justicia ha estado presidida en toda su evolución por difíciles equilibrios políticos y jurídicos que derivan de la permanente dialéctica entre la necesidad de intervención de la Unión por la desaparición de las fronteras interiores y la resistencia paralela de los Estados a perder el control sobre un ámbito estrechamente enraizado con el concepto mismo de soberanía⁴¹⁰. Como afirma Naïr, “los Estados, al hacer dejación de su soberanía sobre las fronteras, sólo aceptan unas normas mínimas, que además sólo protegen superficialmente a los inmigrantes”⁴¹¹. La conexión entre la libertad de circulación y las medidas de control, en el marco de la comunitarización de las disposiciones de inmigración y otras políticas relacionadas con la citada libertad, son el fundamento expreso del proyectado Derecho de extranjería en la UE, la base jurídica para una política de inmigración en la Unión Europea (otra cosa es la ineffectividad práctica de la misma por la siempre presencia de elementos de intergubernamentalidad)⁴¹².

En este sentido, no extraña que la referencia axiológica de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión quede completamente vacía de contenido⁴¹³. ¿Qué sentido

⁴⁰⁹ Al respecto, véase Fernández Sola, N., “Distintas aproximaciones de la Unión Europea al fenómeno de la inmigración. Variedad tipológica de inmigrantes en la Unión Europea”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Zaragoza, 2001, p. 127.

⁴¹⁰ Sin embargo, como confirma la STJCE de 31 de enero de 2006, as. C-503/03 indicada *supra*, las libertades fundamentales que reconoce el Derecho comunitario, concretamente la libre circulación de personas, constituyen un límite a la construcción del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión que algunos Estados miembros quieren poner en marcha sólo entre ellos. Alcoceba Gallego, “La subordinación del acervo Schengen al de la Unión Europea. Comentario a la sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006. As. C-503/03, Comisión Europea c. España”, *op. cit.*, p.2.

⁴¹¹ Naïr, *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 141.

⁴¹² Fernández Sola, *op. cit.*, p. 129.

⁴¹³ DOCE C 364, de 18 de diciembre de 2000. Un análisis jurídico de la Carta, desde la perspectiva de la formación de un “orden constitucional europeo”, en Ridola, P., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo”, en Balaguer Callejón, F., (coord.), *Derecho constitucional y cultura*. Estudios en homenaje a Peter Häberle, Madrid, 2004, pp. 463-484 y en la misma obra López Pina, A., y Gutiérrez Gutiérrez, I., “Sobre los derechos fundamentales en Europa”, p. 489 y ss; asimismo, Linde Panigua, E., “La universalización de los derechos fundamentales. ¿El sistema europeo como modelo?”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 2, 1er semestre 2002, p. 53 y ss.

adquiere el cuarto párrafo de su Preámbulo al afirmar que la Unión “tiene la intención de reforzar la protección de los derechos fundamentales”⁴¹⁴ El reconocimiento en términos generales de los derechos recogidos en sus capítulos I a III y VI no puede hacernos olvidar que los derechos de los no beneficiarios del Derecho comunitario no son declarativos⁴¹⁵. No podemos dejar de reiterar que los nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio de un Estado miembro no ostentan un derecho a la libertad de circulación y residencia y sí una facultad que sólo podrá ejercitarse previa autorización del soberano (como así lo certifica el art. II- 45 de la Carta)⁴¹⁶.

Quizá la Carta podría haber constituido un buen momento para desarrollar un concepto de ciudadanía en los Estados miembros que fuera extensible a los nacionales de los terceros países. La aprobación de la Constitución por la que se establece un Tratado para Europa, hoy definitivamente retirada, no corrigió esa situación. La desigualdad de derechos presente en el Título dedicado a la Carta de Derechos Fundamentales, exceptuando los dos primeros, contemplaba libertades incompletas para los extranjeros extracomunitarios, una igualdad disminuida, una solidaridad bajo mínimos y una ciudadanía excluyente⁴¹⁷.

Como puso de relieve Pérez Villalobos, que no hubiera una Carta de Derechos Fundamentales de carácter vinculante y que extendiese tanto la titularidad como la

⁴¹⁴ La invocación del respeto y promoción activa de los derechos fundamentales está bien como principio (párrafo inicial, orientación general segunda). Pero ¿qué pasos se han dado en el terreno aplicativo? ¿se ha implementado alguna medida seria de tratamiento integral a nivel europeo de la incorporación de nacionales de terceros países a la ciudadanía europea? ¿Qué sentido tiene proclamar el derecho de toda persona al respeto de su vida familiar (art. 7) o la protección de la familia (art. 33) si un no beneficiario del Derecho comunitario no puede hacerse acompañar de su familia hasta que no permanezca cierto tiempo en situación de residencia legal en España? ¿Es suficiente con garantizar la no devolución prevista en el art. 19 para los casos de serio riesgo para la vida o integridad física del extranjero?

⁴¹⁵ Por mucho que, como recuerda Pérez Carrillo, E., F., se haya convertido en un importante elemento de referencia y de interpretación de los trabajos de las instituciones, e incluso de las relaciones entre los Estados. “Protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario europeo actual”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, p. 619.

⁴¹⁶ La controversia acerca de la *justiciabilidad* activa de los principios de la Carta, en Burgorgue-Larsen, L., “Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne”, en *Cahiers de Droit Européen*, vol. III, nº 5-6, 2004, p. 689.

⁴¹⁷ Fiel ejemplo es la calificación de numerosos derechos sociales como principios, lo que niega a esos derechos fundamentales su cualidad de tales. Aguelo Navarro, P., y Chueca Sancho, Á., G., “La Constitución europea y... los extranjeros”, en *Revista de Derecho migratorio y Extranjería*, nº 8, 2005, pp. 220 y 223.

garantía de los derechos a los “no nacionales” suponía la creación de dos “Europas”⁴¹⁸. Por un lado, tendríamos la Europa de los “sujetos de derechos” y, por otro, la Europa de “los objetos del Derecho” o, en sentido análogo, la Europa de quien dispone de autonomía personal para la realización de sus derechos y la Europa de quienes ven subordinada esa autonomía a la lógica del pragmatismo y la oportunidad. Sin embargo, a partir de ahora, habrá que estar atento a la exegética sobre la novedosa equiparación del valor jurídico de la Carta a los Tratados (art. 6.1 reformado del TUE) contenida en el nuevo Tratado que modifica los Tratados de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que ha sido firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, a raíz del mandato de la cumbre de Bruselas de junio de 2007⁴¹⁹. La duda sobre su entrada en vigor está presente tras el rechazo por el referéndum irlandés del pasado 12 de junio. Habrá que estar atentos a próximas reuniones del Consejo⁴²⁰. Lo que sí se ha aprobado en el Consejo Europeo de Bruselas de octubre de 2008 ha sido el Pacto Europeo sobre inmigración y asilo⁴²¹. ¿Se

⁴¹⁸ Pérez Villalobos, “La cultura de los derechos fundamentales en Europa. Los derechos de los inmigrantes extracomunitarios y el nuevo concepto de ciudadanía”, *op. cit.*, p. 704.

⁴¹⁹ Las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se publicó en DOUE C 303, de 14 de diciembre de 2007, a la que nos remitimos. El texto de las modificaciones del Tratado de la Unión Europea y del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se publicó en DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007 (versiones consolidadas publicadas en DOUE C 115, de 9 de mayo de 2008). Conforme indica su art. 6.2, entrará en vigor el 1 de enero de 2009 siempre que se hayan depositado todos los instrumentos de ratificación o, en su defecto, el primer día del mes siguiente al del depósito del instrumento de ratificación del último Estado signatario que cumpla dicha formalidad. Véase la versión consolidada de los Tratados de la UE y de funcionamiento de la UE publicados en DOUE C 115, de 9 de mayo de 2008. En la cumbre del Consejo Europeo de Bruselas del 21-22 de junio de 2007, los líderes de la UE acordaron dar a una Conferencia Intergubernamental el mandato de elaborar un nuevo Tratado de Reforma Institucional antes de finales de 2007. Los trabajos de esta CIG pueden consultarse en el enlace web http://www.consilium.europa.eu/showPage.asp?id=1297&lang=esróximas_elecciones_al_Parlamento_Europeo [consulta realizada el 10 de diciembre de 2007].

⁴²⁰ El estudio de la situación abierta por el “no” irlandés se aplazó a la reunión del Consejo Europeo del 15 de octubre. Véase las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de fecha 19 y 20 de junio de 2008 (punto quinto), disponible en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressdata/es/ec/10135_2.pdf [consulta realizada el 9 de julio de 2008]. Sin embargo, quizá debido a que las prioridades son otras muy distintas, en la reunión de octubre se ha vuelto a postergar ese análisis hasta el Consejo Europeo de diciembre de 2008. Las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas, de los días 15 y 16 de octubre de 2008, disponible en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/103454.pdf (punto 15) [consulta realizada el 19 de octubre de 2008].

⁴²¹ Doc. 13440/08, aprobado por el Consejo JAI del 25 de septiembre y adoptado por el Consejo Europeo, disponible en <http://www.statewatch.org/news/2008/oct/eu-european-pact-imm-asy1-13440-08.pdf> [consulta realizada el 19 de octubre de 2008]. No podemos olvidar que estamos ante una declaración de principios y que como tal requerirá del desarrollo de programas de actuación por parte de los órganos comunitarios con capacidad de decisión y de los estados miembros en su ámbito de competencias. Los principales ejes del Pacto, en lo que respecta a la inmigración, son: organización de la migración legal en función de las necesidades y capacidades de cada Estado miembro; control de la inmigración ilegal, asegurando el retorno; mayor efectividad del control en frontera; mayor colaboración con los países de origen y tránsito, dando ímpetu a la sinergia entre migración y desarrollo (p. 4).

constituirá, como expresa el punto 19 de las conclusiones del Consejo Europeo, en la base de una política común de inmigración y asilo guiada por un espíritu de solidaridad entre Estados miembros y de cooperación con los terceros países? El tiempo dictará sentencia.

Recapitulando, la definición de la ciudadanía europea y las políticas sobre inmigración y extranjería en la Unión Europea están estrechamente entrelazadas, de manera que la primera queda configurada como un estatus privilegiado frente al conjunto de inmigrantes que son objeto de exclusión de los beneficios de la Unión⁴²². La libre circulación de personas, eje central en la estructura comunitaria, se ha convertido en uno de los asuntos de mayor potencialidad conflictiva en las sociedades europeas porque expresa una fractura normativa desigualitaria entre las personas. Tal y como está concebido el principio de nacionalidad en el espacio UE, implica que los ciudadanos de terceros países, aun cuando ya estén establecidos en uno de los Estados miembros, no pueden beneficiarse plenamente del derecho a la libre circulación⁴²³. La finalidad última de la Comunidad Europea no es, actualmente, el reconocimiento de derechos a los nacionales de terceros Estados, sino facilitar la libre circulación de los comunitarios, por lo que la actuación en el estatus de los extracomunitarios se limitará a lo estrictamente necesario⁴²⁴.

Las fronteras nacionales siguen y seguirán representando la compulsión de la Europa “defensiva”. La idea exclusivista es la misma: las normas de preferencia de la mano de obra nacional representa un papel equivalente a los contingentes y aranceles en el mercado común de bienes⁴²⁵. Como afirma Zapata Barrero, la tendencia es preocupante: se está construyendo un *demos europeo* siguiendo la lógica decimonónica estatal, por oposición a “los otros no europeos”⁴²⁶.

⁴²² Martínez de Pisón Caverro, “La (no) política de inmigración y el Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 15.

⁴²³ *Cfr.* por todos, Ugur, “Libertad de circulación versus exclusión: una reinterpretación de la división “propio-extraño” en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 310; Blanco, C., *Las migraciones contemporáneas*, 2000, Madrid, pp. 53-54.

⁴²⁴ Blázquez Rodríguez, “Los nacionales de terceros países en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 141.

⁴²⁵ Martín Valverde, A., “El contenido instrumental del derecho de libre circulación de trabajadores: del Tratado de Roma al Tratado de Ámsterdam”, en Hervás Ortiz, J., J. (dir.), *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Madrid, 2002, p. 95.

⁴²⁶ Zapata Barrero, “El tratamiento de la Unión Europea de los inmigrantes extra-comunitarios”, *op. cit.*, p. 122. Nos preguntamos si no se reproduce el particularismo, a nivel más amplio, cuando se afirma que el

La prioridad sigue residiendo en el control de personas, en la represión de la ilegalidad, pero se descuida *in totum* el problema central de los derechos, que no traspasa la impronta de regulación especial de la extranjería que llevan a cabo los distintos Estados⁴²⁷. No existe mayor traición para un modelo social presidido por los derechos como el europeo que la omisión de una política de afirmación de los derechos para los que no son beneficiarios del Derecho comunitario⁴²⁸. Si en el plano sociológico las políticas selectivas reflejan la victoria del derecho de admisión sobre el *ius migrandi* de las personas, en el plano normativo la discriminación es un efecto de la soberanía selectiva del poder.

En este contexto, a modo de avance, el estatuto asistemático de los no beneficiarios del Derecho comunitario, un marco dispositivo nacido en y por relación al orden comunitario europeo que, en mayor o menor medida, afecta a la posición jurídica de estos ciudadanos en cuanto a acceso, circulación, residencia o trabajo en el territorio de los Estados miembros, responde a la idea fundamental expuesta⁴²⁹. En todo caso, es el complemento que habilita el régimen de libre circulación, un estatuto personal que recibe su singularidad, fiel al espíritu selectivo del Derecho comunitario, y adquiere su fisonomía legal, en contraposición a la ciudadanía de la Unión Europea⁴³⁰.

“significado de esa ‘ciudadanía europea’ pasa ineludiblemente por el hecho de fomentar un tipo de patriotismo europeo fundado no sólo en la adhesión a unos valores éticos y jurídicos universales (los derechos humanos y las convicciones demoliberales), como hasta ahora, sino también en símbolos y lazos políticos y culturales comunes capaces de poner las bases de un auténtico *demos* europeo”, como afirma Andrés Santos, F., J., “Ciudadanía europea y ciudadanía cosmopolita: convergencias y divergencias”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 15, 2007 (Ejemplar dedicado a las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007), recurso electrónico disponible en <http://www.uv.es/CEFD/15/andres.pdf>, p. 18.

⁴²⁷ O, como subraya García Añón, el reconocimiento de derechos no persigue la integración sino favorecer la movilidad de los inmigrantes en función de los intereses del mercado. García Añón, “Derechos de los extranjeros y discriminación”, *op. cit.*, [consulta realizada el 20 de marzo de 2007], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_5.html.

⁴²⁸ Y es que “la visión del mundo que subyace en esa furia reguladora es siempre la misma: restringir, vigilar, otorgar derechos precarios, tener a mano a aquellos que se cree que van a ser necesarios, asustar y alejar a los demás”. Naïr, *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 144.

⁴²⁹ Un estatuto que Blázquez Rodríguez califica de *funcional* por su conexión a los objetivos y avances de la construcción europea; por tanto de carácter parcial y plural atendiendo, *inter alia*, a la legalidad de la situación de los extranjeros y a la inscripción como no admisibles en el Sistema de Información Schengen, su procedencia, permanencia y situación familiar como los más significativos, *op. cit.*, p. 48 y ss.

⁴³⁰ No se trata de un régimen que defina el estatuto pleno del extranjero en el territorio de los Estados miembros, pues en ningún caso se puede prescindir de los regímenes de extranjería que establezca cada Estado. Más bien sería una réplica supraestatal de la lógica estatal en la materia. Véase Zapata Barrero, “El

Sin perjuicio del análisis de las consecuencias jurídico-políticas de la realización de ese “estatuto”, especialmente la afectación del grado de disfrute del derecho de libre circulación y residencia que se realizará en el próximo capítulo, puede apuntarse una idea: la legislación y la realidad siguen caminos divergentes. En la legislación comunitaria se aboga por la consolidación de un perfil de trabajador migrante estable, de larga duración, desatendiendo cualquier compromiso serio respecto a los extranjeros recién llegados o de vocación temporal⁴³¹. Esta preferencia por el rol de extranjería estable es paradójicamente un reflejo de la escasa preocupación por la integración a corto y medio plazo, un signo de desconfianza hacia el otro⁴³². Para poder hablar de una Unión política debemos ser capaces de enfrentarnos a la difícil construcción de una política de inmigración única, y no una específica de cada Estado miembro⁴³³. Curiosamente, no es esta la tendencia empírica que se observa en los Estados miembros en general, y en España en particular. La temporalidad es el eje rector de la política de extranjería y más aún en estos tiempos de crisis. Nos confirma esta afirmación el nuevo giro en política inmigratoria que se está produciendo y que analizaremos a lo largo de este estudio.

V. EL *IUS MIGRANDI*: UN DERECHO PARALIZADO EN LA FRONTERA DEL SOBERANO

En las líneas finales de este capítulo queremos realizar algunas consideraciones relativas al complejo jurídico-positivo y jurisprudencial que ha sido objeto de análisis en las páginas precedentes, enlazando el discurso con lo indicado al inicio del mismo.

tratamiento de la Unión Europea de los inmigrantes extra-comunitarios”, *op. cit.*, p. 120. Más optimista es Serrano García que, no obstante, advierte que dicho estatuto, con la limitación que supone no gozar del derecho a la libre circulación en sentido comunitario, al menos se aproxima al de los ciudadanos comunitarios, teniendo la posibilidad de residir en el resto de Estados miembros y de disfrutar de una situación de residencia estable, “Política comunitaria de inmigración”, *op. cit.*, p. 52.

⁴³¹ La evolución de la política europea en materia de inmigración en Argerey Vilar, P., ...[et al.], *El fenómeno de la inmigración en Europa: perspectivas jurídicas y económicas*, Madrid, 2005, p. 30 y ss.

⁴³² Como pone de relieve Martínez de Pisón Cavero, la política tradicional de apertura al extranjero, incluso de flexibles políticas de refugio y asilo, ha quebrado claramente. Se impone la Europa amurallada. “La (no) política de inmigración y el Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 6.

⁴³³ Zapata Barrero, R., “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, en *Reis. Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 90, 2000, p. 164.

La ordenación constitucional no se constituye por sí misma en la “prisión” del extranjero inmigrante, pero habilita la posibilidad de esa clausura al remitir derechos fundamentales como la libertad de circulación y residencia a lo dispuesto en los Tratados y en las Leyes. En puridad, la negación de la naturaleza constitutiva de la citada libertad a los extranjeros no tendría que suponer mayor riesgo para la garantía del disfrute del *ius migrandi* por parte de quien no es nacional. En este sentido, hay que recordar que el derecho de entrada y posterior permanencia de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en nuestro país es consecuencia de la aplicación del inciso final del art. 13.1 CE. La equiparación del comunitario y el nacional español no es resultado del orden constitucional sino de la primacía y eficacia directa del Derecho comunitario.

Sin embargo, la utilización por el legislador de la habilitación para el establecimiento de las condiciones de realización de derechos como el que nos ocupa para limitar el ejercicio de la libertad de entrada y permanencia en el territorio español del extranjero, sin que obtenga reproche importante por parte del intérprete constitucional⁴³⁴, viene a certificar que la “prisión” identitaria del extranjero inmigrante está avalada por un orden jurídico que discrimina a las personas en función de su procedencia, como analizaremos en este estudio.

No resulta comprensible que la invocación al “contenido esencial” como límite infranqueable a la hora de regular las condiciones de realización de un derecho tan significativo como el de libre circulación y residencia, que es la fuente del disfrute de otros como el derecho al trabajo o la vida en familia, pueda ser compatible con figuras normativas como las decisiones consulares sobre visados, expresiones del nuevo Leviatán de nuestra época; la carencia de un periodo de tiempo para poder ejercer el derecho a la reagrupación familiar; la creación de centros de internamiento para quienes son “culpables” de ser irregulares, por citar algunas.

Esta circunstancia nos lleva a una primera argumentación. Lo realmente importante no son las plausibles disquisiciones sobre un derecho de entrada de los extranjeros en nuestro país sino la deconstrucción del ejercicio de los derechos fundamentales que realiza el legislador por mor de la imprecisa vaguedad constitucional. Los Estados liberales no

⁴³⁴ En el supuesto de la libertad de circulación más porque la CE lo reserva a los españoles.

han aceptado nunca el derecho de entrada como una contrapartida lógica al derecho de salida, ya que la soberanía constituye la piedra angular del sistema⁴³⁵. Se podrá estar más o menos de acuerdo con esta afirmación pero lo que resulta más discutible es que el Derecho como expresión soberana del poder pueda introducir unas condiciones en la realización de los derechos; requisitos que no encuentran una legitimación mayor que servir a esa indiferencia de la diferencia, haciendo al “otro” un prisionero de la inclusión, un “objeto” y no un sujeto.

El régimen jurídico-constitucional español de extranjería se sitúa precisamente en ese inicio de postmodernidad en el que la zona indiscernible entre inclusión y exclusión se legitima precisamente por la diferenciación de tratamiento de los derechos entre nacionales y extranjeros⁴³⁶. La flexibilidad constitucional permite que la calificación de extranjero termine constituyéndose en ese umbral donde interior y exterior se confunden y se hacen a la vez diferentes⁴³⁷. En este sentido, de poco sirve la proclamación de la titularidad de la libertad de circulación y residencia si la regulación legal, en nuestro caso la LOEXIS, como iremos analizando a lo largo de este trabajo, desnaturaliza cualquier intento de ejercicio de esta libertad imponiendo unas servidumbres que sólo pretenden condenar al extranjero a una alienación sin esperanza de redención.

¿Dónde queda la reivindicación de los derechos para los inmigrantes?⁴³⁸ ¿Qué sentido adquieren, en esta vorágine represiva, los derechos de las personas? Lo más grave, con serlo, no es que el lenguaje de los derechos no adquiera mayor relevancia⁴³⁹. Lo

⁴³⁵ Wihtol de Wenden, C., *Hay que abrir las fronteras?*, Barcelona, 2000, pp. 46-47.

⁴³⁶ Si el fundamento común de la democracia sustancial y de los derechos fundamentales son la vida, dignidad, libertad y supervivencia, como recuerda Moreno Cruz, R., “Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli”, en *Universitas: revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 4, 2006 [consulta realizada el 25 de febrero de 2007] disponible en <http://universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf>. p. 37. ¿No estamos asistiendo a la deconstrucción de estas nociones?

⁴³⁷ En la formación de la imagen del extranjero, del inmigrante, se ponen en marcha mecanismos macrosociales y microsociales que penetran en las estructuras políticas de los países receptores y en la mente de los ciudadanos, para seguir perpetuando lo que para muchos es una constante histórica, y es la discriminación, exclusión, estigmatización del “otro”, del “diferente”, del “pobre”. Gallego Ranedo, “La ‘extranjería’ como frontera entre ser y no ser ‘ciudadano’”, *op. cit.*, p. 94.

⁴³⁸ Cuando hablamos de derechos humanos estamos ante una cuestión que, desde nuestra óptica de receptores, damos por supuesta, pero que sin querer entender que con la no extensión de las raíces de toda lógica de justicia distributiva a quiénes vienen de fuera estamos “pervirtiendo” el sentido de los derechos.

⁴³⁹ Ese lenguaje de los derechos sería nuestra mejor herramienta de traducción porque trata de alcanzar la justicia como parte de un problema político y no sólo como un problema humano, es decir, no busca en el

preocupante es que la práctica de los derechos priva de autonomía a unos en beneficio de otros. La terrible conexión entre tolerancia y derechos paraliza el *ius migrandi* en la mismísima frontera del soberano, como titulábamos el inicio del epígrafe. No existe un derecho de entrada pero el legislador tolera ese “derecho” imponiendo unas condiciones de ejercicio a la libertad de movimiento que recuerdan al extranjero que es un “invitado”, un “prisionero condicional” de la sociedad que lo admite. Por ello, en cualquier momento puede ser extrañado físicamente (moralmente ya lo es) de este próspero mundo. Quién tolera realmente no reconoce derechos en el otro⁴⁴⁰.

La perspectiva actual es que la tolerancia pase a ser un producto de la necesidad, del pragmatismo y de la oportunidad; es decir, la tolerancia como principio político ha desterrado cualquier referencia moral⁴⁴¹. ¿Es que acaso el juicio sumarísimo al que se somete a una persona en situación irregular llegado en patera o cayuco a las costas españolas, por ejemplo a las de Motril o Canarias, que lo más seguro es que finalice con una devolución inmediata, no es un reflejo de una actuación que sustantivamente es discriminatoria aunque el ordenamiento la “maquille” de legalidad?, ¿por qué no resulta políticamente correcto que estas personas se hagan visibles desde fuera de las zonas de tránsito de los aeropuertos en las que se confinan? Hablar de tolerancia en este contexto resulta un desacierto, desde nuestro punto de vista. Lo que reclaman los extranjeros, como cualquier otro ser humano, es el ejercicio de derechos que les pertenecen precisamente por la condición de ser humano, no una concesión de los que se consideran distintos y superiores⁴⁴².

Una segunda argumentación. Un derecho como la libre circulación que, en su construcción histórico-conceptual, paradójicamente española, se configuraba precisamente como una potestad de la persona, pasa a convertirse en una expresión del “poder de

acuerdo o desacuerdo moral el único criterio de validez o invalidez de la norma. Hernández Losada, “La tolerancia y el futuro del liberalismo”, *op. cit.*, pp. 240-242.

⁴⁴⁰ Desde la óptica moderna, la tolerancia es un ideal destinado al fracaso, por mostrar, tanto en la teoría como en la práctica *por qué y hasta dónde* pueden llegar a ser compatibles estas distintas expectativas, intereses y, sobre todo, identidades, *ibidem*, p. 225.

⁴⁴¹ El mundo de la última Modernidad ingiere tanto cuanto expele, absorbe diversidad y provee un grado de tolerancia que lo hace tanto incluyente como excluyente. Young, *op. cit.*, p. 108.

⁴⁴² Recordar que la conveniencia se erige en criterio programático en el derecho de admisión que se reserva, a libre voluntad, todo Estado soberano. Véase Kelsen, H., “Principles of International Law”, en Plender, R., *International Migration Law* (2d), 1988, p. 366.

reserva” que los Estados utilizan en su justa medida, abriendo y clausurando fronteras cuando y con quienes interesa⁴⁴³. Tal y como se infiere de la legislación de extranjería interna y no resulta cuestionado por el intérprete constitucional, el denominado derecho a la libre circulación se ha convertido en una “concesión” reservada a la *potestas imperii* del control y al ejercicio de la compulsión sobre las personas que ostentan los poderes públicos, desvirtuando en la práctica su alcance de derecho fundamental⁴⁴⁴.

La apelación a la dignidad como la pauta exegética, a partir de la cual dilucidar qué derechos pueden ser “manipulados” por el legislador con mayores o menores condiciones de realización en función de la calificación administrativa de una persona, degrada el libre desarrollo de los derechos fundamentales del inmigrante extranjero, especialmente para el irregular, que queda convertido en categoría de “objeto”⁴⁴⁵. La consideración de que un derecho como la libertad de circulación no queda afectado directa y expresamente a la dignidad de la persona en cuanto ser humano, cuando del libre ejercicio del mismo dependen derechos como la vida en familia, viene a poner de manifiesto la proscripción de lo que es una expresión o manifestación del derecho fundamental a la libertad⁴⁴⁶. Los

⁴⁴³ El debate sobre los derechos del “otro”, del extranjero inmigrante, no es ninguna novedad de la época de la mundialización. La modernidad europea también se planteó esta cuestión, especialmente la escuela del Derecho Natural racionalista española. Un análisis aproximativo de la misma en Martínez de Pisón Cavero, J., M., “¿Tienen derechos los inmigrantes?, Derechos humanos y procesos migratorios: paradojas y posibilidades”, Jornadas sobre los inmigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración y derechos. Universidad de Valencia, 29 de octubre de 2004, *Cuadernos de Filosofía del Derecho* nº 10, [consulta realizada el 15 de febrero de 2007], disponible en <http://www.uv.es/CEFD/10/pisonodos.pdf>, p. 7.

⁴⁴⁴ “El derecho a circular libremente, proclamado como un derecho básico del derecho natural y de gentes desde la escuela española del XVI [...] sólo es tomado en serio si sus protagonistas somos nosotros [...]”, De Lucas Martín, “El marco jurídico de la inmigración : algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, *op. cit.*, p. 8.

⁴⁴⁵ Las dos dimensiones del ser y del deber ser son indispensables a la hora de reflexionar sobre el fundamento de la dignidad humana, no sólo porque indican que este concepto debe analizarse en una perspectiva dinámica que tiene en cuenta tanto los elementos constitutivos de la dignidad humana y sus manifestaciones como un ideal de absoluto presente en la naturaleza y existencia del ser humano. Pelè, A., “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en *Universitas: revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 1, 2004-2005 [consulta realizada el 16 de abril de 2008], disponible en http://universitas.idhbc.es/n01/01_03pele.pdf, p. 12.

⁴⁴⁶ Saavedra viene a expresar el significado del imperativo categórico de la autonomía personal de forma sintética pero contundente. “[...] cada uno debe tener derecho a seguir un plan de vida propio, sin imposiciones ajenas, sin doblegarse a unas tradiciones asumidas *acríticamente* y sin seguir *forzosamente* la concepción substantiva del bien que define y caracteriza a la comunidad correspondiente”. “La universalidad de los derechos humanos en un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas”, *op. cit.*, p. 255. O, como subraya Kymlicka, la autonomía es valiosa no porque haga mejores ciudadanos, sino porque permite a la gente llevar vidas más satisfactorias, independientemente de su papel como ciudadanos. Kymlicka, “Educación para la ciudadanía”, *op. cit.*, pp. 274-275.

derechos humanos son condiciones que permiten el libre ejercicio de la libre capacidad de autonomía personal y estas condiciones están justificadas en razones universales⁴⁴⁷. ¿Qué razón ética impide que todos sean seres igualmente merecedores de respeto, incluidos los titulares del *ius migrandi*?

Es más, nosotros nos preguntamos si es que la dignidad como principio informador de los derechos fundamentales es susceptible de gradación. ¿En qué medida se está justificando la regeneración del “Derecho penal del enemigo” cuando la confirmación del referente axiológico de la dignidad actúa de límite del libre disfrute de los derechos de extranjero? Si la dignidad es criterio hermenéutico de los derechos y ese sustrato axiológico resulta ser un parámetro flexible en función del origen de una persona, se está manipulando la naturaleza fundamental de los derechos que pueden ejercer quienes son calificados como extranjeros inmigrantes. En otras palabras, ¿qué naturaleza ética posee la nacionalidad y los intereses del Estado, argumentos principales que se aportan para la justificación de la diferenciación en el disfrute de derechos y que se exteriorizan bajo la apariencia del orden público?⁴⁴⁸ Es discutible.

Como afirmara Blázquez Martín, la cuestión que hay que discutir es si es relevante la nacionalidad como criterio de atribución diferenciada de derechos, para, en segundo lugar, si la respuesta es afirmativa, determinar si además de la nacionalidad, la regularidad administrativa es una segunda variable para justificar el trato diferente⁴⁴⁹. Pues bien, el trato diferente para quienes se distinguen de los demás por la condición de extracomunitario inmigrante no encuentra una justificación moral plausible si defendemos que las libertades de circulación y residencia son expresión de la capacidad de elección y

⁴⁴⁷ Sin embargo, cuando se trata de vincular libertad de circulación y libertad personal, el postulado de la *eleutheria* kantiana (el ser autónomo legitimado moralmente en su inmanencia ontológica), no es defendido unánimemente en la doctrina científica, a pesar de que autores como Pérez Luño y Alzaga hacen derivar esas libertades de la misma dignidad de la persona humana y del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Sobre la distinción normativa y conceptual entre libertad personal (art. 17 CE) y las libertades en cuestión, véase González-Trevijano, *op. cit.*, pp. 50 y 52-56.

⁴⁴⁸ Compartimos la opinión de De Asís Roig, R., cuando afirma que “no existen derechos que no tengan que ver con la dignidad humana”. Partiendo de que todo criterio de diferenciación tiene que tener en cuenta las razones morales que legitiman su establecimiento, una opción a favor de la cultura de los derechos es la igual dignidad humana como condición insuperable de la equiparación. “Derechos Humanos, Inmigración y solidaridad razonable”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, 2004, pp. 70-72.

⁴⁴⁹ Blázquez Martín, D., “La situación jurídica de los inmigrantes irregulares a la luz de los derechos humanos”, en Del Valle Gálvez, J., A., y Acosta Sánchez, M., Á. (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Cádiz, p. 165.

realización de una determinada idea del bien, que nadie sino sólo cada sujeto está legitimado para alcanzar, una idea que alcanza a la propia supervivencia del extranjero inmigrante⁴⁵⁰. Esta clave deóntica, lamentablemente no revalidada en el plano jurídico-positivo interno, no hace sino recordarnos que la ciudadanía se ha convertido en la categoría que justifica la discriminación de los extranjeros respecto de los nacionales en buen número de derechos, entre ellos por supuesto el derecho de libre circulación, residencia y trabajo.

Por el contrario, si como se ha puesto de relieve en su momento, el derecho a inmigrar –a poder entrar en un país– no es considerado un derecho humano, lo que se defiende habitualmente además de con argumentos jurídicos, con razonamientos de naturaleza política –vinculados de forma manifiesta al orden público–, económica, o cultural, ¿qué tipo de selección resultará admisible? Según De Asís Roig, dependerá del marco moral tomado por referencia, de la teoría de los derechos que se adopte, y de la situación concreta del país receptor⁴⁵¹. El citado autor aboga por reafirmar el papel de la solidaridad en esa elección. La cuestión es que esa apelación no termine por consolidar un Derecho de extranjería humanitario; una naturaleza que, a fin de cuentas, se sustenta en la permisón: ayudamos al otro, pero ¿reconocemos sus derechos? Los extranjeros inmigrantes no quieren la beneficencia, sino poder ejercer sus derechos. Estamos más de acuerdo con Colom González cuando señala que la diferenciación entre las esferas de las solidaridades comunitarias y la de los derechos individuales es también pertinente para dilucidar moralmente el derecho a la inmigración⁴⁵².

Aunque el derecho a la migración debería ser, en principio, reconocido como corolario del derecho a la libertad personal de circulación, es preciso dar un paso más⁴⁵³.

⁴⁵⁰ Cfr. García Manrique, “Los derechos de ciudadanía en la Carta europea de derechos”, *op. cit.*, p. 284.

⁴⁵¹ De Asís Roig, *op. cit.*, pp. 67 y 68.

⁴⁵² Colom González, *Razones de identidad. Pluralismo cultural e integración política*, *op. cit.*, p. 259.

⁴⁵³ Vitale defiende, desde una visión que sabe a utopía jurídica y política, el constitucionalismo mundial de los derechos universales, la idea de que migrar, no huir, constituye un derecho positivamente tutelado en el marco de una concepción cosmopolita de la nacionalidad. *Ius migrandi. Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*, *op. cit.*, p. 234. Más cauto se muestra Chueca Sancho, Á., G., cuando apuesta por el reconocimiento del *ius migrandi* como parte de la globalización jurídica positiva. “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, pp. 775-776.

El salto cualitativo pasa por admitir que el derecho no puede ser vaciado prácticamente de contenido porque es una cuestión de justicia para quienes también son seres humanos⁴⁵⁴. En este sentido, no podemos estar de acuerdo con autores como Pajares, cuando subraya que el problema no son los límites razonables que el derecho a inmigrar ha de tener sino que el problema es que no está reconocido en ningún sentido⁴⁵⁵. Precisamente son esos límites y su compleja justificación el principal problema.

La protección y garantía plena de la libertad personal y, en consecuencia, la consideración seria de la libertad de circulación como derecho fundamental del individuo, significaría afianzar, de un modo universal, ese *ius migrandi* provocando la caída del último privilegio de estatus vinculado a la nacionalidad de los países más ricos⁴⁵⁶. En el mundo globalizado en el que vivimos, resulta paradójico que la más elemental necesidad de una persona de poder desplazarse por causas tan primarias como la subsistencia se reconvierta en una potestad de orden público, más o menos rígida o flexible, en consideración a su origen. No existe una mayor distorsión del sentido de los derechos. En este sentido, concluye Vitale que “el derecho a la inmigración [...] puede representar el camino que ha de emprenderse y, al mismo tiempo, la frontera que cabe superar a fin de devolver el sentido a la titularidad y a la garantía misma de todos los derechos fundamentales en el mundo del constitucionalismo[...]⁴⁵⁷”.

Se plantea pues la necesidad de revisar el significado y las limitaciones impuestas a la realización de un derecho básico como el derecho a la libre circulación, sin olvidar nunca que su ejercicio ha de ser el resultado de una decisión libre y autónoma⁴⁵⁸. En el umbral del siglo XXI, ¿es tan utópica la reivindicación del viejo “*ius migrandi*” que, en un

⁴⁵⁴ En cualquier caso, el derecho de un Estado a impedir la entrada en su territorio debe basarse siempre en una razón específica, residiendo la responsabilidad de la prueba siempre en la reivindicación del derecho a no admitir a aspirantes a inmigrantes. Dummet, *Sobre inmigración y refugiados*, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁵⁵ Pajares Alonso, *La inmigración en España. Retos y propuestas*, *op. cit.*, p. 205.

⁴⁵⁶ Vitale, *op. cit.*, pp. 259-260.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, p. 261.

⁴⁵⁸ De Lucas Martín, “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, *op. cit.*, p. 29. La activación de la capacidad crítica de la persona, la autonomía como capacidad de reflexionar y de revisar eventualmente nuestras concepciones de la buena vida es contrapuesta por autores como Kymlicka a la de otras interpretaciones, como la posición kantiana en la que el ejercicio de la elección tiene valor en sí mismo, porque es el atributo humano más característico, o en la perspectiva de Mill en el que el valor de esa elección conduce a una ‘individualidad’. “Educación para la ciudadanía”, *op. cit.*, p. 270.

momento de nuestra Historia del Derecho, fue reconocido como un derecho de la Humanidad?⁴⁵⁹ La salud democrática de una sociedad se ha de medir por la capacidad de la autoridad moral de *todas* las personas para cuestionar y revisar cómo desean orientar sus vidas⁴⁶⁰. Este postulado constituye el núcleo central de la idea de los derechos, atribuibles a todos por igual, y es el que, a la vista de la naturaleza de las normas jurídicas examinadas, parece ser vulnerado.

El derecho a la libre circulación no puede seguir siendo considerado como una exclusiva y excluyente potestad pública, un mecanismo de inclusión excluyente del Estado⁴⁶¹. “Tomar en serio” el derecho a la libre circulación como derecho universal no pasa por una abolición de fronteras, sino por deconstruir el Estado de excepción y la cultura represiva que le acompaña; para ello es muy importante una legalidad internacional e interna no construida para hacer difícil la libre circulación sino para hacerla posible⁴⁶². La necesidad principal del extranjero inmigrante es ser liberado del “Derecho penal del enemigo” que se cierne peligrosamente sobre su persona⁴⁶³. El tono del discurso moral, a pesar de sus expresiones más o menos latentes, nunca ha podido paliar el reclamo del castigo paradigmático del inmigrante, su indefinición identitaria, tal como analizaremos en el capítulo quinto.

⁴⁵⁹ Chueca Sancho, “Ius migrandi y el derecho humano al desarrollo”, *op. cit.*, p. 194.

⁴⁶⁰ Como subraya Añón Roig, lo que nos interesa no es sólo la libertad sino el valor que podemos dar a la misma. “La multiculturalidad posible: La mirada del Derecho”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2003 (Ejemplar dedicado al *Seminario sobre ciudadanía europea y conflictos culturales (Valencia, 29 a 31 de octubre de 2003)*, [consulta realizada el 30 de diciembre de 2006], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_8.htm, p. 9.

⁴⁶¹ En todo caso, de lo que se trata es de advertir que cuando los Estados de la Unión Europea ejercen su prerrogativa para admitir o no a los extranjeros no pueden hacerlo desligados del marco de obligaciones que el orden internacional les impone para proteger a las personas con independencia de su nacionalidad. Remiro Brotóns, A., “Unión Europea: ¿sólo *cabezas rapadas* frente a inmigrantes *bravos*?”, en Lamo de Espinosa, E. (edit.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, 1995, p. 192-193.

⁴⁶² De Lucas Martín, “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, *op. cit.*, pp. 29- 33.

⁴⁶³ El debate sigue abierto, pero no deja de resultar contraproducente que el extracomunitario no beneficiario del Derecho comunitario sólo pueda realizar derechos como la vida familiar, el trabajo o la residencia previo cumplimiento de toda una serie de requisitos de orden administrativo, lo que sin duda viene a deslegitimar la categoría de los derechos.

Despejar las dudas que acechan a los derechos fundamentales, el respeto al sujeto de derechos por encima de cualquier ostentación de origen nacional, es la gran labor política, jurídica y sobre todo de concienciación pública, que han de afrontar los Estados en los albores del nuevo milenio⁴⁶⁴. El futuro de la cultura de los derechos que tanto ha costado erigir depende de ello⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Habría que desterrar esa máxima del modelo instrumental de inmigración que brillantemente apunta Lucas, o sea, la negación de la “posibilidad de ser inmigrante de verdad, esto es, libre en su proyecto migratorio –el que sea–, basado simplemente en la libertad de circulación”. De Lucas Martín, F., J., “Globalización, migraciones y derechos humanos. La inmigración, como *res política*”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 10, 2004 (Ejemplar dedicado al Seminario *Los emigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración, participación y derechos humanos. (Valencia, 27, 28 y 29 de octubre de 2004)*, [consulta realizada el 24 de agosto de 2006], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_10.htm, pp. 12-13.

⁴⁶⁵ La estrategia de “cierre de fronteras” de la Unión Europea es una política normativa que pone en riesgo esa cultura. *Cfr.* Martínez de Pisón Caveró, “La (no) política de inmigración y el Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 4.

CAPÍTULO II

LOS DISTINTOS GRADOS DE REALIZACIÓN DE LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN Y RESIDENCIA: LA COMPLEJIDAD DE LA FIGURA DEL NO BENEFICIARIO DEL DERECHO COMUNITARIO Y LA IDEA DE EXCLUSIÓN

I. LA INEXISTENCIA DE UN CONCEPTO UNÍVOCO DE EXTRANJERO

En el capítulo anterior hemos analizado el derecho a la libertad de circulación y residencia tal y como resulta estructurado en el plano normativo interno y en el Derecho comunitario. La idea principal expuesta en el mismo fue la centralidad de un “derecho de reserva”, clave en la política selectiva de los Estados y que sintetiza la naturaleza restrictiva de un ordenamiento jurídico como el de extranjería que se caracteriza precisamente por representar la síntesis del poder de excepción del soberano.

Partiendo de la premisa de que la diferenciación en el ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia es el resultado de un derecho de admisión, resulta necesario que realicemos una prospección relativa al alcance del sujeto de la admisión, es decir, de la noción de extranjero desde la perspectiva del Derecho de extranjería. La concepción de extranjero es inestable y compleja. Esa inestabilidad y complejidad son atributos de una noción que tiene un resultado inevitable: la diferenciación en la realización del derecho a la libertad de desplazamiento y de asentamiento. La noción de extranjero, al albur del Derecho de extranjería, sigue teniendo como parámetro constitutivo la nacionalidad, con los matices que observaremos en este capítulo¹. La nacionalidad no es un concepto unívoco². Entre otras acepciones, está su dimensión política, siendo el vínculo político-jurídico que liga a una persona con su Estado. Por otra parte, está su proyección jurídica, constituyéndose en la categoría que sigue impidiendo que la residencia tenga una proyección de futuro a medio y corto plazo precisamente porque es el único estatuto que

¹ La nacionalidad, como nos recuerda Harrison, se presenta como la base preponderante tanto del reconocimiento de derechos como de su denegación. “Reflexiones sobre el estudio de los derechos humanos y su fundamentación”, *op. cit.*, p. 25.

² Por todos, Moya Escudero, M., “Atribución de la nacionalidad española y declaración de nacionalidad con valor de simple presunción”, en *Aranzadi Civil*, nº 11, octubre 2007, p. 16.

garantiza el pleno acceso a la formación de la voluntad pública, aunque paradójicamente para el común de los extranjeros la adquisición de la nacionalidad española depende de la residencia³. Los conceptos de nacional y extranjero se mueven en una armónica antítesis porque sólo el primero es el punto de referencia obligado para concretar el segundo. Además, la nacionalidad es actualmente, por mucho que se discuta sobre la materia, la única fuente de atribución plena de los derechos.

El análisis subjetivo nos facilitará pasar a un estadio fundamental en nuestro estudio en posteriores capítulos: los criterios procedimentales y materiales de selección de los candidatos a ser miembro de la comunidad de acogida. En este capítulo expondremos la siguiente tesis: la estratificación jurídica de los extranjeros, en función del estatuto en el que son calificados en nuestra legislación de extranjería, es una perspectiva derivada del “derecho de admisión” de los Estados y una transposición de la lógica de la exclusión⁴. En este sentido, la figura del “no beneficiario del Derecho comunitario” en general, donde se califican desde los irregulares hasta los residentes permanentes, con las matizaciones que observaremos, sintetiza, desde el punto de vista jurídico, la complejidad de esa lógica que no admite *de suo proprio* soluciones categóricas⁵. Este complejo tratamiento jurídico es susceptible de ser analizado metodológicamente, para una mayor claridad expositiva, en función del grado de libertad de circulación y residencia realmente alcanzado. Se partirá de un postulado fundamental: no todos tienen derecho al desplazamiento en las mismas condiciones⁶.

Uno de los aspectos reseñables cuando se analiza el Derecho de extranjería es la *ausencia de univocidad* de la noción de extranjero. La pluralidad de significados es una

³ No se puede olvidar nunca que ser miembro de una nación es un beneficio, como recuerda O’Leary, B., “El diagnóstico de Gellner sobre el nacionalismo: una visión general crítica, o ¿qué sigue vivo y qué está muerto en la filosofía del nacionalismo de Gellner?”, en Hall, J. (edit.), *Estado y nación. Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo*, Cambridge, 2000, p. 106.

⁴ Como afirma Agamben, hay política porque el hombre es el ser vivo que, en el lenguaje, separa la propia nuda vida y la opone a sí mismo y, al mismo tiempo, se mantiene en relación con ella en una exclusión inclusiva. *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, *op. cit.*, p. 18.

⁵ Indudablemente, la premisa de partida es que la lógica de la inclusión/exclusión no es la misma para un residente permanente (que posee el derecho al trabajo) que para un residente temporal y, por supuesto, menos aún para un extranjero inmigrante en situación irregular.

⁶ La libre circulación de personas en la Unión Europea está sometida a limitaciones derivadas de la nacionalidad de sus beneficiarios. Ordóñez Solís, D., “Ciudadanos de la Unión, trabajadores no comunitarios y libre circulación: tendencias constitucionales y desarrollos jurisprudenciales en la Unión Europea”, en *Unión Europea Aranzadi*, vol. 29, nº 1, 2002, pp. 13.

consecuencia de la multiplicidad de estatutos jurídicos regulados en ese sector normativo por lo que, a pesar de la denominación genérica de Derecho de extranjería para aludir al conjunto de normas que configuran el régimen jurídico aplicable a los extranjeros, éste se integra *de lege data* por una diversidad de situaciones de extranjería⁷. Esta circunstancia se concreta, en el plano positivo, en una heterogénea regulación de condiciones de ejercicio de los derechos que traen causa en el contenido del derecho de libertad de circulación y residencia. La diferenciación en el disfrute de los derechos que tiene su origen en la libre circulación y residencia es la principal consecuencia de la ausencia de univocidad de lo que significa ser extranjero desde el punto de vista del Derecho de extranjería⁸. Podría postularse que se trata de diferentes “extranjerías” que no atienden sólo a la nacionalidad sino a circunstancias de hecho como los vínculos familiares, procedencia, compromisos políticos, etc., como veremos a lo largo de nuestro estudio y que dan fisonomía al significado complejo de esa condición personal⁹.

El concepto jurídico de extranjero, tal y como se sistematiza positivamente, viene a institucionalizar una secuencia estratificada de grados en función de la calificación administrativa que del mismo realiza el legislador. Lo que, en último término, nos lleva a considerar el Derecho de extranjería como un Derecho profundamente *desequilibrante, desigualitario y selectivo*. Su desequilibrio trae causa de la amplitud de requisitos jurídicos que impone; adolece de carácter *desequalitario* porque ofrece un tratamiento que no iguala a ninguna de las categorías que regula aunque exista identidad de hecho entre las mismas;

⁷ Por todos, Sánchez Jiménez, M., A., “La articulación del Derecho de extranjería”, *op. cit.*, p. 97; Carrillo Carrillo, B., “Cuestiones prácticas relativas a las condiciones de entrada de los extranjeros en España”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 23, 2005, pp. 145-149.

⁸ En este sentido, el entendimiento jurídico de la noción de extranjero es paralelo a su noción ética. Como afirmara Arendt, “‘el extranjero’ es un símbolo pavoroso del hecho de la diferencia como tal [...]”, *Los orígenes del totalitarismo*, *op. cit.*, p. 426. El tratamiento de esa diferencia, la calificación interminable de categorías de orden jurídico-administrativas, es una forma de perpetuación de la consideración de los derechos como un “privilegio” perfectamente administrado.

⁹ Véase Moya Escudero, M., “Delimitación del ámbito”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 61 y ss. “Extranjerías” que, como indica la autora, abarca leyes especiales, tratados internacionales y reglas específicas contenidas en legislación material concreta, reflejo de la complejidad de la materia, y cuyo estudio pormenorizado se extralimita del objeto de estudio de esta investigación. Por su parte, Sánchez Jiménez incide en el carácter de relatividad como consustancial al término “extranjero”, *op. cit.*, p. 98. Del mismo modo, Pomed Sánchez, L., reitera que la extranjería es un bloque jurídico no uniforme, un mosaico en el que sobresalen diferencias de muy notable calado. “Algunas consideraciones sobre la situación actual del derecho de inmigración en España”, en VV. AA., *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, 2004, p. 74.

incluso introduce especialidades que producen situaciones de privilegio. Por último, su naturaleza es selectiva porque su funcionalidad principal es la elección de los candidatos a formar parte de la comunidad de acogida.

En primer lugar, hay que analizar un aspecto crucial con el objeto de establecer ulteriormente las repercusiones ético-políticas derivadas de la sistemática de los criterios de extranjería en el ordenamiento interno: la definición jurídica que el Derecho de extranjería asigna a una situación personal que es determinante para delimitar el ámbito de aplicación de esa rama del ordenamiento y que trasciende cualquier significado unívoco. En efecto, el art. 1 de la Ley Orgánica 4 /2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, y reformada por LO 14/2003, de 20 de noviembre, es contundente en la consideración jurídica que merece la noción de extranjero: *todo aquel que carece de nacionalidad española*¹⁰. Indudablemente, esta afirmación legal, en contra de lo que *prima facie* pueda parecer, es poco clarificadora, en cuanto se remite seguidamente a lo que establezcan otras reglas jurídicas específicas y los instrumentos convencionales¹¹. Sin embargo, en el plano sociológico, la apertura de la calificación de extranjero que realiza la LOEXIS no ha podido desterrar completamente, y entendemos que no lo hará en el corto y medio plazo, la concepción referencial que identifica al extranjero con todo aquel que no posee la nacionalidad del país propio. La distinción inicial delimita el concepto en torno al estatuto jurídico de nacional tal y como está estructurado por el Derecho interno de nacionalidad (arts. 17 a 26 Cc)¹². En sede legislativa, se está otorgando una condición, con

¹⁰ BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000; BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000 y BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003, respectivamente.

¹¹ La cláusula de supletoriedad puede considerarse una reminiscencia de la resistencia de los Estados a perder su poder de calificación de la extranjería. En concreto, la dicción literal del art. 1.2. LOEXIS establece que “lo dispuesto en esta Ley, se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte”. En lo no previsto por los Tratados comunitarios regirá supletoriamente la legislación general de extranjería o, a los efectos que pudieran ser más favorables. Véase apartado segundo del artículo único, punto dos del RD 2393/2004, en relación con el art. 1.3 de la LOEXIS incorporado por LO 14/2003, de 20 de noviembre, y la disposición final cuarta, punto dos RD 240/2007, de 16 de febrero (BOE núm. 51, de 28 de febrero).

¹² Ley 36/2002, de 8 de octubre, de reforma del Cc en materia de nacionalidad (BOE núm. 242, de 9 de octubre de 2002). Un comentario a la citada reforma en Lara Aguado, Á., “Nacionalidad e integración social: (A propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre)”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2003, pp. 1444-1460; Fernández González-Regueral, M., A., “Comentario a la Ley 36/2002 de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad”, en *Actualidad Civil*, nº 2, 2003, pp. 519-528; Ferrer de la Puente, J., M., “La reforma del Código Civil en materia de nacionalidad”, en Bento Company, J., M. (dir.), *Cuadernos de Derecho judicial*, nº 16, 2003 (Ejemplar dedicado a: El registro de los actos del estado civil: su protección y garantía jurisdiccional), pp. 277-287; Linacero de la Fuente, M., A., “La nacionalidad: comentario a la ley 36/2002,

sus efectos en forma de derechos y obligaciones, que viene definida por la institucionalización de una opción jurídica que es la que realmente identifica a los extranjeros en nuestro ordenamiento: *la antítesis al nacional*.

El binomio nacional *versus* no nacional, o como también es denominado, español y no español, que adquiere carta de naturaleza *ex lege*, se contempla con independencia de la casuística que establece el Derecho de nacionalidad español¹³. La dicotomía de la génesis primaria de la diferenciación, basada en el vínculo jurídico-político de una persona física con una organización política llamada Estado¹⁴, de forma paradójica, permite que una persona que adquiera la condición de nacional por matrimonio con español –incluso con un año– tenga un estatuto jurídico de no extranjero, en contraposición a un residente permanente en nuestro país que no haya podido adquirir la nacionalidad española¹⁵. Sin embargo, la definición negativa de extranjero no está exenta de dificultades porque la adquisición o pérdida de la nacionalidad está condicionada por la múltiple casuística presente en el ordenamiento jurídico¹⁶.

de 8 de Octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad”, en *Revista de Derecho Privado*, nº 88, mes 7-8, 2004, pp. 412-442; Pérez de Vargas Muñoz, J., “La reforma del Código Civil en materia de nacionalidad por la Ley 36/2002, de 8 de octubre”, en González Porras, J., M. y Méndez González, F. P. (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. 2, 2004, pp. 3759-3790; Carrascosa González, J., “La Ley 36/2002, de 8 de octubre: nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 20, 2002, pp. 207-217; Sagarra e Trías, E., “Modificación de la regulación de la nacionalidad española en el Código civil”, en *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 102, nº 2, 2003, pp. 387-406; Gil Rodríguez, J., “Aproximación a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad: emigración e inmigración”, en *Revista del poder judicial*, nº 68, 2002, pp. 105-167; Requero Ibáñez, J., L., “Adquisición de la nacionalidad por residencia: análisis jurisprudencial del artículo 22.4 del Código Civil, la buena conducta cívica y el suficiente grado de integración”, en *REGAP: Revista galega de administración pública*, nº. 32, 2002, pp. 53-72.

¹³ Autores como Silveira Gorski, H., C., hablan de una “ciudadanía dual” para referirse a este par constitutivo, sobre todo en función de la dificultad de acceso de los extranjeros a la nacionalidad española. “Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en Bergalli, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, 2003, pp. 556 y ss. Esa dificultad tiene que ser matizada, en cuanto en el Derecho de nacionalidad español hay determinadas “preferencias” establecidas, aunque es cierto, que en materia de adquisición de nacionalidad por residencia entra en juego la acreditación de una buena conducta cívica y suficiente grado de integración (art. 22.4 Cc).

¹⁴ Esta definición está recogida en el inciso inicial del punto uno del Preámbulo de la Ley 36/2002, de reforma del Cc en materia de nacionalidad.

¹⁵ Cano Bueso insiste en que el Derecho de extranjería, un Derecho de una indudable dimensión interna, está construido sobre las diferencias de tratamiento en función de la nacionalidad. Cano Bueso, “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional”, *op. cit.*, p. 14. Por su parte, la negatividad presente en la equivalencia entre no nacional del Estado y extranjero, que plantea la interrogante de cuáles son los derechos y deberes de una persona extranjera, es objeto de la más temprana doctrina científica postconstitucional, véase Pérez Vera, “La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español: normas en materia de nacionalidad y extranjería”, *op. cit.*, p. 18.

¹⁶ Moya Escudero, “Delimitación del ámbito”, *op. cit.*, p. 56.

A este binomio tradicional nacional/extranjero, subdivisión permanente y duradera en el tiempo, se le han superpuesto sucesivos estadios de los que se infiere un mayor o menor grado de exclusión y desigualdad jurídica. De este modo, se ha introducido el par comunitario/extracomunitario, con las cautelas que se observarán a lo largo de este capítulo¹⁷. Y, sobre todo, se han añadido múltiples variantes dentro del mundo de los no comunitarios, cada uno con peculiaridades en el ejercicio de los derechos: nacionales de terceros países familiares de comunitarios o asimilados, nacionales de terceros países residentes, nacionales de terceros países en situación de estancia, nacionales de terceros países en situación administrativa irregular empadronados, nacionales de terceros países en situación administrativa irregular sin empadronar e incluso las especialidades puntuales que algunos Acuerdos de asociación de la UE con terceros países incluyen en su articulado¹⁸. En el plano conceptual cualquiera de estas polaridades representa una reproducción mimética del paradigma interior/exterior o, lo que es lo mismo, en ellas se refleja la cuestión de la exclusión desde los puntos de vista sociológico, ético y normativo¹⁹. En todo caso, no se puede olvidar que no existe un estatuto de extranjero unívoco y sistemático²⁰.

¹⁷ A título de ejemplo, como pone de manifiesto Rodríguez Barrigón, la convivencia de los conceptos “no ciudadano de la Unión” y “no nacional de un Estado miembro” pervive más allá de la identidad subjetiva general que representan. Rodríguez Barrigón, “La extranjería en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 174.

¹⁸ También podría distinguirse en esta clasificación estratificada, como subraya Solanes, dentro de la categoría de “irregular” al que tiene una orden de expulsión firme no ejecutada e incluso al que es susceptible de regularizarse por la vía del arraigo laboral y social. Solanes Corella, “Integración sin derechos: de la irregularidad a la participación”, *op. cit.*, p. 11.

¹⁹ Además, en el plano antropológico, la existencia de una transmisión global por parte del medio local, de adultos a niños, de las nociones de igualdad o de desigualdad de los roles humanos, perpetúa las actitudes colectivas resultantes en el plano de las relaciones interétnicas. Todd, *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, *op. cit.*, p. 39. Respecto a la idea de inclusión exclusiva nos remitimos a lo indicado en el capítulo anterior.

²⁰ La inexistencia de un Derecho sistemático de extranjería en la UE es defendida por autores como Moya Escudero, M., “Inmigración y ciudadanía de la Unión Europea”, en *Educación para la ciudadanía intercultural y democrática*, Madrid, p. 11, en prensa; de la misma autora, “Delimitación del ámbito”, *op. cit.*, p. 63; Soto Moya, “Las situaciones conyugales en el tráfico intracomunitario. Un modelo de relación entre el Dipro y el Derecho de extranjería”, *op. cit.*, p. 115 y ss. Las escasas expresiones normativas podrían apuntar en el medio y largo plazo a la dirección, pero actualmente no definen estructuralmente un estatuto de ciudadano extracomunitario que siquiera se aproxime al de ciudadano de la Unión. Martínez Abascal, *Ciudadanía social y políticas migratorias de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 106–118. En todo caso, como apunta Valle Gálvez, “un Derecho de Extranjería propio de la Unión Europea se impone como necesario por razones funcionales como políticas, un primer paso obligatorio para luego regular homogéneamente las situaciones y estatuto de los extranjeros que no cumplen los requisitos comunes”. “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, *op. cit.*, p. 148.

II. EL “BENEFICIARIO DEL DERECHO COMUNITARIO”

1. La salvaguardia del nacional del propio país

Cuando se discute sobre libre circulación de personas, desde el punto de vista político-normativo, tenemos que reiterar que su manifestación principal –el derecho de entrada y permanencia en el territorio– es una de las últimas potestades soberanas que poseen los Estados en estos tiempos de huída del marco nacional. Como consecuencia de la regla de soberanía, sólo el nacional posee un derecho *incondicionado* a desplazarse libremente y a residir en el país del que ostenta el título atributivo de la nacionalidad²¹. Esta diferencia es cualitativamente significativa en cuanto habitualmente se tiende a identificar comunitario y nacional sin puntualizar que *stricto sensu* el derecho de entrada, permanencia y salida es de naturaleza nacional y que sólo cada nacional en su respectivo país ostenta la plena facultad de desplazamiento y permanencia, con las limitaciones que establezca el legislador interno²². Aclaremos esta cuestión para dejar en evidencia que la libertad de circulación comunitaria no posee, en puridad legal, ese carácter incondicionado que posee el derecho a la libre circulación y residencia del nacional en su propio país²³. Y esto es así, en parte, porque la competencia comunitaria no se extiende más allá de su alcance: el marco de las libertades reconocidas que afecten a más de un Estado miembro²⁴.

²¹ Sobre el contenido del derecho, véase la STC 28/1999, de 8 de marzo, FJ7. Los derechos a fijar la residencia y a circular libremente por el territorio español pueden suspenderse, en virtud de lo establecido en el art. 55 CE, en los casos de declaración del estado de sitio o de excepción; también puede ser objeto de límites como consecuencia del ejercicio de otros derechos, como el de propiedad, o como consecuencia de la imposición de penas privativas o restrictivas de la libertad de movimiento. Respecto a ésta última limitación véase STC 85/1989, de 10 de mayo, FJ 2.

²² Aunque en la práctica los nacionales de los demás Estados miembros a los que, a efectos de libre circulación, se han equiparado los nacionales de otros países y sus familiares con carácter derivado, posean un derecho de permanencia en las mismas condiciones de ejercicio que los nacionales.

²³ Incluso derechos como la entrada o la residencia de hasta tres meses, para nacionales comunitarios, se hacen depender de la posesión de un documento de identidad o pasaporte válidos. *Cfr.* arts. 5.1 y 6.1 de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento y del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DOUE L 158, de 30 de abril) y art. 4.1 del RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28 de febrero). Por otra parte, el derecho a residir durante una estancia superior a ese periodo depende de una serie de requisitos establecidos en el ordenamiento (*cfr.* arts. 7 y ss. Directiva 2004/38/CE y art. 7 y ss. RD 240/2007).

²⁴ Un excelente estudio de la delimitación de la situación intracomunitaria de la libre circulación de personas en función del carácter político o económico de ésta en Soto Moya, *Las situaciones conyugales en el tráfico intracomunitario. Un modelo de relación entre el Dipro y el Derecho de extranjería*, *op. cit.*, p. 183 y ss.

Esta circunstancia hace posible jurídicamente que se establezcan limitaciones del derecho de residencia de los nacionales de Estados miembros en un Estado miembro distinto del propio por razones de orden público, seguridad pública o salud pública. Sin embargo, en la práctica, es poco probable que estas reservas deriven en una medida de expulsión del territorio por las cautelas establecidas en la norma comunitaria, puesto que, a diferencia de los extracomunitarios en general, todas estas limitaciones y condiciones actúan sólo en extremos excepcionales²⁵. Dificilmente la situación de un comunitario que resida más de tres meses en España y no disponga de trabajo y medios de vida va a ser calificada como una amenaza real, actual y suficientemente grave para el interés fundamental de la sociedad (párrafo segundo del art. 27.2 Directiva 2004/38/CE), si bien es cierto que puede dejar de gozar del derecho de libre circulación. Aunque no está del todo claro que el incumplimiento de los requisitos de permanencia en otro Estado miembro de un nacional comunitario o asimilado constituyan causa directa e inmediata de expulsión, la inobservancia sí implica el cese en la condición de residente como ciudadano comunitario y, por ende, la aparición de las normas generales de extranjería (art. 96.5 Regl. LOEXIS).

En este caso, la diferencia, en teoría, es radical. ¿Se pide a un nacional español que disponga de medios de vida suficientes para fijar su residencia?, ¿se le conmina a que acredite que no supone un peligro para el orden y seguridad públicas? La nacionalidad es una noción jurídica que colisiona con cualquier concepto jurídico indeterminado que se aplica a los no nacionales. Simplemente es que no entra en el pensamiento del legislador promulgar normas en las que se exija a los nacionales una prueba de no-perturbación de la seguridad nacional. ¿Por qué el nacional no puede ser expulsado de un país cuando se aprovecha de un estatuto jurídico para incidir en conductas que, siendo igual de reprochables, en otro caso son penalizadas con la salida del territorio del Estado?

El nacional que no ejercita la libertad intracomunitaria de circulación y residencia es un “protegido”; se constituye en la reserva jurídico-política del poder soberano de los Estados-nación individualmente considerados. El estrecho lazo entre ciudadanía y

²⁵ El RD 240/2007 establece una protección mayor (art. 15.c) que la normativa derogada [RD 178/2003] y exige la presencia de motivos graves de orden o seguridad pública. Al respecto, Blázquez Peinado, M., D., “La transposición en Derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 27, mayo/agosto 2007, p. 619.

nacionalidad nos recuerda que la ciudadanía jurídica sigue definiéndose por oposición a la categoría de extranjero²⁶. Otra cosa es que se postulen fórmulas de emancipación de la ciudadanía de la nacionalidad²⁷. La salvaguardia del nacional es el mecanismo de cierre del orden particularista de los derechos, un orden que resulta complementado con la calificación de “beneficiario de Derecho comunitario” cuando ejercita el derecho a la libre circulación y residencia en otro Estado miembro²⁸. El nacional es la categoría perfecta de la pertenencia, alguien que es “ungido” con la máxima capacidad de protección de la soberanía y que encuentra un espacio complementario de libre movilidad en el marco de ese *tertium genus* que es el “beneficio del régimen comunitario de libre circulación”; una categoría que transita entre nociones tan heterogéneas como las de nacional y extranjero.

El derecho de libre circulación y residencia se convierte en el principal referente de la idiosincrasia asociada al Estado-nación, del particularismo de los vínculos con una concreta organización jurídico-política²⁹. La nacionalidad es un concepto jurídico-político que delimita la capacidad de pertenencia civil de una persona. La pertenencia a una comunidad como la española es una *cualidad*, un *estado civil* de sujeto (ser español); los que carecen de ella *no son* españoles, *son extranjeros*³⁰. Ser nacional del propio país o ser nacional de otro país es la representación arquetípica de la dicotomía entre la plena libertad de realización de circulación y residencia y la sujeción a consideraciones de orden y seguridad públicas. La construcción de la idea de los derechos aparecerá siempre condicionada por la nacionalidad³¹.

²⁶ Nuestras democracias, como recuerda De Lucas Martín, F., J., han privilegiado la dimensión jurídica de la ciudadanía. “Integración política, participación y ciudadanía: un balance”, en *Entelequia: revista interdisciplinar*, nº 4 (ejemplar dedicado a: inmigración), junio 2007, p. 274.

²⁷ Una materia que excede el ámbito material de este estudio y de la que, sin duda, la doctrina científica ha ofrecido, sigue y seguirá ofreciendo múltiples propuestas.

²⁸ En puridad, la nación es un factor determinante de discriminación, en cuanto la diferencia de trato se deba simplemente a que la persona afectada sea un extranjero. García Álvarez, *El Derecho Penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, *op. cit.*, p. 66.

²⁹ La concepción particularista de las relaciones sociales y políticas se apoya en el principio de nación para excluir a los bárbaros y metecos. Blázquez Ruiz, F., J., “Derechos humanos, inmigración, integración: propuestas y reflexiones desde el ámbito de la filosofía política y jurídica”, en Zamora, J., A. (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración*. Primeras Jornadas sobre ciudadanía, multiculturalidad e inmigración organizadas por el Foro “Ignacio Ellacuría” Solidaridad y Cristianismo, Estella, 2003, p. 77.

³⁰ Albaladejo, M., *Derecho Civil, I*, volumen primero, Barcelona, 1996, p. 296.

³¹ De Asís Roig, “La participación política de los inmigrantes. Hacia una nueva generalización de los derechos”, *op. cit.*, p. 5.

La regulación jurídica de la nacionalidad, concebida legalmente como vínculo político y jurídico que liga a una persona física con su Estado, es una sanción del contrato del individuo con la sociedad³². Corresponde al Estado que la otorga, el establecer cuáles son los requisitos que se han de cumplir para que una persona sea considerada nacional de un Estado miembro³³. En otro caso, la apreciación unilateral por otro Estado miembro de la validez de la nacionalidad concedida por un Estado miembro podría comportar riesgos importantes a la delimitación del ámbito de aplicación personal de una de las libertades fundamentales como es la libre circulación de personas³⁴.

En el propio preámbulo de la Ley 36/2002 se especifica como objetivo legal facilitar la conservación y transmisión de la nacionalidad, una forma de garantizar la lealtad del individuo con la sociedad jurídico-política de la que es miembro, distinguiéndolo del extranjero en general³⁵. En todo caso, las causas de pérdida de la nacionalidad española previstas no dejan de obedecer a consideraciones particulares e inequívocas, de las que se presume que un miembro de la comunidad nacional putativa o coactivamente deja de serlo³⁶.

Las cláusulas típicas justificadoras de la *suprema potestas* de los Estados-nación, como la invocación permanente al orden y la seguridad, son una manifestación del poder de los Estados. El minimalismo moral de los derechos de libertad de circulación y residencia, en su realización efectiva, queda afectado por dos circunstancias clave: a) la *idolatrización* de la fiscalización del extranjero institucionalizada como política pública, y

³² Mediante la contingencia del acuerdo “la política, que se ha retirado a una esfera autónoma, puede disponer del orden jurídico, y puede incluso suspenderlo o deformarlo”, Barcellona, P., “El vaciamiento del sujeto y el regreso del racismo”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 120.

³³ Competencia que nunca se ha cuestionado ni en los Tratados ni en la jurisprudencia comunitaria. *Cfr.* STJCE de 7 de julio de 1992, as. 369/90, *Micheletti*, por todas.

³⁴ Olesti Rayo, A., “El derecho de desplazamiento y residencia del ciudadano europeo a la luz de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10, mayo 2005 [consulta realizada el 10 de agosto de 2006], disponible en portal www.iustel.com, p. 5. Sobre la ilimitada capacidad de los Estados miembros para determinar la nacionalidad, asimismo Closa, “Citizenship of the Union and nationality of member States”, *op. cit.*, pp. 509-514.

³⁵ Un interesante análisis del concepto de lealtad nacional en la doctrina científica española en Calsamiglia, A., *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, 2000, p. 89 y ss.

³⁶ Véase arts. 24 y 25 Cc.

b) la desactivación práctica de los mecanismos de protección de los derechos, especialmente cuando se trata de garantizar la tutela judicial efectiva de los extranjeros en situación irregular.

La naturaleza legal fundamentada en la primacía del *interés público* refleja el totalismo de un sistema que, si bien suavizado en la práctica jurisprudencial, se justifica en la ausencia de fin moral alguno que no sea la asepsia de la continuidad del sistema como conjunto. Distinguiendo entre sujetos en razón de la aplicabilidad o no de esas cláusulas y de la intensidad en su ejecución, se está estableciendo un orden estratificado de ciudadanos. Por supuesto, aunque sea con una excepcional y ponderada coerción, los nacionales comunitarios, fuera de su país, no escapan a esta amenaza.

Los derechos de libertad de circulación y residencia se constituyen como potestades que hay que “ganarse día a día”, unos derechos con una proyección sujeta al riesgo del “rechazo” de quien los permite. Cabe preguntarse si la forzada necesidad de atender a los compromisos que nuestro país asumió con el ingreso en la CEE y posterior UE, cuando han transcurrido más de veinte años, ha conseguido alterar la imagen colectiva tradicional del nacional como sujeto “privilegiado”, uno de los “nuestros”, y del extranjero como un individuo digno de ser sometido a “vigilancia” precisamente por no ser nacional del país donde reside.

No parece que ese imaginario haya desaparecido del todo³⁷. En el fondo, lo característico de todo individuo como ser autónomo es su afirmación por oposición a los *otros*³⁸. En esta máxima subyace la idea de *exclusión*. Lo cierto es que, sobre todo a raíz de la llegada progresiva de extracomunitarios, el concepto de extranjero se ha desplazado, especialmente por necesidades prácticas, hacia un nuevo “bárbaro”³⁹. El binomio tradicional nacional/extranjero, subdivisión permanente y duradera en el tiempo, como

³⁷ La imagen negativa sobre la que se construye al “otro”, desde el punto de vista sociológico, se extiende incluso a niveles inferiores a la nacionalidad, como la vecindad, etc. Un estudio exhaustivo sobre las “imágenes” que subyacen en las políticas públicas con las que se construye a las y los inmigrantes, en Agrela Romero, *Análisis antropológico de las políticas sociales dirigidas a la población inmigrante*, op. cit., pp. 305-420.

³⁸ Cfr. Frankenberg, G., “Civil Society and Social Justice”, en Walzer, M. (edit.), *Toward a Global Civil Society*, Oxford, 2002, p. 197.

³⁹ El término “bárbaro” ha sido utilizado desde antiguo para referirse a los que son diferentes de nosotros.

expresamos *supra*, se ha hecho más complejo pero, en ningún caso, ha desterrado el fundamento de la nacionalidad, ese vínculo con una comunidad jurídico-política que atribuye a su titular una serie de derechos, en resumen, un instrumento de delimitación de libertades como las que son objeto de estudio en este trabajo⁴⁰.

La línea de separación entre el “nosotros” y los “otros” (entre el nacional y el extranjero *sensu lato*) es una frontera simbólica donde se precipitan todas las diferencias⁴¹. De acuerdo con Agrela Romero, “en este ejercicio identitario se tiende a generalizar y a homogeneizar a *los otros*, tomando una parte por el todo, describiendo y elaborando la identidad negativa del *otro* en contraposición con la positiva que caracteriza al *nosotros*”⁴². Es una línea imaginaria donde lo distinto se hace objeto de discriminación y de selección⁴³. La distinción nacional/extranjero se convierte *ipso facto* en una presunción de ilegitimidad en materia de residencia, de libre circulación y de derechos; a fin de cuentas un subsistema que reproduce miméticamente las condiciones del orden social. Toda la filosofía del denominado “interés público” responde a este parámetro⁴⁴.

2. La pertenencia comunitaria y la delimitación de extranjero.

Teniendo siempre presente que el derecho a la libre circulación y residencia es una representación fidedigna del poder que ostentan los Estados para diferenciar entre sus

⁴⁰ “El concepto de ciudadano ha sido el elemento básico que ha servido al Estado para construir fronteras exteriores e interiores y para establecer criterios de pertenencia que son, por otra parte, criterios de exclusión [...], y se opera un cambio tal que los derechos se convierten en una variable dependiente de la regla de la exclusión”. Añón Roig, M., J., “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”, en De Lucas Martín, F., J., (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, 1999, p. 49.

⁴¹ La consideración de frontera determina que el Derecho de extranjería se configure desde la óptica del conflicto. Oliván López, F., “El extranjero y lo nacional”, en *Diccionario crítico de Ciencias Sociales*, [consulta realizada el 28 de septiembre de 2006], disponible en http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/E/extranjero_nacional.htm.

⁴² Agrela Romero, *Análisis antropológico de las políticas sociales dirigidas a la población inmigrante*, *op. cit.*, p. 306.

⁴³ El sujeto político que se sintetiza en la declaración de un “nosotros” es la expresión de una relación determinada entre inclusión y exclusión. Ranciére, J., “Ciudadanía, cultura y política”, en Elbaz, M., y Helly, D. (dir.), *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*, Granada, 2002, p. 80.

⁴⁴ El límite absoluto en materia de restricciones del derecho a la libre circulación y residencia que distingue a un ciudadano nacional de un extranjero es la doble prohibición para los poderes públicos de expulsión de sus ciudadanos del territorio nacional y de impedir la entrada de los mismos en el territorio nacional. Linde Paniagua, “La libre circulación de los trabajadores *versus* libre circulación de las personas. La ciudadanía europea”, *op. cit.*, p. 24.

nacionales y los “otros”, el artículo 1 LOEXIS antes mencionado articula una segunda diferencia, que complementa y se superpone a la tradicional divisoria entre nacional y extranjero. Así, refrenda de forma implícita la *falta de consideración de extranjero de los comunitarios*, a los efectos de la aplicación de la legislación de extranjería, en general, y de las normas de libre circulación y residencia, en particular⁴⁵.

Partiendo de la premisa fundamental de que no existe un estatuto legal que regule de forma completa la “extranjería” en el nivel comunitario, sino un conjunto de normas que atienden, de modo nada sistemático, a la preservación del espacio de libertad, justicia y seguridad (la garantía de la libre circulación, el control de fronteras, *inter alia*), podría pensarse que los nacionales de terceros países pasan a ser los verdaderos extranjeros por su situación diferencial respecto a los ciudadanos comunitarios, concentrando los caracteres de negatividad y exclusión que adjetivan a la noción en sí: la persona que carece de la nacionalidad de un Estado miembro⁴⁶. Sin embargo, se ha instituido una gradación en el ejercicio de la libre circulación y residencia atendiendo a la situación de la persona respecto a las normas de Derecho comunitario, hasta el punto de que podemos hablar de “beneficiarios” y no “beneficiarios” del Derecho comunitario de libre circulación⁴⁷. El libre desplazamiento por el territorio de la UE, y lo peor, las condiciones de realización de los derechos, se verá afectado por esta “escisión” normativa⁴⁸.

Asistimos, pues, a la institucionalización jurídica de una nueva noción de “comunitario” a efectos de libre circulación. La divisoria principal entre nacional y extranjero, en el contexto de la Unión, se delimita en función de la atribución o negación

⁴⁵ Una consideración que, desde el punto de vista antropológico, representa la realización de una igualdad limitada al nuevo “universo blanco” constituido por los comunitarios y afines.

⁴⁶ Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 41-48. Por su parte, para Moya Escudero hay que dilucidar quién es ciudadano de la Unión para determinar quién es extranjero en la Unión, partiendo de la idea de que no todo inmigrante es extranjero. “Inmigración y ciudadanía de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 3, en prensa.

⁴⁷ El derecho de entrada y residencia es un derecho que es conferido directamente por el Derecho comunitario europeo a quienes se benefician del mismo, y que, como ha expresado en numerosas ocasiones el TJCE, es declarado por las autoridades competentes de los Estados miembros. Olesti Rayo, “El derecho de desplazamiento y residencia del ciudadano europeo a la luz de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo”, *op. cit.*, p.1.

⁴⁸ Zapata Barrero, en sentido paralelo, nos habla de la situación asimétrica entre “europeos” y “nacionales de terceros países” (que el autor denominado “*euroextranjeros*”) en sentido lato. “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, *op. cit.*, p. 164 y ss.

jurídica de la condición de “beneficiario del Derecho comunitario”⁴⁹. Este concepto ha superado la tradicional catalogación de extracomunitario, al permitir que parte de éstos puedan disfrutar del mismo régimen de ejercicio del derecho a la libre circulación que los nacionales de Estados miembros y escapar, por ende, de los onerosos requerimientos previstos en la legislación común de extranjería⁵⁰.

La ampliación de la noción de “comunitario” introduce un nuevo patrón especular en cualquier idea relativa al alcance del concepto de extranjero. La calificación del “nuevo” extranjero es una consecuencia de la inexistencia de la titularidad del derecho a la libre circulación, sea a título originario o derivado. En otras palabras, la línea divisoria de la extranjería se establece en el intersticio que separa lo que es la titularidad de este derecho de la simple autorización a ejercerlo⁵¹. Las meras formalidades contenidas en el RD 240/2007 están muy lejos de poder ser calificadas de impedimentos al ejercicio del derecho; más bien pueden ser consideradas como deber cívico⁵². De hecho, el incumplimiento de las mismas sólo dará lugar a las sanciones pecuniarias que procedan, nunca podrán ser causa de medidas limitativas del derecho (apartados 7 y 8, art. 15).

¿Quiénes son los titulares del derecho a la libre circulación y residencia?⁵³ En primer término, el “beneficiario” del régimen intracomunitario de libre circulación y residencia es el nacional de Estado miembro de la Unión, a los que se han asimilado, a los efectos que nos conciernen, los nacionales de alguno de los Estados que forman parte del Acuerdo

⁴⁹ Entendiendo que ese “beneficio” significa que el régimen especial de entrada, permanencia y salida que establece la Directiva 2004/38/CE y normas concordantes es la *ratio* jurídica distintiva entre personas, a efectos de libre circulación y residencia, en función de la acreditación o no de una condición nacional o, en su caso, familiar.

⁵⁰ Véase Arce Jiménez, E., “Los familiares extranjeros del español en el Derecho de extranjería (libertad de circulación y residencia en el nuevo ‘espacio de libertad, seguridad y justicia’)”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, 2006, nº 12, pp. 29-30.

⁵¹ Sin embargo, la delimitación del alcance personal del derecho de libre circulación no siempre es una tarea fácil, como puso de manifiesto la STJCE de 19 de octubre de 2004, As. C-200/02, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*. Véase al respecto *infra* nota al pie 139 de este mismo capítulo.

⁵² Para el ejercicio del derecho de residencia durante más de tres meses se estará obligado a solicitar un certificado de registro o una tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, según proceda (art. 3.3 RD). *Cfr.* además las instrucciones DGI/SGRJ/2007 de fecha 22 de marzo, de aplicación del citado RD, disponibles en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/legislacion/InstrMTASCom.pdf> [consulta realizada el 29 de septiembre de 2007].

⁵³ El derecho a la libre circulación es un derecho de desplazamiento que, en el nivel comunitario, se produce al territorio de otro Estado miembro, con la intención definida de trabajar, estudiar o residir.

sobre el Espacio Económico Europeo y no son miembros de la UE⁵⁴ y también los nacionales de la Confederación Suiza⁵⁵. En segundo lugar, ciertos familiares de los anteriores con independencia de su nacionalidad; es decir, resulta indiferente que sean nacionales comunitarios o asimilados o de terceros Estados, en éste como en el caso anterior siempre dejando a salvo la cláusula de norma más favorable⁵⁶. En tercer y último lugar, teniendo en cuenta que los supuestos que excedan del ámbito de aplicación del Tratado sí podrán dar lugar a tratamientos discriminatorios por parte de los Estados, en la medida en que se trata de supuestos no regidos por el Derecho comunitario⁵⁷, se ha previsto como efecto de “choque” contra la discriminación inversa la inclusión en ese ámbito del familiar del ciudadano español⁵⁸.

Precisamente, la discriminación inversa pretende la equiparación en derechos de los nacionales en aquellos supuestos en que no existe conexión comunitaria⁵⁹. De hecho, esta situación de equiparación no es más que el resultado de la combinación de dos factores:

⁵⁴ El citado Acuerdo, de 2 de mayo de 1992 (DOCE L 1, de 3 de enero de 1994) fue ratificado por España el 26 de noviembre de 1993 y entró en vigor el 1 de enero de 1994 (BOE de 25 de enero de 1994). Hace extensivo el régimen de libre circulación a los nacionales de Noruega, Islandia y Liechtenstein.

⁵⁵ Acuerdo sobre libre circulación de personas entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros con la Confederación Suiza, de fecha 21 de junio de 1999 (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2002), que entró en vigor el 1 de junio de 2002 (DOCE L, nº 114, de 30 de abril de 2002).

⁵⁶ La “extensión” del Derecho comunitario a no nacionales de Estados miembros o asimilados, en puridad técnica, sólo se refiere a las normas sobre libre circulación de personas y residencia, entre ellas por supuesto las que afectan al libre establecimiento y prestación de servicios, y las relativas al derecho al trabajo (de éste último se exceptúa a los descendientes mayores de veintiún años que vivan a cargo, y a los ascendientes a cargo (sean directos, del cónyuge o de la pareja registrada).

⁵⁷ Janer Torrens, J., D., “El ámbito de aplicación personal del principio de no-discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, nº 14, enero-abril 2003, p. 311. Como ha declarado la jurisprudencia del TJCE, el derecho a la libre circulación conferido por el Derecho comunitario no puede invocarse cuando no se ha ejercitado el mismo dentro de la Comunidad (STJCE de 5 de junio de 1997, as. C-64/96 y C-65/96, *Uecker y Jacquet*, FJ 24).

⁵⁸ Con independencia de su nacionalidad, tal y como prevé la D.A. vigésima del RD 2394/2004, introducida por el RD 240/2007, con la excepción prevista en su punto dos. Se ha de tener presente también que, en principio, el nacional de un Estado miembro cuyo cónyuge fuera nacional de un tercer país y que no ejerce la libre circulación queda excluido del ámbito de aplicación del Derecho comunitario y se rige por el Derecho interno. Véase Olesti Rayo, “El derecho de desplazamiento y residencia del ciudadano europeo a la luz de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo”, *op. cit.*, pp. 7-8.

⁵⁹ Soto Moya, *op. cit.*, p. 213 y ss. Puede consultarse al respecto la bibliografía que la autora cita en notas a pie 472 y 473 de la misma obra. El problema, como indica la misma autora, radica en que el legislador español ha optado por discriminar inversamente a sus propios nacionales aplicándoles en algunos supuestos un régimen más restrictivo. “Acceso al mercado laboral español de los familiares nacionales de terceros Estados de españoles y comunitarios (análisis de las novedades introducidas por el RD 240/2007, de 16 de febrero)”, en *Diario La Ley*, nº 7001, 31 de julio de 2008, p. 5.

los límites inherentes a la aplicación de las reglas del Tratado relativas a la libre circulación, y la potestad de los Estados de regular aquellas situaciones que se desenvuelven íntegramente en el interior de sus fronteras⁶⁰. La relación entre discriminación inversa y situaciones puramente internas es directamente proporcional: cuantas mayores situaciones puramente internas, mayores posibilidades de producirse una discriminación inversa⁶¹. Lo importante es que la ciudadanía europea sirva como instrumento para dar una interpretación lo más amplia posible al principio de no-discriminación por razón de nacionalidad, superando la diferencia entre nacionales “sedentarios” y “nómadas”⁶².

Todas las demás personas son consideradas como no titulares del derecho y, por consiguiente, no entran dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario de libre circulación. En definitiva, se ha establecido una gradación con fundamento en la inclusión o no en el régimen comunitario de libre circulación y residencia. Solo a partir de esta divisoria es posible entender lo que significa ser extranjero en el espacio europeo. Sin embargo, el tratamiento jurídico no es tan radical y tajante como pudiera parecer *prima facie*. Los aparentemente excluidos tienen particularidades en atención al estatus propio que ostenten (refugiado, asilado, desplazado, acogido, residente permanente, menores no acompañados, mujeres embarazadas, víctimas del tráfico de inmigrantes, etc.)⁶³.

Además, existen diferencias de matices en la regulación de las condiciones de estancia y permanencia de los “beneficiarios del Derecho comunitario”, principalmente en función de dos factores, la naturaleza originaria o derivada de la titularidad del derecho y la posesión de una nacionalidad de tercer Estado como se verá seguidamente. No obstante, estos contrastes en nada se asemejan al flagrante control administrativo y policial al que es

⁶⁰ Gardeñes Santiago, M., “Reconocimiento mutuo y discriminación a la inversa”, en VV. AA., *La UE ante el Siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, 2003, p. 225.

⁶¹ Sarmiento, D., “Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española”, en *Civitas. Revista española de Derecho europeo*, nº 15, 2005, p. 381.

⁶² Janer Torrens, *op. cit.*, p. 318.

⁶³ Véase Fernández Sánchez, “Los límites jurídicos en la lucha contra la inmigración ilegal”, *op. cit.*, p. 567. Teniendo en cuenta que nuestro estudio se centra en el extranjero inmigrante laboral, no podemos entrar a analizar todo ese conjunto de especialidades que tienen su reflejo en las particularidades del estatuto personal de cada uno de esos colectivos; una materia que, sin duda, podría ser objeto de otra investigación.

sometido el extracomunitario excluido del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/38⁶⁴. Siendo una de las finalidades principales de esta Directiva la protección de la unidad familiar, los supuestos personales previstos en la misma se complementan con un régimen de protección contra la expulsión o la denegación de entrada, que quedan sujetas al principio de proporcionalidad en su ejercicio teniendo en cuenta la defensa de la integración de la familia que se infiere de la citada norma⁶⁵.

Derechos fundamentales como la libertad de circulación y residencia aparecen seriamente afectados, hasta el punto de quedar desvirtuados en función *principalmente* de la acreditación o no de la condición subjetiva de la existencia de lazos parentales con un comunitario o asimilado. La categoría de beneficiario, por exclusión, condensa la metamorfosis del rol canónico del nuevo “no nacional” en el que el otro se distingue por la inexistencia de vinculación familiar con nacional comunitario. Subrayamos lo de principalmente, puesto que hay que tener en cuenta, además, que la consideración de “no beneficiario del Derecho comunitario” se extiende a aquellos supuestos en los que, entre otros aspectos, se pretenda ejercer un derecho de residencia superior a tres meses y no se cumpla alguno de los requisitos previstos en la Directiva 2004/38/CE, o no se ostente la condición de miembro de familia a la que la citada norma extiende su ámbito de aplicación personal⁶⁶.

Indudablemente, esta línea de separación introduce una nueva forma de interpretación en la aplicación de un derecho como la libertad de circulación y residencia en función de las circunstancias de parentesco. Hasta hace algunos años, y como efecto de nuestra incorporación a la UE, ser no nacional, desde la perspectiva interna, significaba que asumiéramos la nueva categoría de “comunitario” como el par dialéctico que adoptaba la

⁶⁴ Lo que nos aleja de esa idea de ciudadanía cada vez más “social” y menos estrictamente jurídica y política de la que nos habla Arango Villa-Belda, J., en “Ciudadanía: la llamativa popularidad contemporánea de una vieja noción”, en *Circunstancia: revista de ciencias sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, año 4, nº 10, 2006, [consulta realizada el 20 de octubre de 2007], disponible en [http://www.fog.es/circunstancia/numero 10/art5.htm](http://www.fog.es/circunstancia/numero%2010/art5.htm).

⁶⁵ Véase al respecto considerandos 4, 5, 6, 22 y ss. y art. 27.2 Directiva 2004/38/CE. En el plano doctrinal, incide en la materia, *inter alia*, Carlier, J., I., “Le devenir de la libre circulation des personnes dans l’Union Européenne: regard sur la Directive 2004/38”, en *Cahiers de Droit Européen*, vol. 42, nº 1-2, 2006, pp. 17 y 34.

⁶⁶ Todo ello sin perjuicio de las facilidades que puedan dar facultativamente los Estados miembros de acogida para la reunificación de los familiares que no entren en la calificación de miembro de familia (art. 3.2 Directiva 2004/38/CE).

posición del nacional en el clásico binomio nacional *versus* no nacional, siempre con las puntualizaciones que se puedan objetar respecto a los derechos políticos.

De este modo, el ordenamiento interno, forzado por la pertenencia a la Unión Europea, viene a reformular y restringir subjetivamente el concepto jurídico de extranjero, por cuanto el efecto de las normas generales de extranjería “cede” ante la aplicación del Derecho comunitario. Como efecto de nuestra integración en la Unión Europea el ordenamiento comunitario se superpone y es prioritario al Derecho nacional de extranjería en todo lo que sea más favorable, institucionalizando una palmaria fractura jurídica en razón del origen nacional de la persona⁶⁷. La delimitación de la noción de extranjero no significa que las decisiones en materia de entrada y permanencia en el territorio de un Estado hayan dejado de ser competencia de éste, aunque es cierto que el legislador comunitario ha adquirido una significativa competencia: la libre circulación intracomunitaria⁶⁸.

La naturaleza *intracomunitaria* de las libertades comunitarias, en general, y de la libertad de circulación y residencia, en particular, es el criterio de partida material, aunque más cuestionado de lo que pudiera parecer *prima facie*, de la aplicación del concepto de “beneficiario”⁶⁹. La situación intracomunitaria define, desde el punto de vista material, al derecho a la libre circulación y residencia tal y como es reconocido en el marco

⁶⁷ Entre otros, Quirós Fons, A., “Familiares extracomunitarios, protagonistas del RD 178/2003. Futura incidencia de la propuesta de Directiva sobre libre circulación”, en *Migraciones*, nº 15, 2004, p. 225; Marín Gámez, “Una visión de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros en España”, *op. cit.*, pp. 50-51.

⁶⁸ Sintéticamente, el TUE establecía un criterio material de distribución de competencias. El Estado seguiría asumiendo la competencia sobre orden público y la seguridad interior. La competencia exclusiva de la Comunidad Europea se extendería sobre el régimen jurídico de la libre circulación de los nacionales de los Estados miembros. Por todos, *cfr.* Jiménez de Parga Maseda, *El derecho a la libre circulación de personas físicas en la Europa comunitaria: desde el Acta Única Europea al Tratado de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 213 y ss. El Tratado de Ámsterdam realizó una reordenación institucional y jurídica de la UE, *comunitarizando* determinadas materias excluidas hasta ese momento del primer pilar como el asilo, la inmigración y la cooperación judicial en materia civil, redefinió el tercer pilar dándole un nuevo nombre (“disposiciones sobre cooperación policial y judicial en materia penal”), y concepción, e integró la normativa Schengen en el marco de la UE. Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, *op. cit.*, pp. 141-142.

⁶⁹ Para aplicar el Derecho comunitario es necesario, en la mayoría de los casos, un “referente comunitario”, algún elemento de contacto con otro Estado miembro. Sin embargo, por lo que respecta a la libre circulación de personas, esta conexión es variable. Es la peculiaridad de esta libertad frente a las demás proclamadas en el TCE y que tiene su razón de ser en el carácter ambivalente de la citada libertad, según se contemple desde la perspectiva económica o política. Soto Moya, *op. cit.*, p. 183.

comunitario. Con las cautelas que se puedan adoptar, con esta afirmación queremos poner de relieve que a la tradicional situación interna se superpone, con diversas consecuencias jurídicas en el estatuto personal del extranjero, el ejercicio de la movilidad intracomunitaria. La pertenencia a la Unión y, por ende, la aplicación de un Derecho que considera como “cuasi-nacional” al nacional de otro Estado miembro introduce una nueva forma de pensar la extranjería, en la que el legislador interno pierde capacidad de establecer el ámbito subjetivo de la norma⁷⁰. La confirmación del supuesto “intracomunitario” viene a actuar como cláusula de cierre del sistema comunitario de libertades económicas, en general, y de libre circulación de personas, en particular⁷¹. Es una forma de protección que sin producir directamente nuevas “extranjerías” condiciona la regulación de esta clásica materia estatal⁷².

En el fondo, se están institucionalizando nuevas formas de diferenciación entre personas en razón de su origen, con la agravante de que el fundamento de esa distinción reside en el ejercicio de libertades de naturaleza económica, dogma de la construcción europea⁷³. Esa diferenciación reformula el esquema binario (nacionales-extranjeros) sobre el que se construyó nuestra Constitución⁷⁴. La sujeción a ordenamientos distintos implica de *lege data* la aplicación de un Derecho *sui generis*, enormemente desequilibrante en cuanto a condiciones de realización de los derechos y que paradójicamente introduce

⁷⁰ En este sentido, son decisiones que, sin dejar de ser nacionales, se ven afectadas por las normas comunitarias. Al respecto véase Murillo de la Cueva, “Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español”, *op. cit.*, p. 17.

⁷¹ Siempre teniendo en cuenta que el desplazamiento a otro Estado miembro no será siquiera necesario cuando se habla de la libre circulación de personas como libertad política, en la que entrará en juego la nacionalidad como elemento suficiente para determinar la aplicación de las normas de Derecho comunitario. Soto Moya, *op. cit.*, p. 195.

⁷² La ausencia de elemento transfronterizo podría originar algunos desequilibrios. ¿Qué ocurre, por ejemplo, con el derecho a la reagrupación familiar del nacional que nunca ha ejercido una libertad comunitaria? Si se le excluye por esta causa del régimen comunitario, ¿no se está refrendando una discriminación a la inversa? El problema no ha encontrado solución en la Directiva 2004/38/CE pero sí, en el nivel interno, en el RD 240/2007, de 14 de febrero (DF tercera) para los nacionales de terceros países familiares de nacionales españoles.

⁷³ Por ello, cuando se trata de no situar en idéntica posición de poder a los sujetos morales, el problema de la justificación de la diferenciación positiva debe atender y operar desde los distintos tipos de igualdad y desde las circunstancias que están en juego. De Asís Roig, “Sobre la discriminación positiva: especial referencia al Derecho Europeo”, *op. cit.*, p. 43.

⁷⁴ Pérez Vera, “De los españoles y extranjeros”, *op. cit.*, p. 85.

nuevos matices de pluralidad y desigualdad en el estatuto jurídico de la ciudadanía, incluso entre los propios sujetos a los que resulta de aplicación⁷⁵.

La superposición de las restricciones nacionales, presente en el ordenamiento interno con la asociación de la ciudadanía a la nacionalidad, se ha traducido, en el plano jurídico-político comunitario, en la creación del estatuto de *ciudadanía europea*, una categoría jurídica que crea un catálogo de derechos conexos a la condición de “ciudadano de la Unión” pero que, de forma coetánea, ha profundizado en la idea de separación de los ciudadanos que habitan en el territorio UE⁷⁶. Y es que empezar a hablar hoy de ciudadanía en la Unión Europea es hablar de una ciudadanía fragmentada o compartimentada⁷⁷. Es decir, una ciudadanía pensada políticamente para los nacionales de Estados miembros y que es la culminación avanzada del desarrollo de las libertades comunitarias⁷⁸. El estatuto

⁷⁵ La imposibilidad de alcanzar la igualdad de oportunidades con una aproximación legal restricta, es una cuestión abierta. Miller, D., “Liberalism, Equal opportunities and cultural commitments”, en Kelly, P. (edit.), *Multiculturalism reconsidered: “Culture and equality” and its critics*, Cambridge, 2002, p. 58.

⁷⁶ Los acuerdos del Tratado de Maastricht han profundizado la diferencia de estatus entre migrantes de otros Estados miembros de la Unión Europea y de terceros Estados, Bauböck, “Lealtades rivales e inclusión democrática en contextos migratorios”, *op. cit.*, p. 53. Sobre el concepto de ciudadanía europea, puede verse, *inter alia*, a Hall, S., “Loss of Union”, en *European Law Review*, vol. 1 /1996, pp. 129-143; Tung-Läi, M., “L’Europe de citoyens: des droits économiques á la citoyenneté européenne”, en *Revue du Marche Unique Européen*, vol. 2, 1995, pp. 97-122; Pérez Vera, E., “Citoyenneté de l’Union Européenne, nationalité e condition des étrangers”, *Recueil des cours*, vol. 261, 1996, pp. 243-425; *idem*, “La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht”, en Pérez González, M. (coord.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 1123-1148; Closa, C., “The concept of Citizenship in the Treaty on European Union”, en *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, pp. 1137-1169; *idem*, “Citizenship of the Union and Nationality of Member States”, *Common Market Law Review*, vol. 32, 1995, pp. 487-518; Dollat, P., *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne: enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998; Blázquez Peinado, M., D., “Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: de Maastricht a Amsterdam”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero/junio, 1998, pp. 261-279; Rodríguez Barrigón, J. M. *La ciudadanía de la Unión Europea*. Madrid 2002; Pérez Martín, E., *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía europea*, Madrid, 2003; Fraile Ortiz, M., *El significado de la ciudadanía europea*, Madrid, 2003; Adam Muñoz, M^a D., *Nacionalidad, extranjería y ciudadanía de la Unión Europea*, Madrid, 2005; Núñez Encabo, M., *Constitución europea y derecho de ciudadanía*, Madrid, 2005; Jiménez de Parga Maseda, *El derecho a la libre circulación de personas físicas en la Europa comunitaria: desde el Acta Única Europea al Tratado de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 170 y ss; “Nuevos desarrollos en materia de derechos fundamentales en los ordenamientos europeos: la situación jurídica del extranjero”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 5, 2002, pp. 235-242.

⁷⁷ Añón Roig, “Igualdad y procedimiento administrativo especial para los inmigrantes”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)*, [consulta realizada el 16 de marzo de 2008], *op. cit.*, p.1.

⁷⁸ “Las formas de ciudadanía supranacionales actuales, como el estatuto de los ciudadanos de la Unión Europea, suponen más que nada una ‘comunitarización’ de las ciudadanía nacionales externas”. Bauböck, R., “Migración y ciudadanía”, en López Sala, A., M., y Esteban, V. (coord.), *Zona Abierta 116/117, Las políticas migratorias*, Madrid, 2006, p. 150.

de ciudadanía de la Unión no define exclusivamente al titular del derecho a la libre circulación y residencia aunque lo comprende, en un intento de superar el estadio económico sin cuestionarlo⁷⁹. Está dotado de naturaleza propia y diferenciada respecto de la nacionalidad estatal, sin implicar su desaparición⁸⁰.

Superpuesta a esta ciudadanía, existiría una ciudadanía de naturaleza económica que englobaría a los nacionales de países del EEE y Suiza y sus respectivos familiares. En un estadio inferior, se situaría la “preciudadanía”, que no es posible calificar ni como social, ni económica ni política, y que se “abre y cierra” a la presencia de nacionales de terceros países que no entran dentro del segundo grupo indicado en función de los intereses del mercado⁸¹.

La nueva ciudadanía “supraestatal” no modifica el concepto tradicional de extranjería, aunque sí certifica por primera vez la distinción entre los nacionales de Estados de la Unión, que tienen un régimen jurídico específico, y los extranjeros propiamente dichos o nacionales de países extracomunitarios⁸². El instituto de la “ciudadanía de la Unión” tiene una naturaleza diferente y más limitada que la ciudadanía nacional, dadas las competencias estatales en las condiciones de atribución de la nacionalidad, por su procedencia convencional y por el carácter tasado de los derechos asociados a la citada

⁷⁹ La implicación entre ciudadanía europea e integración económica es puesta de relieve, entre otros, por Ruiz Rodríguez, V., “Ciudadanía y nacionalismo frente a la libre circulación de personas en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 4, 2003, p.103.

⁸⁰ En sus caracteres de autonomía propia, diferenciada de la estatal (respecto de la que es complementaria pero no sustitutiva) y en la adjetivación especial y privilegiada del conjunto de derechos asociados a ese estatuto inciden, *inter alia*, Closa, “Citizenship of the Union and nationality of member States”, *op. cit.*, pp. 493-494; Pérez Vera, “De los españoles y extranjeros”, *op. cit.*, p. 81; *idem*, “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 479; *id.* “La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht”, *op. cit.*, pp. 1131-1132; Pérez Vera y Abarca Junco “Comentarios al artículo 13 de la Constitución”, *op. cit.*, p. 185; Moya Escudero, “Delimitación del ámbito”, *op. cit.* p. 76; *idem*, “Inmigración y ciudadanía de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 4, en prensa; González Rivas, *La Constitución española de 1978: estudio sistemático y jurisprudencial*, *op. cit.*, p. 234; Quirós Fons, “Familiares extracomunitarios, protagonistas del RD 178/2003. Futura incidencia de la propuesta de Directiva sobre libre circulación”, *op. cit.*, p. 227; Naïr y De Lucas Martín, *El desplazamiento en el mundo: inmigración y temáticas de identidad*, *op. cit.*, p. 212 y ss.

⁸¹ La política europea de inmigración no se puede comprender si no se tiene en cuenta que la política comunitaria está básicamente centrada en la gestión de la competencia. Naïr, *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 137.

⁸² Caballero Gea, “Asilo. Extranjería. Inmigración. Homologación de títulos extranjeros. Nacionalidad”, *op. cit.*, p. 106; *cfr.* asimismo Hoogenboom, T., “Integration into Society and Free Movement of Non-EC Nationals”, en *European Journal International Law*, vol. 3, 1992, p. 42; Agrela Romero, *Análisis antropológico de las políticas sociales dirigidas a la población inmigrante*, *op. cit.*, p. 212; Moya Escudero, “Inmigración y ciudadanía de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 3, en prensa.

categoría, tal y como apunta Agudo Zamora⁸³. En este sentido, ser nacional de uno de los Estados miembros de la UE implica el reconocimiento de una concreta ciudadanía que, junto al ejercicio del derecho de sufragio para la composición del Parlamento Europeo, otorga la posibilidad de participar activa y pasivamente en las elecciones municipales en el Estado miembro donde se reside⁸⁴. Es un nuevo ejemplo de la resistencia de los Estados-nación a transformar esa lógica del “nosotros-ellos” presente en la exclusión, al no preverse el derecho de los nacionales de otros Estados miembros al sufragio activo y pasivo en elecciones de carácter general y autonómicas⁸⁵.

La ciudadanía política viene a completar pues el sentido de la ciudadanía de mercado y, en cierto aspecto, lo desborda. Como pone de manifiesto Ordóñez Solís, los ciudadanos comunitarios gozan en la Unión Europea de una situación jurídica cuyos derechos derivan más de su estatus de nacional de otro Estado miembro que de su situación económica en el mercado único europeo⁸⁶. En todo caso, puede afirmarse que el art. 18 TCE consagra a favor de los nacionales de los Estados miembros una posibilidad de carácter sustitutivo, a saber, un derecho a circular y residir libremente en el sentido auténtico del término, que existe con independencia de cualquier fin, en beneficio de su titular y no en beneficio de la Comunidad y de la consecución de sus objetivos. Mientras, los preceptos derivados de la libre circulación de personas en el marco del mercado único establecen a favor de los nacionales de los Estados miembros una posibilidad de carácter funcional, concebida para ser ejercida con el fin de establecer un mercado común⁸⁷. Sin embargo, el paso del tiempo

⁸³ Véase la ponencia del citado autor, “La ciudadanía de la Unión Europea: del artículo 8 del Tratado de la Unión Europea al artículo I-8 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, *op. cit.*, p. 48 y ss.

⁸⁴ Dos interesantes análisis sobre la justificación del derecho al voto para los residentes, sean o no comunitarios, en Bauböck, “Lealtades rivales e inclusión democrática en contextos migratorios”, *op. cit.*, pp. 50-55; Zapata Barrero, “La retórica de la ciudadanía y la inmigración”, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁸⁵ La delimitación sustantiva de los derechos incluidos en el ámbito de aplicación de la ciudadanía de la Unión está incluida en el art. 17 del TCE, así como en los arts. 37 a 44 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea incorporada al Tratado UE. Un estudio de la protección de los derechos fundamentales en el contexto de la ciudadanía de la Unión, entre otros, en O’ Leary, S., “The relationship between community citizenship and the protection of fundamental rights in community law”, en *Common Market Review*, vol. 32, 1995, pp. 519-554; Peña Echeverría, J., “La Carta de Derechos Fundamentales y la ciudadanía europea”, *Revista de Estudios Europeos*, 2003, pp. 63-83.

⁸⁶ “Ciudadanos de la Unión, trabajadores no comunitarios y libre circulación: tendencias constitucionales y desarrollos jurisprudenciales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 13.

⁸⁷ Soto Moya, *Las situaciones conyugales en el tráfico intracomunitario. Un modelo de relación entre el Dipro y el Derecho de extranjería*, *op. cit.*, pp.157-158.

no ha conseguido que la ciudadanía de la Unión ceda a la residencia en el territorio UE el verdadero protagonismo en materia de ejercicio del derecho a la libre circulación. Así lo atestigua la Directiva 2004/38/CE (considerando 3).

El concepto de ciudadanía europea muestra perfiles que quedan a la libre disposición de los Estados en orden al establecimiento de distintas categorías de ciudadanos, aunque plantea un nuevo espacio para la noción de ciudadanía: una comprensión cívica no circunscrita a cada territorio nacional⁸⁸. La inexistencia de una noción propia de nacional comunitario, que no remita a la genealogía jurídica de los Estados, es un fiel reflejo de la persistencia de los Estados por mantener las diferencias presentes entre las categorías tradicionales de nacional y extranjero⁸⁹.

En el fondo, el estatuto de ciudadano europeo no hace más que reproducir el espíritu particularista presente en la “ciudadanía” nacional y la consecuente utilización diferencial de todo lo que representa la inmigración⁹⁰. Como aduce Serrano García, “el término ‘inmigración’ está fuera del de ‘ciudadanía’ fundamentalmente porque la Unión Europea siempre ha tenido una concepción instrumental de la inmigración, concibiéndola como un elemento más del mercado”⁹¹. Más cauto se muestra Arango Villa-Belda, para el que la inmigración da lugar a marcadas gradaciones de la ciudadanía; y, a la inversa, crea las condiciones para que la extensión de la ciudadanía devenga una exigencia⁹². Sin embargo, la realidad demuestra que la ampliación de su sentido, contenido y alcance avanza a pasos

⁸⁸ Pomed Sánchez, “Algunas consideraciones sobre la situación actual del Derecho de inmigración en España”, *op. cit.*, p. 69. En análogo sentido se pronuncia Pérez Villalobos, “La cultura de los derechos fundamentales en Europa. Los derechos de los inmigrantes extracomunitarios y el nuevo concepto de ciudadanía”, *op. cit.*, p. 704.

⁸⁹ El problema de conciliación de los conceptos de nacionalidad y ciudadanía de la Unión radica en que ambos han sido definidos en el plano estatal. Closa, “Citizenship of the Union and nationality of member States”, *op. cit.*, p. 487.

⁹⁰ Zapata Barrero, R., expresa esta idea de forma más incisiva. Para el autor, la lógica de la UE continúa el *fundamentalismo estatal*, pero a un nivel superior. “Fundamentalismo estatal de la UE en torno a la inmigración”, en *Revista CIDOB d’affers internacionals*, nº 53, dedicado a Ciudadanía europea e inmigración, 2001, p. 166.

⁹¹ Serrano García, “Política comunitaria de inmigración”, *op. cit.*, p. 41-42.

⁹² Arango Villa-Belda, “Ciudadanía: la llamativa popularidad contemporánea de una vieja noción”, *op. cit.*, [consulta realizada el 21 de febrero de 2008], disponible en <http://www.fog.es/circunstancia/numero10/art5.htm>. En sentido análogo, Solé Puig, C., y Parella Rubio, S., “Identidad colectiva y ciudadanía supranacional”, en *Papeles de economía española*, nº 98, (Ejemplar dedicado a: Inmigración en España), 2003, p. 166.

casi inapreciables debido a su íntima unión a la pertenencia jurídica que define al Estado-nación: la nacionalidad⁹³. Y es que, cuando el estatuto de la ciudadanía comunitaria impone a los Estados miembros limitaciones lo hace a fin de garantizar únicamente el ejercicio del derecho de los ciudadanos de la Unión y sus familiares en el territorio de cualquier otro Estado miembro⁹⁴.

No obstante, como subraya Arce Jiménez, se está produciendo la paradoja de que el legislador comunitario pretende dejar claro que los familiares nacionales de terceros Estados solamente pueden invocar la normativa comunitaria en la medida en que el ciudadano comunitario ejerza alguno de los derechos a la libre circulación y residencia dentro del territorio de la Unión mientras que el TJCE y la doctrina científica, de manera tímida pero cada vez más clara, interpretan la aplicación del Derecho comunitario a los familiares tomando en consideración la existencia de ese vínculo familiar con el ciudadano comunitario, dejando en un segundo plano el hecho de que éste haya ejercido o no la movilidad dentro de la UE⁹⁵. Además, hay que tener en cuenta que los nacionales de Estados miembros no ostentan un derecho de libre circulación, por lo que respecta a la residencia superior a tres meses, en todos los casos⁹⁶.

⁹³ Como señalan Ibarra Robles, J., L., y Esnaola Hernández, J., A., respecto a la construcción del instituto jurídico de la ciudadanía europea, nos encontraríamos en ese estadio del conocimiento en el que hemos convertido los enigmas en problemas pero las preguntas que definen estos problemas aún no han alcanzado las respuestas institucionales que podríamos calificar de justas. “Ciudadanía europea frente a la ciudadanía comunitaria”, en Markez, I. (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Donostia- San Sebastián, 2006, p. 94.

⁹⁴ La yuxtaposición de la libertad política y la libertad económica presente en el *iter* jurídico del derecho de libre circulación y residencia, para aquellos que pueden ser calificados como beneficiarios del Derecho comunitario, se ve favorecida por una amplia jurisprudencia según la cual todo ciudadano de la Unión que reside legalmente en el territorio de un Estado de acogida puede invocar el artículo 6 TCE (actual 12) en todos los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación material del Derecho comunitario. Por ejemplo, esta igualdad de trato ha llevado al TJCE a extender las prestaciones o ventajas sociales –que antes estaban limitadas a los trabajadores comunitarios y a los miembros de sus familias– a todos los ciudadanos de la Unión que residen regularmente en el Estado miembro de acogida. *Cfr.* Candela Soriano, M., “Libre circulación de estudiantes y ventajas sociales. Comentario a la sentencia del TJCE de 15 de marzo de 2005 en el asunto *Bidar* (c-209/03)”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 8, octubre 2005 [consulta realizada el 26 de septiembre de 2006], disponible en www.iustel.com, p. 16.

⁹⁵ “Los familiares extranjeros del español en el Derecho de extranjería (libertad de circulación y residencia en el nuevo ‘espacio de libertad, seguridad y justicia’)”, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁶ Arenas García, “La incompatibilidad del Derecho español con el comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios [Comentario a la STJCE (Sala 2ª) de 14 de abril de 2005]”, *op. cit.*, pp. 988 y 990. Indudablemente, en la práctica, los casos de no-disposición de este derecho son escasos, pero pueden darse.

A. Los beneficiarios a título principal: los nacionales de Estados miembros, nacionales de Estados pertenecientes al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y nacionales suizos

Cuando se habla de nacionales de Estados miembros hay que tener en cuenta que la libre circulación y residencia es un derecho que, en lo que respecta a los nacionales de los nuevos países admitidos, aparece sujeto a cláusulas de transitoriedad; fieles transposiciones de la renuencia de los Estados a permitir un régimen laxo de movimiento de personas extranjeras en su territorio. En esas cláusulas se introducen moratorias de aplicación del régimen comunitario de libre circulación y residencia que actúan como “reparo preventivo” que cada Estado va a introducir en la respectiva Acta de Adhesión inherente a toda nueva ampliación. Por lo que respecta a España, finalizadas las restricciones que se previeron para los nacionales de los países que ingresaron en la UE el 1 de mayo de 2004⁹⁷, su lugar lo han pasado a ocupar los recién llegados (rumanos y búlgaros). La moratoria preventiva que se ha incorporado a nuestro ordenamiento finaliza el 31 de diciembre de 2008⁹⁸.

⁹⁷ Tratado de adhesión firmado en Atenas el 16 de abril de 2003 (DO L 236, de 23 de septiembre) y ratificado por España mediante la LO 12/2003, de 24 de octubre (BOE núm. 257, de 27 de octubre). Por lo que respecta al territorio español, las restricciones a la libertad de circulación de trabajadores por cuenta ajena respecto a esos nacionales finalizaron el 1 de mayo de 2006. Véase la Circular de 14 de abril de 2004 sobre régimen de entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de los Estados incorporados a la Unión Europea el 1 de mayo de 2004 [consulta realizada el 20 de julio de 2006], disponible en http://www.madrepatria.com/paginaweb/Actualidad/NuevosIncorporados_01052004.pdf. En el plano doctrinal, puede consultarse Olesti Rayo, A., “La ampliación de la Unión Europea y la libre circulación de trabajadores”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 19, septiembre-diciembre 2004, p. 726 y ss; Adinolfi, A., “Free movement and access to work of citizens of the new member States: the transitional measures”, en *Common Market Law Review*, vol. 42, nº 2, 2005, pp. 469-498.

⁹⁸ El Instrumento de ratificación del Tratado relativo a la adhesión de la República de Bulgaria y de la República de Rumania a la Unión Europea, hecho en Luxemburgo el 25 de abril de 2005, se publicó en BOE núm. 17, de 19 de enero de 2007. Una crítica a las instrucciones sobre el régimen, permanencia y trabajo en España de los trabajadores por cuenta ajena nacionales de esos dos Estados y de sus familiares, de fecha 26 de diciembre de 2006, en especial la aplicación de las normas de la LOEXIS y disposiciones de desarrollo sobre provisión de visado a los nacionales de esos países en situación de residencia no lucrativa, en Aguelo Navarro, P., y Chueca Sancho, Á., G., “La exigencia de visado consular a búlgaros y rumanos puede violar el Derecho de la Unión Europea”, en *Intermigra*, enero de 2007 [consulta realizada el 25 de septiembre de 2007], recurso electrónico disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=894>. La STS 15/2008, de 16 de enero (RJ 2008\1399) (FJ1) recuerda la condición comunitaria de estos ciudadanos, al igual que hiciera la STS 1008/2007, de 3 de diciembre (RJ 2008\57) (FJ1); STS 484/2007, de 16 de mayo (RJ 2007\4740) (FJ2). La línea discursiva es la misma que la formulada en anteriores pronunciamientos en relación con los ciudadanos de los países incorporados en 2004; por todas, STS 635/2007, de 2 de julio (RJ 2007\4755) (FJ1).

Dejando a salvo los periodos de adaptación a los que se somete a todos los nacionales “recién llegados”, la extensión de las libertades de circulación y residencia a los nacionales de los países firmantes del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y a los suizos viene a corroborar que la Europa comunitaria se define fundamentalmente por ser un mercado a gran escala⁹⁹. La aceptación en el “club económico de primera” de estos nacionales es un ejercicio racionalmente calculado. La UE no asumió riesgo alguno cuando los suscribió. La “sociedad sin riesgo” en que pretende convertirse el espacio comunitario acepta la equiparación en la igualdad de ejercicio de los derechos asociados a las libertades económicas en cuestión cuando sabe que los nacionales a los que se va a equiparar no representan un riesgo de migración masiva.

Lo peor es que, con esa actitud, los Estados miembros están consolidando una efectiva discriminación entre personas sólo por el simple hecho de no ser nacionales de países con los que no existe compromiso formal alguno. El principio de no - discriminación por razón de nacionalidad, que incluye a los nacionales de los países firmantes del Acuerdo EEE y a los suizos, es una pieza clave de la arquitectónica de la libre realización de libertades comunitarias, algo lógico considerando que el derecho a la libre circulación tiene su fundamento en la nacionalidad¹⁰⁰. Será aplicable el principio comunitario de no-discriminación por razón de la nacionalidad a toda situación que presente un vínculo suficiente con la Unión, aunque no se sitúe en el interior de la misma¹⁰¹. Este principio es un criterio que permanece activo tanto en las normas comunitarias como en Derecho

⁹⁹ El Acuerdo del EEE se extiende al resto de libertades comunitarias. El Acuerdo con la Confederación helvética sólo es aplicable a la libre circulación de personas.

¹⁰⁰ Art. 4 AEEE, que reproduce el art. 12 Tratado CE y art. 2 Acuerdo con la Confederación helvética. A lo que hay que sumar la interpretación extensiva de la libre circulación de trabajadores llevada a cabo por el TJCE, que resulta vinculante en virtud del art. 6 AEEE, y de la incorporación de toda la legislación derivada mediante los Anexos del V al VII del Acuerdo

¹⁰¹ La igualdad de tratamiento de los nacionales UE con respecto a derechos que caen dentro del ámbito comunitario es un referente en la doctrina jurisprudencial comunitaria. A título de ejemplo, la sentencia STJCE de 30 de abril de 1996, as. C- 214/94, *Boukhalfa v. Bundesrepublik Deutschland*, proporciona al TJCE una magnífica ocasión para precisar el alcance *ratione loci* de las disposiciones comunitarias en materia de libre circulación de personas y, en concreto, de la prohibición de discriminación entre nacionales de la Unión. Un comentario a la misma en Gardeñes Santiago, M., “La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE *Boukhalfa*, de 30 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado)”, en *Revista de instituciones europeas*, vol. 23, nº 3, 1996, pp. 863-880. Asimismo, destaca la STJCE de 12 de mayo de 1998, as. C-85/96, *Maria Martínez Sala v. Freistaat Bayern*; véase el comentario que a la misma realiza O’ Leary, S., “European Communities and EEA –Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship– Court of Justice, judgment of May 12, 1998 Case C-85/96- *Maria Martínez Sala v. Freistaat Bayern*, en *European Law Review*, 24 (1), 1999, pp. 68-79.

positivo español¹⁰². Se manifiesta en el derecho al acceso a cualquier actividad, tanto por cuenta ajena como propia, en las mismas condiciones que los nacionales, el derecho a entrar, salir, residir y circular libremente por el territorio de la Unión¹⁰³. Representa la máxima axiológica que diferencia a los nacionales en razón de la aplicación o no del Derecho comunitario¹⁰⁴.

El problema es que, en la práctica, este principio adquiere una dudosa cualidad ética desde el momento en que se erige en el fundamento jurídico que legitima el acceso a “ese club de privilegiados” en que se ha convertido el espacio comunitario¹⁰⁵. Siendo la nacionalidad un elemento absolutamente azaroso para la persona y sobre el que se construye la no-discriminación comunitaria, termina por producir el efecto contrario: la discriminación¹⁰⁶. Y es así, porque la posesión de una determinada nacionalidad determina la mayor o menor protección de los derechos asociados a las libertades comunitarias, entre

¹⁰² Véase Moya Escudero, “Delimitación del ámbito”, *op.cit.*, p. 75.

¹⁰³ Véase art. 14 CE; Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000 y normas posteriores, entre ellas, art. 3.4 RD 240/2007. Sin embargo, existe una limitación fundamental a favor de nacionales: la reserva de algunas actividades, que requieran ejercicio de potestades atinentes al interés general del Estado, en la administración pública. Al respecto *cfr.* Álvarez Rodríguez, A., “Régimen aplicable a los nacionales de la Unión Europea, asimilados y sus familiares”, en Sánchez Jiménez, M, A. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, p. 153 y ss.

¹⁰⁴ Art. 12 TCE, en la variante resultante del Tratado de Ámsterdam. Asimismo art. 4 Acuerdo EEE y 2 de Acuerdo CE- Confederación helvética.

¹⁰⁵ A juicio de Moya Escudero, “la adscripción al régimen comunitario es una especie de carnet de extranjería de primera”. “Inmigración y ciudadanía de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 3, en prensa. El resultado de estos desarrollos convencionales ha sido el de conformar un estatuto “semiprivilegiado” para estas personas dentro del sistema comunitario, al asignarles en materia migratoria un conjunto de derechos que les aproxima a los propios de los nacionales de los Estados miembros de la Unión. González Vega, “¿Regreso al futuro? La difícil concreción de una política europea de inmigración”, *op. cit.*, p. 18.

¹⁰⁶ En la doctrina española, hay sectores doctrinales que abogan por transferir el vínculo de ciudadanía desde la nacionalidad a la residencia. De Lucas Martín, F., J., “La herida original de las políticas de inmigración”, *Isegoría*, nº 26, junio 2002, pp. 82-83; más recientemente, del mismo autor, “La ciudadanía para los inmigrantes: una condición de la Europa democrática y multicultural”, en *Eikasia: revista de Filosofía*, nº 4, mayo 2006, p. 17; Rubio Marín, R., “El reto democrático de la inmigración ilegal (A la luz del debate actual en España)”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 36, 2002, pp. 173-196. Sin embargo, otros autores, como Rubio Castro, A., y Moya Escudero, M., si bien consideran que esa opción podría ser válida a efectos de la ciudadanía europea, sostienen que en el contexto nacional “si se opta por la residencia frente a la nacionalidad se corre el riesgo, dada la movilidad geográfica que la globalización impondrá a la masa trabajadora, de construir una ciudadanía encerrada en lo privado, en los derechos civiles y laborales, y alejada del compromiso político”. “Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, 2003, p. 150. Moya Escudero reproduce esos argumentos en su reciente artículo “Inmigración y ciudadanía de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 12, en prensa. Como indicamos *supra* el tema requeriría un estudio específico que no es posible realizar en esta sede por razones materiales.

ellos uno de la mayor importancia para la persona: el derecho a ejercer una actividad laboral.

El criterio de la oportunidad política del momento puede llegar al extremo de condicionar el ejercicio de un derecho de la persona como su libre movilidad. ¿Por qué se suscriben tan pocos acuerdos en los que se otorga a los nacionales de ambas partes una igualdad de partida en el disfrute de derechos derivados de las libertades comunitarias?, ¿por qué los Acuerdos de Cooperación y Asociación, por ejemplo, no permiten esa equiparación? Una respuesta plausible es que los nacionales de los países firmantes puedan representar un peligro evidente para la estructura del bienestar de los Estados miembros. Indudablemente un nacional suizo o noruego, entre otros, posee el suficiente poder adquisitivo para no necesitar trasladarse de forma perentoria a ejercer una actividad en algún Estado miembro. Si la situación económica de estos países fuera otra, posiblemente se hubieran adoptado medidas preventivas a la plena realización de la equiparación¹⁰⁷.

Otro aspecto fundamental del régimen de libre circulación y residencia de los nacionales comunitarios es el tratamiento restrictivo, muy alejado del régimen general de extranjería, en materia de conminación a la salida del territorio de un Estado miembro del ciudadano comunitario o asimilado¹⁰⁸. Las decisiones relativas a la expulsión, como ha reiterado el TJCE, tienen que ser interpretadas de forma restrictiva¹⁰⁹. La protección de la vida familiar resulta el bien jurídico central de la doctrina del TJCE¹¹⁰.

¹⁰⁷ No obstante, en el Acuerdo con Suiza se explicita un plazo de cinco años (que ha finalizado el 30 de junio de 2007) para que ese país pueda mantener límites cuantitativos relativos al acceso a una actividad económica para residencias de duración superior a cuatro meses e inferior a un año y para una duración igual o superior a un año (art. 10), aplicable a ciudadanos comunitarios.

¹⁰⁸ Sobre este asunto, véase apartado B de este mismo subepígrafe.

¹⁰⁹ En la STJCE de 2 de junio de 2005, asunto C-136/03, *Dörr y Ünal*, se pone de manifiesto que el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, debe interpretarse en el sentido de que se opone a la norma comunitaria que los recursos judiciales interpuestos contra una decisión de expulsión del territorio de ese Estado, adoptada contra un nacional de otro Estado miembro, carezcan de efectos suspensivos; por ello, al examinarse tales recursos, la decisión de expulsión únicamente puede ser objeto de una apreciación de legalidad, siempre que no se haya instituido ninguna autoridad competente en el sentido de la referida disposición. Asimismo, la STJCE de 17 de febrero de 2005, asunto C-215/03, *Oulane*, viene a recordar que la adopción de una medida de internamiento con fines de expulsión de un nacional de otro Estado miembro, motivada por la no presentación de un documento de identidad o un pasaporte válido, aun cuando no exista una amenaza para el orden público, constituye un obstáculo injustificado a la libre prestación de servicios y, por lo tanto, vulnera el artículo 49 CE.

¹¹⁰ La STJCE de 23 de marzo de 2006 -*Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de Bélgica*, asunto C-408/03, pone de manifiesto en su fallo que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le

En el colectivo de nacionales comunitarios y asimilados habría que incluir, por último, a los familiares de alguno de los nacionales a los que resulta aplicable el régimen comunitario de libre circulación y residencia, que a su vez ostentan la nacionalidad de algún Estado miembro, de alguno de los países del EEE o Suiza¹¹¹. Estos familiares poseen los mismos derechos que cualquiera de los nacionales indicados (a fin de cuentas su condición jurídico-política es idéntica)¹¹². Su principal peculiaridad radica en que podrán ser titulares derivados del derecho cuando acompañen o se reúnan con su familiar ciudadano de la UE, nacional de un país del EEE o Suiza, encontrándose entonces unida su situación a las vicisitudes del titular al que acompañen o con el que se reúnan, del mismo modo que ocurre con los familiares que se analizan en el siguiente apartado¹¹³.

B. Los beneficiarios a título derivado: los nacionales de terceros Estados familiares de nacionales comunitarios o asimilados.

La Directiva 2004/38/CE viene a unificar el régimen jurídico del ejercicio del derecho a la libertad de circulación y residencia por parte de los ciudadanos de la Unión, manteniendo como ámbito de aplicación de estos derechos el criterio de la unidad familiar, sin distinciones de nacionalidad¹¹⁴. Es decir, el Derecho comunitario extiende el alcance

incumben en virtud del artículo 2 de la Directiva 90/364, del artículo 4 de la Directiva 68/360/CEE, del artículo 4 de la Directiva 73/148/CEE, del artículo 2 de la Directiva 93/96/CEE y del artículo 2 de la Directiva 90/365/CEE, al prever la posibilidad de notificar automáticamente una orden de abandonar el territorio nacional a los ciudadanos de la Unión que no hayan presentado, en un plazo determinado, los documentos requeridos para la obtención de una autorización de residencia. De mismo modo, la STJCE de 7 de junio de 2007 -*Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de los Países Bajos*, asunto C-50/06, viene a condenar a los Países Bajos por no haber aplicado a los ciudadanos de la Unión la Directiva comunitaria 64/221/CEE, del Consejo, sino una legislación general sobre los extranjeros que permite establecer una relación sistemática y automática entre una condena penal y una medida de expulsión del territorio.

¹¹¹ Una guía aclaratoria para la reagrupación familiar de parejas de hecho de españoles y ciudadanos de la Unión elaborada por Roldán Martínez, A., F., ...[et al.] [consulta realizada el 10 de mayo de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/GPReagFam.pdf>.

¹¹² Resulta llamativo que el RD 240/2007, a diferencia del derogado RD 178/2003, únicamente hace referencia a los familiares de ciudadano español que sea nacional de tercer país. Véase *infra* apartado C.

¹¹³ Con las especialidades previstas en el art. 9 RD 240/2007 en el caso español, supuestos en los que el miembro de la familia seguirá conservando su derecho de residencia exclusivamente a título personal.

¹¹⁴ Véase Álvarez Rodríguez, “Régimen aplicable a los nacionales de la Unión Europea, asimilados y sus familiares”, *op. cit.*, p. 109. Asimismo Blázquez Rodríguez, I., “El derecho del inmigrante a una vida en familia: Una perspectiva desde el Derecho comunitario europeo”, en Fernández Le Gal, A., y García Cano, S. (dir.), *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, 2005, p. 185; *idem*, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 178; Blázquez Peinado, “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, *op. cit.*, p. 20.

personal de esos derechos a miembros directos de la familia de los nacionales de Estados miembros o asimilados, con independencia de su nacionalidad, para facilitar la vida en familia. Esta equiparación de los familiares existe desde el Reglamento de 1968 y la Directiva de 1964¹¹⁵. Sin embargo, se ha profundizado en el abismo presente en la realización del derecho a la libre circulación en función de la delimitación de parentesco. La ampliación de los derechos asociados a la libre circulación y residencia contrasta, paradójicamente, con la propia exclusión de los familiares nacionales de terceros países del resto de derechos asociados al régimen de ciudadanía de la Unión¹¹⁶. Y es que, lejos de unificar el régimen de ciudadanía europea, el legislador comunitario ha sancionado su faceta económica, haciéndola extensiva a los miembros de su familia, mientras circunscribe la versión más política de la ciudadanía exclusivamente al nacional de Estado miembro como se puso de manifiesto *supra*¹¹⁷.

El legislador comunitario quiere dejar claro que no entorpece la vida en común de los miembros de la familia. En el fondo, el nuevo espacio supranacional europeo es fiel a su espíritu pragmático estableciendo los límites de la equiparación en derechos en la frontera de la utilidad¹¹⁸. En todo caso, la circunstancia de que exista un régimen de libre circulación y residencia comunitaria que discurre de forma paralela a la ciudadanía de la Unión no puede hacernos olvidar que el régimen de libre circulación y residencia comunitaria refrenda derechos, por muy derivados que sean con relación a los familiares, y no concesiones.

¹¹⁵ Directiva 64/221 del Consejo, de 25 de febrero de 1964, para la coordinación de las medidas especiales para los extranjeros en materia de desplazamiento y de residencia, justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas (DOCE L 56, de 4 de abril de 1964); Reglamento (CEE) n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (DOCE L 257, de 19 de octubre de 1968); además puede consultarse la Directiva 68/360 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativa a la supresión de las restricciones al desplazamiento y a la estancia de los trabajadores de los Estados miembros y sus familias dentro de la Comunidad (DOCE L 257, de 19 de octubre de 1968). Esta última reconocía el derecho a la reagrupación familiar en su art. 1, aunque estableciendo desde los orígenes una diferenciación entre el reagrupamiento familiar de los trabajadores comunitarios y el de los no comunitarios (cuyas relaciones serían fijadas por el Derecho nacional).

¹¹⁶ Arenas García considera deseable, para una más profunda integración europea, desvincular el derecho a la libre circulación de personas de toda condicionante diferente a la de ostentar la ciudadanía comunitaria, “La incompatibilidad del Derecho español con el comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios [Comentario a la STJCE (Sala 2ª) de 14 de abril de 2005]”, *op. cit.*, p. 988.

¹¹⁷ *Cfr.* Allegue, P., Sobre el concepto de ciudadanía: ¿una senda ilustrada?, en *Jueces para la Democracia*, n° 41, 2001, p. 41.

¹¹⁸ La libre circulación de personas, desde la perspectiva económica, se convierte en un derecho instrumental, imprescindible para ejercer otra libertad comunitaria. Soto Moya, *op. cit.*, p. 185.

Los familiares a los que se refiere la Directiva 2004/38/CE¹¹⁹ se equiparan a los nacionales comunitarios o asimilados *siempre que acompañen o se reúnan con el ciudadano de la Unión o asimilado* en el Estado de acogida¹²⁰. La minimización de la condición de extranjero se conservará, con carácter general, *mientras mantengan el vínculo* en cuestión, aunque esta regla tiene las excepciones contenidas en los arts. 12 al 14 de la citada norma comunitaria¹²¹. Por consiguiente, se les excluye de la catalogación de extranjeros “dignos” de ser sometidos a las reglas generales de extranjería, lo que les convierte en cierto modo, en inmigrantes “privilegiados” frente al resto de inmigrantes económicos¹²². Ese “privilegio” profundiza en la estratificación técnico-jurídica que el Derecho comunitario implementa¹²³. ¿Dónde queda la facilitación de la entrada y

¹¹⁹ La expresión “familiares” que utilizamos se ajusta a la acepción que establece la Directiva 2004/38/CE y que extiende su ámbito subjetivo de aplicación a ciertos miembros de familia (véase art. 2). Por consiguiente, a efectos de la libre circulación, el resto de familiares no incluidos en la misma serían calificados como nacionales de terceros países sin vinculación familiar con un nacional de Estado miembro, de alguno de los países del EEE o Suiza.

¹²⁰ En todo caso, a la convivencia con el titular se une la dependencia potencial o real. “Estar a su cargo” significa que los miembros de la familia de un ciudadano comunitario establecido en otro Estado miembro necesitan el apoyo material de este ciudadano o de su cónyuge para subvenir a sus necesidades básicas en el Estado de origen o de procedencia de dichos miembros de la familia en el momento en que éstos solicitan establecerse con ese ciudadano. Véase el fallo de la Sentencia del Tribunal de Justicia, de 9 de enero de 2007, asunto C-1/05, *Jia*. Cfr. también la STJCE de 27 de junio de 2006, as. C-540/03, que refrenda el criterio de cada Estado para permitir o no la reagrupación del menor en los casos previstos en los arts. 4.1, 4.6 y 4.8 de la Directiva 2003/86/CE. Un comentario a ésta última en Arce Jiménez, “Los familiares extranjeros del español en el Derecho de extranjería. (libertad de circulación y residencia en el nuevo ‘espacio de libertad, seguridad y justicia’)”, *op. cit.*, pp. 30-32; Sanfrutos Cano, E. “Espace de liberté, de securité et de justice (Arrêt ‘Parlement c. Conseil Directive réunification familiale’)”, en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, vol. 3/2006, pp. 702-706. Apunta este último autor que las indicaciones hechas por el Tribunal vienen a recordar a las autoridades nacionales que no se puede interpretar una Directiva de forma contradictoria con los derechos fundamentales que, como principios de Derecho comunitario que son, tienen la máxima protección jurisdiccional comunitaria. *ibidem*, p. 706.

¹²¹ La “emancipación” del familiar del comunitario no le otorga la titularidad del derecho a la libre circulación, pero sí la posibilidad de residir de forma permanente en el Estado miembro.

¹²² Cfr. Ordóñez Solís, “Ciudadanos de la Unión, trabajadores no comunitarios y libre circulación: tendencias constitucionales y desarrollos jurisprudenciales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 8; Rodríguez Barrigón, “La extranjería en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 189; Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, *op. cit.*, p. 173 y ss; Rodríguez Crespo, M., J., “El derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Comentario de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004”, en *Revista General de Derecho Europeo* nº 16, 2008 [consulta realizada el 20 de julio de 2008], recurso electrónico disponible en www.iustel.com, p. 13 y ss.

¹²³ Además, como se ha encargado de observar el TJCE (entre otras, Sentencia as. C-459/99, *MRAX*), el alcance de la “libre circulación” que maneja el Derecho comunitario deja de producir efectos cuando no se extiende al ámbito material del mismo, es decir, se delimita por el ámbito de competencias del Derecho nacional. En este sentido, el legislador español, si bien no tiene la obligación de extender el régimen de libre circulación no afectado por el ámbito comunitario al resto de nacionales familiares de españoles, ha incluido a los mismos en las normas de aplicación del régimen comunitario de libre circulación (con la excepción prevista en su punto dos, D.A. vigésima RD 2393/2004, añadida por la D. F. Tercera. Dos del RD 240/2007),

residencia de familiares que no entran dentro de la delimitación que del concepto de familia realiza la Directiva? La aplicación de la legislación general de extranjería no parece la vía más adecuada para dar cumplimiento a la recomendación contenida en la norma comunitaria.

Del mismo modo, al igual que ocurre con los familiares que son nacionales de algún Estado miembro, de países del EEE o de Suiza, el derecho de que gozan estos familiares no es originario sino *derivado* de los nacionales de alguno de los Estados en cuestión. Por consiguiente, su condición sigue a la de aquellos en su ejercicio y extinción, sin perjuicio de la posibilidad que tienen de adquirir el derecho a la residencia permanente si han residido en España, con carácter general, legalmente durante cinco años (art. 10.1 RD 240/2007) o, con menos tiempo, de forma especial, en los supuestos previstos (art. 10, apartados 2 a 5)¹²⁴. La atribución derivada del ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia es una suerte de “admisión condicionada” sólo y exclusivamente dirigida al fin para el que sirve¹²⁵. El ejercicio de los citados derechos en plenitud de condiciones, cuando de nacionales de terceros países se trata, se ajusta en su estricta medida a su utilidad y naturaleza¹²⁶.

con el objeto de no perjudicar sus derechos. La normativa española trata de evitar la situación de discriminación inversa que se hubiera producido con una mera transposición del Derecho comunitario en este punto. España ha extendido unilateralmente el Derecho comunitario a un supuesto puramente interno, propiciando de esta forma una unificación del derecho a la reagrupación familiar. Incluso en materia tan intrínsecamente unida al interés público como el acceso a la función pública (art. 57 Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, publicada en BOE núm. 89, de 13 de abril de 2007).

¹²⁴ Por todos, Álvarez Rodríguez, A., “Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura”, en *Revista de Derecho migratorio y de extranjería*, nº 9, 2005, p. 27.

¹²⁵ Es más, el ejercicio de una actividad por cuenta ajena por parte del nacional de tercer país se circunscribe únicamente al Estado miembro donde su cónyuge, nacional comunitario que ha hecho uso de su derecho a la libre circulación, ejerce o ha ejercido una actividad por cuenta ajena. Véase STJCE de 30 de marzo de 2006 [petición de decisión prejudicial planteada por la Cour administrative (Luxemburgo)] - Cynthia Mattern, Hajrudin Cikotic/ Ministre du Travail et de l'Emploi, Asunto C-10/05, *Mattern y Cikotic*.

¹²⁶ La STJCE de 23 de septiembre de 2003, as. C- 109/01, *Akrich*, introduce una nueva condición a la entrada y permanencia de nacionales de otros Estados, miembros de familia de nacionales comunitarios. No exige que los Estados miembros supediten la concesión de un derecho de residencia a los nacionales de un país tercero, miembros de la familia de un ciudadano comunitario que ejerció el derecho de libre circulación, al requisito de que dichos miembros de la familia hayan residido legalmente con anterioridad en otro Estado miembro. Véase Plender, R., “Quo vadis? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l'affaire Akrich”, en *Cahiers de Droit Européen*, vol. 1-2, 2004, pp. 261-288, p. 287; Spaventa, E., “Case C-109/01, Secretary of State for the Home Department v. H. Akrich, Judgement of the Full Court of 23 september 2003”, en *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, pp. 225-240; White, R.C.A., “Conflicting Competences: Free Movement Rules and Immigration Laws”, en *European Law Review*, vol. 29, 2004, pp. 385-396; Pérez Martín, E., “La entrada y residencia de los cónyuges de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (STJCE de 23 de septiembre de 2003, asunto Akrich. C-109/01)”, en

De esta idea da buena cuenta una diferencia sustantiva entre los familiares según sean o no nacionales comunitarios o asimilados. Los familiares nacionales de terceros países no son portadores directos del principio de no-discriminación por razón de la nacionalidad¹²⁷. Ahora bien, el intérprete comunitario ha querido dejar claro que ese principio no puede ser obviado sólo por el hecho de no poseerse la nacionalidad de algún Estado miembro o nacional asimilado, cuando se trata de defender la unidad familiar. El hecho de que la titularidad del derecho de libre circulación y residencia lo sea a título derivado para los familiares de comunitarios o asimilados, es decir que traiga causa del ejercicio de la libertad de circulación y residencia de un nacional comunitario, no introduce matices importantes en la aplicabilidad de esta facultad subjetiva. El nacional del tercer país que se desplaza o se reúne con un ciudadano de la Unión o nacional asimilado está ejercitando un derecho que sigue en su condición al nacional al que se acompaña, por lo que no resultaría ponderado que no fuera merecedor de dicho trato igualitario¹²⁸.

No obstante, existen matices que determinan ciertas peculiaridades en el régimen de ejercicio del derecho a título derivado por lo que respecta a la entrada, la permanencia y una posible salida forzosa. En relación con el primero de los aspectos, los familiares que sean nacionales de terceros Estados tienen el derecho de entrada condicionado, con carácter general, por la obligación de proveerse de visado de entrada. Esta obligación admite excepciones. En primer lugar, la posesión de visado de entrada puede sustituirse mediante la aportación de la tarjeta de residencia en vigor en otro Estado miembro (art. 5.2 en relación con 10.1 Directiva); una prueba escrita de que el familiar que pretende acompañar o reunirse con el nacional de Estado miembro o asimilado ha ejercitado

Revista europea de derechos fundamentales, nº 3, 2004, pp. 121-153. Por otra parte, resulta también interesante la STJCE de 25 de julio de 2008, as. C-127/08, *Metock*, donde se pone de manifiesto que el nacional de un tercer país, cónyuge de un ciudadano de la Unión que reside en un Estado miembro del que no tiene la nacionalidad que acompaña o se reúne con ese ciudadano puede acogerse a las disposiciones de la Directiva 2004/38/CE, independientemente del momento o del lugar en el que hubieran contraído matrimonio o de las circunstancias en que ese nacional del tercer país hubiera entrado en el Estado miembro de acogida.

¹²⁷ Cfr. Janer Torrens, “El ámbito de aplicación personal del principio de no-discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”, *op. cit.*, pp. 306-307.

¹²⁸ Como confirma el TJCE en la Sentencia de 25 de julio de 2002, dictada en el asunto C-459/99- *MRAX*, la expresión documental de la entrada y permanencia en un Estado miembro no vendría a aportar una calificación jurídica distinta a un acto que es de reconocimiento, no constitutivo (apartado 74). Esta doctrina ha encontrado expresión legal. En este sentido, las especialidades procedimentales contempladas en la Directiva 2004/38/CE y el RD 240/2007 no impiden que los efectos jurídicos sustantivos de esos derechos sean los mismos para todos los beneficiarios del Derecho comunitario.

anteriormente su derecho de entrada en otro Estado miembro y éste ha sido debidamente documentado. En otras palabras, que puede considerarse como uno de los “nuestros”. En segundo lugar, el visado no será requerido si no se está incluido en la “lista negra” de nacionales excluidos de la exención de la provisión de visado de entrada siempre que la duración de la estancia no supere los tres meses¹²⁹, aunque los Estados miembros facultativamente podrán establecer excepciones a la exención de visado para las personas que ejerzan una actividad remunerada durante su estancia (art. 4.3).

La laxitud con la que la norma atiende a la exigencia del requisito de visado es una prueba de una diferenciación de trato discriminatoria en razón de la calificación de la persona como beneficiaria o no del Derecho comunitario¹³⁰. La acreditación de la calidad de beneficiario del derecho de libre circulación y residencia (art. 5.4 *in fine*) vendría a constituirse en la principal justificación de la primacía del ejercicio del derecho, *sin que los medios que se aporten puedan ser un obstáculo a ese ejercicio*. Esta defensa, lógica por otra parte, del ejercicio del derecho, con independencia de los circunstanciales medios probatorios, no pasaría de ser anecdótica si no fuera porque se erige en un privilegio frente al resto de extracomunitarios¹³¹.

Como cláusula de cierre, incluso en el caso de que el familiar nacional de tercer Estado se presentase en el control de entrada y no dispusiera del visado se le dará una “segunda oportunidad” para conseguirlo, completando el *favor actoris* la posibilidad de confirmación o prueba de su condición de beneficiario por otros medios. En definitiva, lo que se pretende es que el familiar en cuestión tenga los menores problemas posibles para

¹²⁹ Reglamento 539/2001 del Consejo, de 15 de marzo de 2001, por el que se establece la lista de nacionales de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOCE L 81, de 21 de marzo de 2001), modificado por el Reglamento 2414/2001, de 7 de diciembre de 2001 (DOCE L 327, de 12 de diciembre de 2001), por el Reglamento 453/2003 de 6 de marzo de 2003 (DOCE L 6, de 13 de marzo de 2003), por el Acta relativa a las condiciones de adhesión de los Estados que se incorporaron a la UE el 1 de mayo de 2004 (DOCE L 236, de 23 de septiembre de 2003) y por el Reglamento 851/2005 (DOCE L 141, de 4 de junio de 2005), y por el Reglamento 1932/2006, de 21 de diciembre (DOUE L 405, de 30 de diciembre).

¹³⁰ Incluso se aboga por la facilitación y gratuidad de los mismos (art. 5.2 *in fine* Directiva).

¹³¹ Por supuesto, para los nacionales que no pueden acreditar ser beneficiarios del Derecho Comunitario no existe derecho alguno de entrada. Tan sólo una concesión administrativa sujeta en su otorgamiento al cumplimiento estricto, sin facilidades, de una serie de requisitos legales.

que pueda acompañar o reunirse con el titular, adquiriendo el retorno el carácter de *ultima ratio* del sistema¹³².

En lo que respecta al ejercicio del derecho de residencia del familiar sólo está condicionado a la obligatoria provisión de una tarjeta de residencia para periodos de más de tres meses de estancia (art. 10.1 Directiva). La obligación de registrarse de los ciudadanos comunitarios o asimilados para estancias superiores a tres meses (art. 8.1) se antoja algo más flexible en su regulación que la obligación de poseer la tarjeta de residencia prevista en los mismos supuestos para los familiares no comunitarios, según se puede inferir de su art. 10¹³³. No obstante, en ningún caso necesitarán la provisión de una autorización administrativa de residencia o residencia y trabajo como el ordenamiento interno exige al resto de extracomunitarios¹³⁴. Además, la ausencia de solicitud de la tarjeta sólo puede ser sancionada proporcionalmente (art. 9.3) mientras que la falta de autorización de residencia de los nacionales a los que no resulta de aplicación el régimen comunitario, en general, puede ser sancionada con la expulsión¹³⁵.

La doctrina jurídica de facilitación de la entrada y permanencia en el territorio nacional de un Estado miembro, especialmente orientada a la protección de la unidad familiar, y que ha sido asumida en la Directiva comunitaria 2004/38/CE, contrasta *a fortiori* con las disposiciones aplicables a los no beneficiarios del Derecho comunitario, en especial con el art. 25.1 LOEXIS y art. 5 Regl. de desarrollo, donde se establece el imperativo de no permisión de la entrada en el territorio nacional, con carácter general, si el extranjero no se halla en posesión de pasaporte o documento de viaje en vigor que

¹³² Como señalara el TJCE, la caducidad o vencimiento del visado de entrada no es causa suficiente para que un Estado miembro no expida el permiso de residencia a favor del nacional del tercer país, ni por no puede quedar supeditada al requisito de que el visado siga siendo válido, ni por supuesto es susceptible de una medida de expulsión (Sentencia *MRAX*, apartado 89). El requisito del permiso de residencia ha quedado sin efecto tras la aprobación de la Directiva 2004/38/CE.

¹³³ ¿Por qué no se conceptúa jurídicamente como “irregular” un comunitario o asimilado que no cumple con la obligación de inscripción?

¹³⁴ La STJCE de 27 de octubre de 2005, asunto C-165/05, *Comisión de las Comunidades Europeas v. Gran Ducado de Luxemburgo* declara el incumplimiento de las obligaciones que le incumben al Gran Ducado en virtud del artículo 11 del Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, al imponer su legislación la obtención de un permiso de trabajo para los nacionales de terceros Estados casados con trabajadores migrantes de la Unión Europea.

¹³⁵ Nos remitimos a lo indicado en el capítulo quinto.

acredite su identidad. Parece que, a juicio del legislador interno, la identificación del individuo foráneo se interpreta de forma restrictiva, en todo caso mediante la prueba documental, no admitiéndose el beneficio de la prueba indiciaria, como sí permite la Directiva europea para los familiares de terceros Estados nacionales UE, Suiza o países del EEE. La generosidad del órgano judicial comunitario se extiende a las garantías jurídicas y resulta antitética con la renuencia a la aplicación práctica del principio de proporcionalidad en la imposición de sanciones que se articulan en la LOEXIS, y que en vía de recurso quedará a la estimación argumentativa del órgano jurisdiccional de turno.

La garantía del ejercicio del derecho de residencia para todo aquel que posee la condición de beneficiario del Derecho comunitario se completa con la conservación del derecho, una circunstancia que va a permitir que su titular no tenga condicionado su ejercicio a la acreditación en el tiempo del vínculo familiar. El punto de llegada de este mantenimiento de los derechos comunitarios de libre circulación y residencia es la adquisición de la condición de residente permanente, un estadio más próximo al de nacional (art. 10 RD 240/2007). Por supuesto, el Estado de acogida no asume riesgo alguno. El familiar que intente alcanzar el estatus de residente permanente va a tener que justificar que no supone carga económica alguna para ese Estado¹³⁶. Evidentemente, asistimos a una de las significativas razones de ser del derecho de residencia cuando de no nacionales se trata.

La apelación a la no-perturbación del bienestar de la sociedad de acogida es un coste a abonar por quien quiera aspirar a ser calificado algún día como “ciudadano”. Se está facilitando, en una serie concreta de supuestos, que el extracomunitario mantenga un derecho que antes poseía pero no autónomamente (arts. 12 y 13 Directiva 2004/38). Eso sí, con el objeto de evitar que los familiares de estos nacionales de tercer Estado puedan transmitir en cadena su derecho, se establece que sólo podrá conservarse exclusivamente a título *personal* (arts. 12.2 y 13.2 *in fine*). Esta particularidad de la titularidad personal los diferencia de los familiares con nacionalidad de un Estado miembro que sí podrían transmitir el citado derecho a sus causahabientes. La flexibilización de la norma en esta

¹³⁶ Sin perjuicio del cumplimiento de los requisitos específicos previstos, en su caso, en los arts. 8 y 9 del RD 240/2007, al menos el mantenimiento del derecho de residencia, con carácter general, sea para comunitarios o sus familiares con independencia de la nacionalidad, no estará condicionado, en el nivel interno, a que sus titulares no se conviertan en carga excesiva para la asistencia social del Estado miembro de acogida al no recogerse esa cláusula del art. 14.1 Directiva 2004/38/CE en el citado RD.

cuestión es un claro ejemplo de que, incluso entre los beneficiarios del Derecho comunitario, existen reglas que certifican la gradación en el ejercicio de los derechos a la libre circulación y residencia. La “emancipación” del derecho de libre residencia supone la confirmación de que el familiar de un tercer Estado puede ejercer plenamente su derecho a residir en el territorio de algún Estado miembro, de forma independiente, aunque sea a título personal, equiparándose *de facto*, a estos efectos, a un nacional comunitario.

Por último, el alcance de la noción de “orden público” que se maneja en materia de libre circulación y residencia comunitaria rehúsa los dos pilares sobre los que se construye el cuerpo legal restrictivo de extranjería; a saber, el rigorismo procedimental y la onerosidad de las medidas sancionadoras¹³⁷. Las medidas sancionadoras ante el incumplimiento de las condiciones de entrada y permanencia se resumen en la afirmación de la expulsión como regla excepcional frente a la calificación de norma general para el común de los extranjeros¹³⁸. Lo importante es justificar que se es beneficiario del citado derecho, no la calificación legal de la entrada y estancia irregular en un Estado miembro. El estatuto administrativo de las personas, pieza central del Derecho general de extranjería, cede ante un bien jurídico tan cualificado como la protección de la vida familiar¹³⁹.

¹³⁷ En una cuestión prejudicial resuelta en la Sentencia de 14 de abril de 2005, asunto C-157/03, *Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de España*, el TJCE reafirma la primacía del derecho a la tutela judicial efectiva frente al deber de documentación y la posesión de las autorizaciones administrativas procedentes – aspectos clave en los ordenamientos nacionales de extranjería– llegando a estimar que un extranjero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, tiene derecho a interponer un recurso ante la autoridad competente contra una decisión denegatoria de un primer permiso de residencia o contra una decisión de expulsión adoptada antes de la expedición de dicho permiso, aun cuando no disponga de un documento de identidad o cuando, pese a estar sometido a la obligación de poseer un visado, haya entrado en el territorio del Estado miembro sin dicho visado o haya permanecido en él con posterioridad a su caducidad (apartado 104).

¹³⁸ *Cfr.* Olesti Rayo, “El derecho de desplazamiento y residencia del ciudadano europeo a la luz de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo”, *op. cit.*, pp. 17-23. No obstante, la remisión a las nociones de seguridad pública u orden público definidas por los Estados miembros para permitir la expulsión del ciudadano europeo por “motivos imperiosos” que establece la Directiva 2004/38/CE es un claro elemento de incertidumbre en la materia.

¹³⁹ Aun admitiendo que la previa ilegalidad administrativa del familiar del ciudadano de la Unión nacional de tercer país en el Estado miembro desde el que se emigra no se convalida por la estancia en el Estado miembro de acogida, el órgano jurisdiccional declara que se debe tener en cuenta el derecho al respeto de la vida familiar en el sentido del artículo 8 del CEDH (apartado 58 de la STJCE de 23 de septiembre de 2003, as. 109/01, *Akrich*). En la defensa del fin legítimo de reagrupación de la familia ocupa una parte importantísima el interés del menor, como se puso de manifiesto en la Sentencia TJCE, de 19 de octubre de 2004, as. C-200/02, *Chen&Zhu*. Según el TJCE, la aptitud de un nacional comunitario para ser titular de los derechos de libre circulación y residencia no puede supeditarse al requisito de que el interesado haya alcanzado la edad mínima para tener la capacidad necesaria para ejercitar por sí mismo dichos derechos (párrafo 20). Con esta Sentencia el TJCE nos ofrece otro ejemplo de interpretación extensiva de los derechos

Todo el mecanismo de garantía del disfrute del derecho a la vida en familia se activa, contando con la inestimable ayuda de una interpretación de la norma *favor actoris*, cuando se invoca la condición de beneficiario del Derecho comunitario¹⁴⁰. En este sentido, la prueba del vínculo familiar prevalece sobre el régimen de permisiones legales estatuido para obtener el acceso al Estado miembro de que se trate. Esta doctrina supone una victoria de los derechos individuales frente al interés denominado público, en un régimen jurídico imbuido, en el plano nacional, de un alto grado de recelo y cautela hacia la realización plena de los derechos fundamentales de las personas¹⁴¹.

Dicho de otro modo, un Estado miembro no está autorizado a denegar un permiso de residencia ni a adoptar una medida de expulsión en contra de un nacional de un país tercero que pueda aportar la prueba de su identidad y de su matrimonio con un nacional de un Estado miembro, por el único motivo de que haya entrado ilegalmente en el territorio del Estado miembro de que se trate. Por supuesto, siempre que no concurren circunstancias que permitan demostrar que representa un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la salud pública¹⁴². Tampoco la mera existencia de antecedentes

de la ciudadanía de la UE, favorable a su pleno disfrute por parte de los nacionales comunitarios, en concreto en referencia al “eje central” sobre el que se articula la ciudadanía, como lo es el derecho de libre circulación y residencia; un estatus privilegiado de extranjería vinculado al ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE, y que tiene su fundamento último en un derecho fundamental como es el respeto de la vida familiar, reconocido en el art. 8 de la CEDH, y más recientemente en el art. 7 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Véase Ferrer Lloret, J., “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE: libre circulación y residencia. comentario a la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (*Chen* contra *Secretary of State for the Home Department*, asunto c-200/02)”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 6, 2005, pp. 16-17, disponible en www.iustel.com; Soto Moya, *op. cit.*, pp. 195-205; Ballarino, T., y Ubertazzi, B., “On Avello and Other Judgements: A New point Of Departure in the Conflicts of Laws?”, en *Yearbook of Private International Law*, vol. VI, 2004, pp. 107-110; Hutchinson, M., “Irish Born Children and the Case of *Chen & Zhu*”, en *Law Centre Information Briefing*, núm. 11, agosto 2004, pp. 1-3; Kunoy, B., “A Union of National Citizens: the origins of the Courts Lack of Avant-Gardisme on the *Chen* Case”, en *Common Market Law Review*, núm. 43, 2006, pp. 179-190; Álvarez Rodríguez, “Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: De la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura”, *op. cit.*, p. 18 y ss; Vargas Gómez-Urrutia, M., *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de Derecho aplicable*, Pamplona, 2006, pp. 297-298.

¹⁴⁰ *Cfr.* la situación antitética de los familiares que no entran dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario de libre circulación, que es analizada en el capítulo cuarto.

¹⁴¹ Por ejemplo, el derecho a la permanencia en territorio nacional para búsqueda de empleo se extiende al límite temporal de seis meses desde la entrada, momento a partir del cual la no-acreditación de los requisitos para gozar del derecho a la residencia activa los mecanismos coercitivos de la LOEXIS y normas de desarrollo.

¹⁴² El TJCE pone de manifiesto la profunda fractura existente con respecto al tratamiento jurídico de aquellos extracomunitarios que, ante la imposibilidad de acreditar ese vínculo familiar, se ven sujetos a las normas estrictas de la legislación interna de extranjería. En este sentido, como se ha apuntado, la exégesis comunitaria viene incluso a interpretar extensivamente la aplicación de los ya de por sí más benévolos

penales es una causa constitutiva de razones de orden público para la denegación de la tarjeta de familiar de comunitario¹⁴³.

La vida en familia, un derecho que no debería ser entendido en función de una condición tan fortuita como la nacionalidad, termina por convertirse en un criterio de delimitación de una opción de vida digna para el inmigrante. Ese respeto es celosamente tutelado cuando de los beneficiarios del Derecho comunitario se trata¹⁴⁴. Para el resto, ¿por qué se hace lo imposible para que el ejercicio del derecho a la vida en familia sea un itinerario de dificultades?

La especialidad del régimen de libre circulación y residencia de los familiares nacionales de terceros Estados no viene sólo dada por la peculiar naturaleza jurídica de unos derechos que, en su realización práctica, suponen un trato privilegiado que en nada se asemeja al tratamiento que reciben los demás extracomunitarios. Además, el disfrute del derecho a la reagrupación, ya de por sí condicionado porque su ejercicio sólo es posible si el nacional comunitario o asimilado hace uso de los derechos a la libre circulación y residencia¹⁴⁵, se hace depender de la posesión de un determinado estatuto de parentesco

requisitos para la realización de las libertades de circulación y residencia de los extranjeros nacionales de terceros países familiares de comunitarios. A título enunciativo, véase las citadas STJCE de 25 de julio de 2002, dictada en el asunto C- 459/99 –*MRAX v. Estado belga*-, apartado 78; STJCE de 14 de abril de 2005, apartado 61; STJCE de 31 de enero de 2006, Asunto C-503/03, *Comisión de las comunidades Europeas v. Reino de España*, en la que se declara que el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 1 a 3 de la Directiva 64/221/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1964, al denegar el visado de entrada en el territorio de los Estados Partes en el Acuerdo de Schengen a los demandantes nacionales de un tercer Estado cónyuges nacionales de un Estado miembro, por la sola razón de estar incluidos en la lista de no admisibles del Sistema de Información de Schengen, sin haber comprobado previamente si la presencia de esas personas constituía una amenaza real, actual y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad. Un comentario a ésta última en Muir, E., “Libre circulation des citoyens de l’Union et liste noire de Schengen. (Arrêt ‘Commission c. Espagne’ ‘liste noire du SIS’)”, en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, vol. 1/2006, pp. 172-177.

¹⁴³ A modo de ejemplo, véase Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 10 de Madrid, de 13 de noviembre de 2007 (FJ 2). Incluso, alguna resolución judicial como el Auto del Juzgado de lo Penal nº 7 de Bilbao, de 18 de diciembre de 2007, deja sin efecto la expulsión del esposo de una ciudadana comunitaria condenado a un año de prisión, valorando, además, la posibilidad de suspensión de la pena por razones de arraigo familiar [consulta realizada el 10 de octubre de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/jurisprudencia/AutoNOexpul2MATRIM.pdf>.

¹⁴⁴ Sin embargo, hay claroscuros. Así, la discrecionalidad que la Directiva otorga a los Estados para la definición del concepto de familia comunitaria, que puede permitir que el ámbito de aplicación personal de la libre circulación de personas no sea homogéneo en todos los Estados miembros. *Cfr.* Olesti Rayo, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁵ La asociación entre ejercicio del derecho de libre circulación y residencia y derecho a la reagrupación familiar (Preámbulo del RD 240/2007, de 14 de febrero).

con el reagrupante¹⁴⁶. Lógicamente lo que está en juego con la determinación del estatuto personal del extracomunitario es la atribución del disfrute de derechos y su extensión¹⁴⁷.

No resulta suficiente con acreditar la existencia de cualquier vínculo familiar para que se haga pasar a la persona del estatus de “extranjero” al de “beneficiario del Derecho comunitario”. Se ha dado una primacía a los parientes directos –miembros de familia en terminología de la Directiva 2004/38/CE–, dando carta de naturaleza a un estatuto “peculiar” que, por su diferencia con el resto de personas que no pueden acreditar los lazos familiares que se exigen, institucionaliza, en la práctica, un trato discriminatorio porque no tiene otro fundamento que la aleatoriedad del parentesco¹⁴⁸.

Qué decir de la peculiar referencia a la pareja de hecho *registrada*, que introduce unos parámetros de inseguridad jurídica y crea consecuentemente una diferenciación no justificada en el ejercicio de las citadas libertades. Esa calificación se deja a la voluntad del legislador de cada Estado miembro, siempre que la citada legislación interna otorgue a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios¹⁴⁹. De este modo, se da la

¹⁴⁶ En concreto, alguno de los indicados en el art. 2 de la Directiva 2004/38/CE como “miembros de familia” o en el art. 3 como “beneficiarios”, si bien para estos últimos su aplicabilidad subjetiva queda a criterio potestativo de los Estados miembros. En el plano interno, art. 2 y D.F.3ª.2 RD 240/2007, de 16 de febrero. Curiosamente, la disposición reglamentaria interna no ha incluido a los ascendientes directos a cargo de la pareja registrada entre los familiares a los que resulta aplicable el régimen comunitario. Otro grave problema es la inclusión o exclusión de los cónyuges del mismo sexo al depender la reagrupación de la validez del vínculo matrimonial homosexual en el Estado miembro de acogida. Véase el análisis de Derecho comparado que realiza Soto Moya, *op. cit.*, p. 260 y ss. La dependencia del acompañamiento o no del cónyuge del mismo sexo a lo que disponga la norma jurídica interna del Estado de desplazamiento supone un serio obstáculo a la libertad de movimiento de los nacionales comunitarios que difícilmente se van a desplazar sin su pareja. Para evitar esta restricción, Soto Moya propone *de lege ferenda* la aplicación del *Herkunftslandprinzip*. A su tenor, un matrimonio válidamente constituido en un Estado miembro lo sería en cualquier otro, por lo menos a efectos de reagrupación, *ibidem*, p. 270.

¹⁴⁷ Un derecho [el de la reagrupación familiar] que desemboca no sólo en una complejidad innecesaria sino también en unas desigualdades injustificadas cuando se trata de ejercer un derecho básico de toda persona, Blázquez Rodríguez, I., “La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual”, en *Portularia*, nº 3, 2003, p. 264.

¹⁴⁸ Somos conscientes de la importancia de este tema y se abordará en profundidad en el capítulo cuarto, más concretamente como criterio selectivo: la reagrupación familiar de los nacionales a los que no resulta de aplicación el régimen comunitario de libre circulación y residencia.

¹⁴⁹ La situación en España es especialmente compleja, porque no existe una normativa estatal al respecto. De este modo, el cumplimiento de una de las condiciones establecidas en el art. 2.2 b) de la Directiva comunitaria es cuestionable “el otorgamiento de trato equivalente al de los matrimonios por la legislación del Estado miembro de acogida”. Sin embargo, el legislador español ha optado por una trasposición *favor actoris*, no literal, de las condiciones establecidas en el mencionado artículo. Así, el RD 240/2007 soluciona el problema, permitiendo la reagrupación de todas aquellas parejas registradas inscritas en un registro público establecido al efecto (art. 2.b). La disposición Final Tercera. Dos del RD 240/2007 incorpora una

paradoja de que una pareja de hecho extracomunitaria podrá no ser equiparada en el trato dado a los familiares nacionales de terceros países sólo por la circunstancia de la inexistencia de legislación interna al respecto. La entrada y residencia de parejas registradas y de hecho en España no está exenta de dificultades, aunque el nivel de complejidad es variable dependiendo de la nacionalidad del reagrupante y del reagrupado¹⁵⁰. Empezamos a vislumbrar, pues, como la línea de separación entre los estatutos personales es más intrincada y fácil de traspasar de los que se presupone, aunque el objetivo final siempre sea la limitación del círculo de beneficiarios del derecho de libre circulación y residencia comunitaria¹⁵¹.

Para el resto de familiares, ¿qué se prevé? Simplemente se favorecerá o facilitará su entrada y residencia¹⁵². Las condiciones reaparecen para profundizar en el trato discriminatorio entre personas: siempre que estén a cargo o vivan con el ciudadano de la Unión [entiéndase asimilado también] beneficiario del derecho de residencia con carácter principal, o en el caso de que, por motivos graves de salud, sea estrictamente necesario que el ciudadano de la Unión [*sic*] se haga cargo del cuidado personal del miembro de la familia; o sea una pareja con la que el ciudadano mantenga una relación estable, debidamente probada (art. 3.2 Directiva)¹⁵³. Eso sí, el legislador español tendrá plena

D.A. vigésima en el RD 2393/2004, que en su apartado 1. b) establece idéntica regla jurídica para los familiares de ciudadano español.

¹⁵⁰ Cfr. Soto Moya, M., “La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho”, en *Diario La Ley*, año XXVIII, nº 6786, 25 de septiembre de 2007, p. 5.

¹⁵¹ No obstante, resulta curioso que la noción de “miembros de familia” contenida en el RD 240/2007, de 16 de febrero, es, en algunos aspectos, más amplia que la que se establece en la Directiva 2004/38/CE. Un estudio reciente al respecto en Blázquez Peinado, “La transposición en Derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero”, *op. cit.*, p. 603 y ss.

¹⁵² La libertad de circulación se construirá de forma asimétrica respecto a las parejas de *hecho* no registradas dejándose a merced de la legislación del Estado de acogida. Disposiciones como las de facilitar la reagrupación de las parejas de hecho no registradas (art. 3.2. b Directiva) prohíben a los Estados adoptar una política de no- admisión generalizada de las parejas de hecho, aunque tampoco de admisión generalizada. Soto Moya, *op. cit.*, pp. 305-306. Las instrucciones de la Dirección General de Inmigración de 22 de marzo de 2007, relativas a la aplicación del RD 240/2007 son claras: la ausencia de inscripción de la pareja de hecho en el Registro Civil Central del Ministerio de Justicia no permite otorgar la tarjeta de familiar comunitario a una pareja de hecho registrada (instrucción primera, tres), [consulta realizada el 11 de marzo de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/legislacion/InstrMTASCom.pdf>.

¹⁵³ Sobre la aplicación del concepto de “a cargo” a un menor comunitario cuyos padres son nacionales de un tercer Estado, véase la mencionada STJCE de 19 de octubre de 2004, as. *Chen & Zhu*.

potestad para aplicarles las normas de extranjería contempladas en la LOEXIS, que es *de facto* lo que está haciendo hasta el momento¹⁵⁴.

C. Una reparación legal del régimen del nacional de tercer Estado familiar de nacional español

En el apartado anterior hemos analizado una categoría que incluye a cualquier nacional de tercer país familiar de un ciudadano de la Unión. ¿Qué sucede con los familiares de ciudadano español que no ejercitan el derecho comunitario de libre circulación? Pues bien, a nivel del Derecho interno, el régimen específico que se examina resulta completado con la extensión de las reglas que sobre la materia están incluidas en el RD 240/2007 y que, con carácter general, se aplica a los familiares de españoles¹⁵⁵. Desde el punto de vista legal, esta norma era perentoria por la incompatibilidad declarada judicialmente entre ciertas disposiciones del antiguo Reglamento y las Directivas comunitarias que, hasta la aprobación de la Directiva 2004/38/CE, estaban vigentes¹⁵⁶. La nueva regulación, en una primera aproximación, ha corregido la imputación de sospecha que sobre el familiar hacía recaer la primitiva redacción del RD derogado¹⁵⁷. El recelo

¹⁵⁴ La inquietante apelación a la legislación nacional deja en manos de la potestad de los Estados una mayor discrecionalidad selectiva. Véase art. 3.2 *in fine* Directiva. Se comprueba “como la normativa de extranjería ejerce una *vis atractiva* respecto de cualquier situación relativa a reagrupación familiar que, por las razones que sea, excedan del estricto ámbito de aplicación establecido en el espacio comunitario”. Ramos Quintana, M., I., “Disposición Adicional Decimonovena. Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 1013. Quizá la solución más adecuada y factible, sería la que opte por una reglamentación unívoca de los familiares independientemente de que éstos se encuentren o no ejerciendo una de la libertades económicas comunitarias, Blázquez Rodríguez, “Los nacionales de terceros países en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 183.

¹⁵⁵ Disposición adicional vigésima del RD 2393/2004, de 30 de diciembre, introducida por la DF tercera del RD 240/2007, de 14 de febrero.

¹⁵⁶ No obstante, en el Preámbulo del RD 240/2007 no se hace mención alguna a esa incompatibilidad. De su lectura se desprende que se ha procedido a la incorporación del contenido de la Directiva comunitaria en el Ordenamiento jurídico interno, una transposición que ha llegado con un año de retraso.

¹⁵⁷ El RD 178/2003 no era una norma prevista exclusivamente para la entrada y permanencia por razones laborales, profesionales o económicas. García Murcia, J., “Sobre la entrada y permanencia en España de ciudadanos comunitarios”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 3, julio de 2003, p. 4. A título indicativo, el RD 178/2003 fue objeto de reparo judicial en el nivel interno, al anularse *inter alia*, su art. 2, relativo a la exigencia de un vínculo de convivencia estable y permanente con el titular del derecho para obtener la exención del requisito de visado. En este sentido, la STS de 10 de junio de 2004 (RJ2004/3885) vino a disponer la nulidad de pleno derecho del citado precepto que establecía en su primitiva redacción la necesidad de acreditar la convivencia en España al menos durante un año de los

respondía al descreimiento del Derecho interno hacia el tratamiento unitario de los beneficiarios del Derecho comunitario¹⁵⁸. La fisonomía jurídica del extranjero, tal y como se ha ido definiendo en el Derecho positivo español, difícilmente casa con la consideración de un “extracomunitario” que escape al régimen general de extranjería.

La situación de incompatibilidad fue puesta de manifiesto también por la jurisprudencia comunitaria. Como se encargó de recordar el TJCE, el cumplimiento de los requisitos impide la imposición de condiciones al ejercicio del derecho por parte de cualquiera de los titulares del mismo, sea nacional comunitario o no. El principio de proporcionalidad se erige en un principio rector del ordenamiento comunitario y, en un plano conceptual, en una seña de identidad de la diferenciación de estatus entre las personas¹⁵⁹. Este patrón axiológico permitiría una interpretación favorable de la norma. Lo que es contraproducente con cualquier criterio elemental de justicia es que el principio se pretiera o se active en función del régimen jurídico aplicable al extranjero¹⁶⁰. Sin embargo, subsisten algunas sombras como la transposición restrictiva del art. 23 Directiva 2004/38/CE en lo que se refiere al derecho al trabajo de los ascendientes y descendientes

extranjeros cónyuges de español o de residente legal que sea nacional de un Estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho. Afirmaba el Alto Tribunal que un Estado miembro no puede denegar, en la frontera, la entrada a un nacional de un país tercero, cónyuge de un nacional de un Estado miembro, cuando dicho cónyuge pueda probar su identidad y el vínculo matrimonial, siempre y cuando no concurran circunstancias que permitan demostrar la representación de un riesgo potencial para el orden, la seguridad o la salud pública (FJ2). Un comentario a la misma en Arenas García, “La incompatibilidad del Derecho español con el comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios [Comentario a la STJCE (Sala 2ª) de 14 de abril de 2005]”, *op. cit.*, pp. 986-994.

¹⁵⁸ La norma hoy derogada (RD 178/2003) regulaba de manera confusa en su articulado la situación de los familiares de los españoles y la de los comunitarios, Arce Jiménez, “Los familiares extranjeros del español en el Derecho de extranjería (libertad de circulación y residencia en el nuevo ‘espacio de libertad, seguridad y justicia’)”, *op. cit.*, p. 33. No parece que la nueva disposición reglamentaria haya solucionado mucho esa indefinición.

¹⁵⁹ Los pronunciamientos del TJCE en la materia son reiterados, sobre todo a raíz de la Sentencia *MRAX* de 2002. En la Sentencia (Sala 2ª), de 14 de abril de 2005, as. C-157/03, *Comisión de las Comunidades Europeas v. España* (DOUE C 132, de 28 de mayo de 2005), el Tribunal recuerda que declaró que España no había adaptado correctamente su ordenamiento jurídico interno a las Directivas comunitarias, al imponer a nacionales de terceros países, miembros de la familia de un nacional comunitario, la obligación de proveerse de visado de residencia –de reagrupación familiar– para la obtención de un permiso de residencia.

¹⁶⁰ El principio de proporcionalidad permitiría esa interpretación laxa de la exigencias de requisitos formales, entre ellos, el visado. Véase Quirós Fons, “Familiares extracomunitarios, protagonistas del RD 178/2003. Futura incidencia de la propuesta de Directiva sobre libre circulación”, *op. cit.*, p. 253. Al respecto, precisar que la tarjeta de residencia es un derecho del extranjero que reside en España, y no un instrumento de control por parte del Estado de acogida, una emisión que no es precisa para que exista el derecho de residencia, que existe desde el momento en que se cumplen las circunstancias previstas en el Derecho comunitario para que el ciudadano comunitario o sus familiares se establezcan en el Estado de acogida.

mayores de 21 años de los ciudadanos de la Unión que queda vacío de contenido, una enésima reaparición del espíritu selectivo de la sociedad de acogida¹⁶¹. Otra forma de discriminación es la propia exclusión del régimen comunitario de los ascendientes de ciudadano español que no vivan a cargo de éste¹⁶². El supuesto resulta habitual cuando se trata de padres de españoles de origen menores de edad que, si están en situación irregular en nuestro país, sólo podrán encontrar, cuando la Administración lo estime conveniente, la vía del arraigo social para escapar a la expulsión¹⁶³. La razón última de la inclusión de los

¹⁶¹ *Cfr.* Infante Domínguez, M., y Peña Pérez, A., “Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: incumplimiento de España al restringir el derecho a trabajar de los ascendientes y descendientes mayores de 21 años beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 15, julio de 2007, pp. 51-60; Soto Moya, “Acceso al mercado laboral español de los familiares nacionales de terceros Estados de españoles y comunitarios (análisis de las novedades introducidas por el RD 240/2007, de 16 de febrero)”, *op. cit.*, p. 4. Una posición doctrinal contraria en Blázquez Peinado, “La transposición en Derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero”, *op. cit.*, p. 621.

¹⁶² *Cfr.* la recomendación del Defensor del Pueblo al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 6 de septiembre de 2007 en relación con la inaplicación del art. 2.d) RD 240/2007 a los ascendientes directos de ciudadanos españoles o de su cónyuge, [consulta realizada el 26 de abril de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/RecDefPuebloModifRD240-07.pdf>. La citada Recomendación no fue aceptada por la Administración según escrito del Director del Gabinete del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 12 de diciembre de 2007 [consulta realizada el 2 de julio de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/estranxeria.pdf>. Entre otras alegaciones, se indica que la incorporación de la DA vigésima no tenía otra finalidad que la de “garantizar una política de inmigración sostenible” para concluir afirmando el consenso habido en la aprobación de la norma. Curiosamente esta norma, al parecer por ese consenso, no puede ser reformada, y si otras que inciden en restringir el ámbito de familiares objeto de reagrupación. Precisamente, entre otros aspectos, las asociaciones “Andalucía Acoge” y la “Asociación pro Derechos Humanos de Andalucía” han presentado un recurso contencioso-administrativo ante el TS contra el RD 240/2007 donde se recoge la norma recogida en el art. 2.d) cuyo texto íntegro puede consultarse en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/jurisprudencia/recursoTS240.pdf> [consulta realizada el 2 de agosto de 2008]. En la actualidad la Comisión Europea estudia esta incorrecta transposición.

¹⁶³ En el capítulo quinto abordamos este asunto en relación con el arraigo como criterio de selección. No obstante, avanzamos la resistencia de la Administración a conceder la autorización en estos supuestos. Por ejemplo, puede consultarse la respuesta de la Dirección General de Inmigración a consulta planteada por la oficina de extranjería de Cádiz, de fecha 17 de abril de 2007 [consulta realizada el 25 de abril de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/PADREESP.pdf>; asimismo, la Resolución de 26 de marzo de 2008 de la Dirección General de Inmigración [consulta realizada el 30 de abril de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/DGIResInteres.pdf>. En contraste, resulta igualmente interesante la recomendación emitida por el Defensor del Pueblo, en contestación a una queja planteada al respecto que, recordando la STJCE de 19 de octubre de 2004 -as. *Chen Zhu*-, aboga por la tramitación de las solicitudes de autorización por circunstancias excepcionales, sin necesidad de alegar estar incluido en los supuestos previstos en el art. 45 Regl. LOEXIS, considerando que la posible expulsión del progenitor que no puede regularizar su situación irregular es tanto como “expulsar” de forma implícita al menor [consulta realizada el 25 de abril de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/DefPuebloPadresEspanol.pdf>. Esta doctrina empieza a ser asumida en la práctica jurisprudencial interna. Véase, por todas, STSJ del País Vasco, de 19 de abril de 2007 (RJ\2007\290121), que reconoce el derecho de la madre de un menor español a la autorización de residencia por circunstancias excepcionales; STSJ de Castilla y León, de 18 de julio de 2008 -Sala de lo Contencioso-Administrativo de Burgos- (RJ\2008\300199), que reconoce el derecho de una madre de nacionalidad paraguaya a la obtención de la tarjeta de familiar de ciudadano de la Unión, siendo su hija de nacionalidad española y estar a su cargo; la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de

ascendientes de los nacionales españoles y los de su cónyuge o pareja registrada en el ámbito de aplicación de la LOEXIS obedece, como subraya Soto Moya, “a la intención de penalizar a aquellos que han adquirido la nacionalidad española de forma derivativa, que son los que en mayor número de ocasiones tendrán unos progenitores nacionales de terceros Estados [...]. Limitar la entrada de los progenitores del cónyuge o pareja registrada que sea nacional de tercer Estado”¹⁶⁴.

III. LA INEXISTENCIA DE UN ÚNICO ESTATUTO DE “NO BENEFICIARIO DEL DERECHO COMUNITARIO”

1. La complejidad de esta categoría personal

En el epígrafe anterior hemos analizado cómo la relación entre lo que significa, a efectos de libre circulación, ser comunitario o ser extracomunitario es menos pacífica de lo que parece. Estamos, por consiguiente, ante la institucionalización de una noción de “nacional comunitario” mucho más compleja que la que podría reflejar una elemental diferenciación de estatutos personales, y que extiende su alcance subjetivo al conjunto de la unidad familiar a los efectos de la entrada y permanencia en el territorio de un Estado miembro. Hemos advertido como esa nueva concepción del carácter de “comunitario” tiene como principal consecuencia la extensión de la equiparación en los derechos que traen causa de la libre circulación y residencia: una especie de apertura selectiva hacia ciertos nacionales para que pasen a formar parte del “club privilegiado” de los ciudadanos que no dependen de una autorización pública para ser admitidos en la sociedad de destino¹⁶⁵.

San Sebastián, de 28 de julio de 2008, ha reconocido el derecho de la recurrente a la concesión de la autorización pese a la existencia de antecedentes penales, valorando la prevalencia del interés de su hijo de nacionalidad española. Incluso, una resolución del Delegado de Gobierno de la Rioja, de 4 de noviembre de 2008, revoca la orden de expulsión y la sustituye por multa al tener la recurrente una hija menor de edad de nacionalidad española [consulta realizada el 11 de noviembre de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/RevocRioja.pdf>.

¹⁶⁴ “Acceso al mercado laboral español de los familiares nacionales de terceros Estados de españoles y comunitarios (análisis de las novedades introducidas por el RD 240/2007, de 16 de febrero)”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁶⁵ *Cfr.* Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, *op. cit.*, p. 173.

La nueva dicotomía se erige sobre la significación de lo que supone ser o no ser beneficiario del Derecho comunitario. Hemos observado, asimismo, como el principio de unidad familiar se constituye en eje central del sistema de libre circulación y residencia comunitaria. El legislador y el exegeta comunitario se “entregan” a la protección de la vida en familia, hasta el punto de que toda la carga impositiva del Derecho de extranjería (penalizaciones, fiscalizaciones exhaustivas, etc.) se “reconvierte” en aras del beneficio del ejercicio del derecho de vida en familia del nacional de la Unión, del EEE, o Suiza.

La exclusión de ese sistema privilegiado de ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia tiene una consecuencia jurídica crucial para el futuro personal y social del inmigrante: la aparición del Derecho de extranjería en su plenitud. Sin embargo, a partir de aquí, la complejidad se incrementa puesto que, primero, no existe un estatuto sistemático y unívoco de “no beneficiario del Derecho comunitario”. Y segundo, dentro de este amplio espectro, la calificación legal del extranjero se va a convertir en el principal referente de las expectativas de las opciones de vida de una persona inmigrante¹⁶⁶. Indudablemente, la situación jurídica y personal de un inmigrante “irregular” es diametralmente opuesta a la de un residente permanente, por mucho que ambos compartan el calificativo de extranjeros no beneficiarios del Derecho comunitario¹⁶⁷. De este modo, la calificación del extranjero no beneficiario del Derecho comunitario determinará su mayor o menor grado de exclusión¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Algunos autores como Ordóñez Solís califica de “residual” el estatuto que integra los ciudadanos no comunitarios [entiéndase no beneficiarios del Derecho comunitario] que tiene en cuenta, fundamentalmente, su dimensión estrictamente económica. “Ciudadanos de la Unión, trabajadores no comunitarios y libre circulación: tendencias constitucionales y desarrollos jurisprudenciales en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 12.

¹⁶⁷ La calificación como “irregular” introduce a la persona a la que se le aplica en el “no-mundo”, ese territorio donde el Derecho se desentiende de la no-discriminación por razones de índole familiar y nacional, de la equidad y ponderación en la ejecución de las medidas de coerción, etc., simplemente porque el Derecho no se preocupa por lo que no es mundo. Mientras, la situación del residente permanente es idéntica a la del nacional español, salvo en lo que concierne al ejercicio de los derechos de orden político, aunque respecto a éstos, el Gobierno parece decidido a realizar las reformas legales y a suscribir los convenios que contemplen la reciprocidad necesarias para hacer efectivo los mismos en el ámbito municipal. Noticia del diario Siglo XXI.com de 12 de julio de 2008 [consulta realizada el 12 de julio de 2008] disponible en <http://www.diariosigloxxi.com/texto-ep/mostrar/20080709153503>.

¹⁶⁸ Como indicara De Lucas Martín, F., J., el proyecto político de la UE [que da carta de naturaleza al espacio privilegiado] institucionaliza la exclusión. “Ciudadanía y Unión Europea intercultural”, en De Prado Rodríguez, J. (coord.), *Diversidad cultural, identidad y ciudadanía*. Córdoba, 2001, p. 157.

Considerando las importantes consecuencias que se derivan de la calificación administrativa del extranjero en materia de realización de derechos en general, creemos adecuado sistematizar esas complejas peculiaridades. En este sentido, como hemos puesto de manifiesto en este capítulo, la tradicional dicotomía ciudadano/extranjero, salvo en lo que respecta a los derechos políticos de sufragio activo y pasivo en elecciones de carácter general o regional y ciertos puestos de la Función Pública, se ha metamorfoseado en un estatuto de comunitario que refuerza la condición de nacional, extendida a los nacionales asimilados y sus respectivos familiares. En sentido divergente, por efecto de la *vis* jurídica del Derecho comunitario, en materia de libre circulación y residencia todo el Derecho interno de extranjería se ha desplazado desde el concepto de nacional al de “beneficiario del Derecho comunitario”, o sea, aquel que forma parte del concepto de “extranjero inmigrante” porque no puede acreditar vínculo parental para ser equiparado a los comunitarios o asimilados, al menos en cuanto a la principal manifestación jurídica del *ius migrandi*: el derecho de libertad de circulación¹⁶⁹.

La inaplicación del régimen por el que se rigen los beneficiarios del Derecho comunitario a la libre circulación no significa que todos los extranjeros que quedan fuera de ese ámbito personal de aplicación tengan un estatuto análogo¹⁷⁰. Es más, en el Derecho

¹⁶⁹ El “no beneficiario del Derecho comunitario” solamente es un no beneficiario de ese Derecho “privilegiado” de libre circulación. En ningún caso significa que quede al margen de las normas comunitarias de entrada y permanencia.

¹⁷⁰ Véase la clasificación de estatutos legales de residentes que realizan Aleinikoff, T., A., y Klusmeyer, D., que distinguen entre ciudadanos, ciudadanos europeos, no ciudadanos permanentes y no ciudadanos temporales. *Citizenship Policies for an age of migration*, Washington D.C., 2002, p. 65. Asimismo, queremos destacar la distinción de *asentados, precarios e indocumentados* que de los inmigrantes en España apunta Cachón Rodríguez, L., “Discriminación y lucha contra la discriminación de los trabajadores inmigrantes”, en Checa, F., ... [et al.] (edit.), *La integración como participación social*, Barcelona, 2004, p. 126 y ss; otras posibles clasificaciones en Sagarra i Trias, E., “Inmigración en la Unión Europea: normativa y políticas comunitarias”, en *Papeles de economía española*, (Ejemplar dedicado a: Inmigración en España), nº 98, 2003, pp. 37-41; Pérez González, C., “Los diferentes estatutos jurídicos de los migrantes. El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, en Mariño Menéndez, F., M. (coord.), *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las migraciones*, Madrid, 2006, pp. 198-217. Por su parte, a las categorías de ciudadano y extranjero, autores como Hammar o Wihtol de Wenden añaden las de semiciudadanos, extranjeros que oficialmente siguen siéndolos pero que han adquirido la condición de residente y los *aliens* o irregulares. Al hilo de esta argumentación, De Lucas Martín, F., J., en su obra “Qué políticas de inmigración”, p. 20, distingue cuatro categorías, ciudadanos integrados, ciudadanos no integrados, residentes integrados, residentes no integrados, recogidas en Solanes Corella, “La situación jurídica del extranjero irregular en España”, *op. cit.*, p. 240. Indudablemente, entre los extranjeros existen varios niveles de escalones jurídicos, atendiendo básicamente a los factores del modo de entrada y el origen y que, a nivel de los extracomunitarios, se expresa entre los que tienen una situación económica privilegiada que compensa la carencias que genera la falta de ciudadanía (jugadores de fútbol, p.e.) y los extranjeros inmigrantes económicos (que además de no ciudadanos, no comunitarios, son pobres), *ibidem*, p. 242.

positivo español, las posibles clasificaciones, divisiones, etc., que se extienden allende la condición o no de “irregular”, están dominadas, en la práctica totalidad de sus elementos, por el simple juego político de los compromisos exteriores de España. Por esto se puede afirmar que la *aleatoriedad* es un componente fundamental para calificar qué extranjeros podrán gozar de mayores opciones de ingreso en nuestra sociedad en función de la directriz convencional correspondiente. Este elemento se convierte en el principio rector de la preferencia por determinadas nacionalidades desde el instante en que el interés político se constituye en el referente determinante del futuro personal y social de millones de personas.

El elemento aleatorio sólo viene a evidenciar que las “preferencias” en nuestro ordenamiento jurídico se ejecutan primordialmente en función de la implementación de acuerdos internacionales, sean de perfil laboral o socio-cultural¹⁷¹. La lógica jurídica es difícil de escrutar en este tipo de instrumentos: ¿por qué se suscriben con unos países y no con otros? Las consideraciones culturales y geoestratégicas, frecuentemente aludidas como criterios para su realización, no parecen ser suficientes para explicar las preferencias que, aun tácitamente, institucionalizan.

Sin perjuicio de las peculiaridades que se indicarán *infra* por la aplicación de los macro-acuerdos comunitarios con terceros Estados que bajo la denominación de cooperación o asociación incluyen cláusulas encubiertas de penalización de la libre movilidad de los nacionales de esos países¹⁷², los extracomunitarios que no puedan acogerse a las disposiciones de la Directiva 2004/38 se encontrarán sometidos a una doble fiscalización: la establecida por los acuerdos comunitarios que regulan la entrada en territorio comunitario y la singularidad de los requisitos que cada ordenamiento nacional exija en materia de entrada y permanencia en su territorio. La diferencia de trato es un hecho, desde el punto de vista técnico-jurídico, por la tutela privilegiada del Derecho comunitario hacia ciertas personas¹⁷³. Esta distinción incide de manera negativa en el ejercicio y disfrute de derechos que traen causa originaria en la libertad de circulación,

¹⁷¹ Para un análisis con profundidad de estas “preferencias” materiales nos remitimos al capítulo cuarto de este trabajo.

¹⁷² Queda la duda de su efecto útil para los derechos de los extranjeros.

¹⁷³ En esta afirmación insiste la doctrina española. Por todos, Olesti Rayo, A., “Unión Europea”, en Aja, E., y Díez. L. (edit.), *La regulación de la inmigración en Europa*, Barcelona, 2005, p. 279.

especialmente el *ius residendi* y el derecho al trabajo, derechos sujetos a previa autorización administrativa para unos, mientras para otros es directamente realizable. Así, un nacional que no pueda acogerse a ninguno de los supuestos que establece la Directiva 2004/38/CE tiene condicionado el derecho a la libre circulación al cumplimiento de unos requisitos administrativos de carácter *constitutivo* que no se están pidiendo a otras personas que difieren de aquella sólo por su origen nacional o por una serie tasada de vínculos familiares con determinados nacionales.

En este análisis, en primer término, conviene atender sucintamente a una serie de situaciones jurídicas sometidas a unas reglas especiales que, en un estudio de este tipo, hay que indicar someramente para tener una visión de conjunto, pero cuyo análisis con profundidad es materia de líneas más específicas de investigación. Nos referimos especialmente a los refugiados, apátridas y desplazados¹⁷⁴.

2. Asilados, refugiados, desplazados y apátridas

La inexistencia de un único estatuto de “no beneficiario del Derecho comunitario” profundiza en la estratificación de la categoría personal de los extranjeros. La diferenciación impide que se pueda afirmar rotundamente que el “nuevo excluido” en nuestra sociedad se sintetice en la condición de “no beneficiario” sin mayores especificaciones¹⁷⁵.

El régimen jurídico-positivo de los asilados, refugiados, desplazados y apátridas representa un ejemplo de sistematización de condiciones personales que introducen particularidades en el régimen del no beneficiario pero que, paradójicamente, en último término, no escapan por completo del rígido control de entrada y permanencia instaurado. Se trata de un heterogéneo número de personas que, en principio, emigran por razones

¹⁷⁴ Estos extranjeros quedan sujetos al régimen general de extranjería contenido en la LOEXIS y disposiciones de desarrollo, en todo lo no dispuesto por las normas de Derecho especial a las que se remite el art. 1.2 de la citada norma legal “sin perjuicio de lo establecido en las leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte”.

¹⁷⁵ Más extensivamente, como afirma Carbonell, M., la ciudadanía como estatus discriminatorio entre las personas se revela en toda su crudeza cuando se opone a los inmigrantes, a los refugiados y a los apátridas. “Presentación al libro de Kymlicka”, *Fronteras territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, Madrid, 2006, p. 18. Para un análisis de los fundamentos filosóficos del derecho de asilo, puede verse Naïr, S., y De Lucas Martín, F., J., *El desplazamiento en el mundo: inmigración y temáticas de identidad*, Madrid, 1998, pp. 35-63.

muy concretas. La norma (art. 34 LOEXIS) distingue tres supuestos diferenciados que, en ocasiones, pueden llegar a superponerse pero que responden a circunstancias distintas (art. 11 Ley 5/84, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado). El asilado es un nacional extranjero al que, por circunstancias especiales¹⁷⁶, se le otorga el asilo si se le reconoce la condición de refugiado¹⁷⁷. Mientras, el apátrida es la persona que carece de nacionalidad, bien de forma originaria o sobrevenida¹⁷⁸. Finalmente, quien no puede ser documentado por ningún país, podrá serlo siempre que concurran y se acrediten razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Los requisitos están previstos en los Instrumentos internacionales ratificados por España y, en especial, en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el día 28 de julio de 1951, y en el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967. En el plano comunitario la Directiva 2003/9/CEE del Consejo, de 27 de enero de 2003, aprueba normas mínimas para la acogida de asilo en los Estados miembros para la acogida de solicitantes de asilo en los Estados miembros (DOCE L 31, de 6 de febrero de 2003); la Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004 (DOUE L 304, de 30 de septiembre de 2004) establece normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida; la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, regula las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DOUE, 326, de 13 de diciembre de 2005). En el plano interno véase la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y condición de refugiado (BOE núm. 74, de 27 de marzo de 1984) modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo (BOE de 23 de mayo de 1994), incluyendo la nueva D.A. tercera introducida por la D.A. vigésimo novena de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo), su Reglamento de ejecución aprobado por RD 203/1995, de 10 de febrero (BOE núm. 52, de 2 de marzo) y el art. 34 LOEXIS. Recientemente, puede consultarse el informe del Consejo de Ministros, de fecha 31 de octubre de 2008, sobre el anteproyecto de la nueva Ley de Asilo [consulta realizada el 10 de noviembre de 2008], disponible en <http://www.la-moncloa.es/ConsejodeMinistros/Referencias/2008/refc20081031.htm#Asilo>.

¹⁷⁷ Del estudio conjunto de las disposiciones indicadas anteriormente puede desprenderse que las normas utilizan más la definición de refugiado para referirse a la condición personal y asilo para el contenido material que constituye el citado estatuto, a pesar de que el ordenamiento jurídico-positivo especial intercambia ambos conceptos reiteradamente (art. 1 y ss. Ley 5/1984). La diferenciación de ambas nociones, desde el punto de vista iusinternacionalista, es analizada por Arenas Hidalgo, N., por todas, “La desprotección del refugiado o de la Europa insolidaria”, en Fernández Sánchez, P., A. (edit.), *La desprotección internacional de los derechos humanos (a la luz del 50 aniversario de la declaración Universal de Derechos Humanos)*, Huelva, 1998, pp. 133-141.

¹⁷⁸ El supuesto de la apatridia originaria es imposible de acuerdo con nuestro sistema interno de nacionalidad por aplicación del art. 17 Cc, letras c) y d).

¹⁷⁹ La situación de “indocumentado”, sin ser propiamente la de apátrida, está en progresivo aumento por la propia presión de los países de origen, puesto que numerosos inmigrantes provocan deliberadamente esa circunstancia para tener mayores posibilidades de no ser expulsados de las sociedades de destino. Los penosos traslados a la península de indocumentados, acacidos en los últimos años, es una prueba más del escaso interés de los Estados de destino por la afirmación del derecho de la persona a ser reconocido por su identidad personal. Su desarrollo reglamentario se encuentra en el art. 107 Regl. LOEXIS.

Un candidato a la condición de asilado no es un migrante cualquiera¹⁸⁰. En principio, el simple hecho de solicitar el asilo supone dejar en suspenso el propio rechazo en frontera o, en su caso, cualquier proceso de expulsión o devolución en el que estuviera incurso el solicitante hasta que se dictamine sobre una posible inadmisión a trámite o sea resuelta su petición (art 5 Ley 5/84; 58.3 LOEXIS). Sin embargo, la inaplicación provisional del Derecho de extranjería en materia sancionadora, lógica desde el punto de vista de la seguridad jurídica del interesado, es un fuerte aliciente para aquellas personas que, una vez han conseguido entrar en el territorio nacional, pretenden permanecer al precio que sea. Sobre todo cuando saben que todavía tienen una última oportunidad en caso de que se decrete la inadmisión a trámite o la desestimación de su solicitud: la invocación de razones humanitarias o de interés público (art. 31.4 LOEXIS). Estas razones podrán ser consideradas suficientes, eso sí a criterio discrecional del órgano gubernativo competente, para la permanencia excepcional en España¹⁸¹.

¹⁸⁰ Un estudio de la evolución experimentada por el derecho a solicitar asilo tomando como elementos de análisis la práctica española y de la UE, en Orihuela Calatayud, E., “Asilo y refugiados: ¿solidaridad o seguridad?”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 22, 2004, pp. 189-222; Ledesma Bartret, F., “Libertad de circulación y derecho de asilo en la Unión Europea. La doctrina del Consejo de Estado”, en *Civitas. Revista española de Derecho administrativo*, nº 89, enero/marzo 1996, pp. 5-36; Espada Ramos, M., L., y Moya Escudero, M., “La ley reguladora de asilo y condición del refugiado de 26 de marzo de 1984: ¿nacionalismo o internacionalismo?”, en *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 6, nº 1, enero-marzo 1985, pp. 73-110; Balaguer Callejón, M., L., “La regulación del derecho de asilo en la normativa comunitaria”, en *Revista de Derecho constitucional europeo* nº 2, 2004, pp. 275-286; Arenas Hidalgo, “La desprotección del refugiado o de la Europa insolidaria”, *op. cit.*, pp. 142-190; Labayle, H., “Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne”, en *Cahiers de Droit Européen*, vol. 3, 2004, p. 611 y ss; Gortázar Rotaeché, C., J., “Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 1, mayo 2003 [consulta realizada el 25 de julio de 2007] disponible en www.iustel.com; Bontempi, R., “Hacia una política europea de inmigración y un régimen común en materia de asilo”, en *Revista CIDOB d'affers internacionals*, nº 53, dedicado a Ciudadanía europea e inmigración, 2001, pp. 107-123; Boggio, C., “Perspectivas y retos del asilo y el refugio en Europa”, en *Documentos CIDOB*, serie migraciones, nº 7, 2006 [consulta realizada el 13 de julio de 2007], disponible en http://www.cidob.org/es/content/download/2688/22750/file/doc_migraciones_7.pdf; Quesada Alcalá, C., “A vueltas con Europa y su política de asilo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Asunto Salah Sheekh c. Países Bajos* de 11 de enero de 2007”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 13, mayo 2007 [consulta realizada el 20 de julio de 2007], disponible en portal www.iustel.com; Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, *op. cit.*, p. 207 y ss; Barbero Rodríguez, E., “El asilo en derecho europeo”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, pp. 689-708. Consúltense además la Resolución del Parlamento Europeo, de 21 de junio de 2007, sobre asilo: cooperación práctica, calidad del proceso de toma de decisiones en el sistema europeo común de asilo (2006/2184(INI)) (DOUE C146 E/364 del 12.6.2008) y el Dictamen del Comité de las Regiones sobre “El futuro sistema europeo común de asilo” (DOUE C 172/24, de 5 de julio de 2008) y el documento de trabajo de los servicios de la Comisión publicado el 24 de septiembre de 2008 sobre Plan de política de asilo en la UE. Un planteamiento integrado de la protección en toda la UE, disponible en www.intermigra.info/extranjeria/archivos/legislacion/Asilo0908.pdf.

¹⁸¹ Véase art. 45.3 y 4 Regl. LOEXIS y los arts. 31.3, 31.4 y 34.1 Regl. Asilo. El supuesto previsto en el art. 31.3 indicado lleva inherente una autorización de trabajo.

Quizá la definición de refugiado es la cuestión que despierta más interrogante con relación a su compatibilidad con las obligaciones internacionales (e internas) de los Estados¹⁸². En este sentido, la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado proporciona un cierto sentido en la materia¹⁸³.

Sin embargo, el problema irresuelto sigue siendo el precario equilibrio que, en la relación asilo e inmigración, reina en la Comunidad internacional¹⁸⁴. El distinto grado de realización de los derechos de circulación y residencia de los solicitantes de asilo se construye sobre un acto –la concesión del derecho de asilo– que posibilita a su titular “escapar” de la onerosidad de la legislación común de extranjería en razón del estatuto personal alcanzado¹⁸⁵. La concesión de asilo es un acto jurídico que implica la inaplicación del régimen de devolución (art. 12 Ley 5/84 y art. 34.3 LOEXIS)¹⁸⁶. El asilado dispone de un derecho *ope legis* a residir y a desarrollar actividades laborales, profesionales y

¹⁸² Gil Bazo, M., T., “La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam a la luz del Derecho internacional de los Derechos Humanos”, en Mariño Menéndez, F., M., y Fernández Liesa, C., (dir. y coord.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, Madrid, 2001, p. 169; véase asimismo Mariño Menéndez, F., M., “La convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, pp. 714-715.

¹⁸³ DOUE L 326, de 13 de diciembre de 2005. Sobre la misma véanse los comentarios realizados por Pérez González, C., “La Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado en el marco del sistema común de asilo de la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 11, octubre de 2006, [consulta realizada el 28 de junio de 2007], disponible en www.iustel.com; Quesada Alcalá, C., “Las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Comentario a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 12, enero de 2007 [consulta realizada el 25 de junio de 2007] disponible en www.iustel.com. Además, el 6 de junio de 2007, la Comisión Europea publicó un Libro verde sobre el futuro sistema europeo común, COM (2007) 301 final.

¹⁸⁴ Quesada Alcalá [consulta realizada el 26 de junio de 2007], *ibidem*, p. 32.

¹⁸⁵ Un estatuto no reconocido en unidad documental en el ordenamiento interno, pero sí inferible del urdido *corpus* de disposiciones de la materia y cuyo análisis pormenorizado traspasa los límites de esta investigación. No podemos dejar de recordar, como indica Arenas Hidalgo, que no existe norma de Derecho internacional que imponga a los Estados la obligación de otorgar asilo, una facultad que es consecuencia de la soberanía de los Estados. “La desprotección del refugiado o de la Europa insolidaria”, *op. cit.*, p. 132.

¹⁸⁶ En cualquier caso hay que tener en cuenta que el asilo territorial es una forma genérica de acogida protectora donde se impone una norma imperativa de Derecho Internacional general (el principio de no devolución o *non refoulement*) como recuerda Mariño Menéndez, “La convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados”, *op. cit.*, pp. 716-717.

mercantiles (art. 34.3 LOEXIS y art. 33.1 Regl. Ley 5/84)¹⁸⁷. La ausencia de sujeción al régimen de autorizaciones preceptivas para el ejercicio de sus derechos se acompaña de la no consideración de la situación nacional de empleo para el acceso al mercado de trabajo¹⁸⁸. Además, el principio de protección de la unidad familiar hace extensible su condición a los familiares indicados en el art. 10.1 Ley 5/84, con la excepción de los supuestos contemplados en los arts. 1.F y 33.2 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y al protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados, hecho en Nueva York el 31 de enero de 1967.

Todo ello introduce unas excepciones al régimen general de extranjería, que no puede hacernos olvidar que el acceso a este régimen, análogo al que disfrutaban los nacionales beneficiarios de las libertades comunitarias de circulación y residencia, se aplica de forma muy restrictiva¹⁸⁹. El hecho de que el régimen de asilo se aplique estrictamente en relación con la especificidad de la institución jurídica no impide considerar, desde el punto de vista filosófico-político, que la línea de separación entre la presente institución –en función de unos motivos excepcionales de “persecución” en origen que obligan a huir a la persona–, y la aplicación general del sistema, es más acusada de lo que pueda parecer.

El inmigrante que huye de su país lo hace, en buena medida, condicionado por los males estructurales en origen. La distinción entre un “perseguido” político, religioso o étnico y un migrante económico es moralmente aceptable¹⁹⁰. No lo resulta tanto la

¹⁸⁷ Además de la expedición del documento de identidad necesario y, en su caso, de viaje (art. 13.1 Ley 5/1984). Por circunstancias excepcionales de índole política, económica y social, determinadas mediante Ley, podrá, con carácter general, denegarse la concesión de la autorización de residencia y trabajo (art. 16).

¹⁸⁸ La Directiva 2004/83/CE, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (DO L 304 de 30 de septiembre de 2004), permite la prioridad para el acceso al mercado de trabajo en algunas circunstancias teniendo siempre en cuenta, a estos efectos, la situación en el mercado de trabajo. Balaguer Callejón, “La regulación del derecho de asilo en la normativa comunitaria”, *op. cit.*, pp. 279-280.

¹⁸⁹ Los riesgos de que la configuración de un sistema regional europeo de asilo se convierta en la práctica en un modo de endurecer las condiciones de acceso a los procedimientos y las garantías debidas a los solicitantes están presentes. Véase Pérez González, “La Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado en el marco del sistema común de asilo en Europa”, *op. cit.*, p. 10.

¹⁹⁰ La confusión generalizada entre los conceptos de emigrantes y refugiados lleva inexorablemente a un tratamiento inadecuado de la noción de refugiado. Peláez Marón, J., M., “La entrada en España de inmigrantes irregulares y el Derecho internacional humanitario”, en Del Valle Gálvez, J., A., y Acosta

peligrosa y permanente sospecha de fraude en que se incardina al solicitante de asilo, hasta el punto de que antes que favorecer la protección de la situación de la persona se prefiere considerarlo como un extranjero más, y como tal se le somete al escrutinio de la prueba de la verdad¹⁹¹.

Realmente, la concesión del régimen especial a los asilados actúa como un filtro más de admisión. De hecho conseguir esa calificación jurídica es tarea compleja, en cuanto los Estados, y España no es una excepción a la regla, son reticentes no ya a otorgar esa condición sino incluso a admitir a trámite las peticiones respectivas¹⁹². La potestad discrecional de los poderes públicos y la nula prestancia administrativa (más bien pasividad absoluta) en este tipo de situaciones, sumamente restrictivas por su excepcionalidad, podría vulnerar el derecho básico que toda persona tiene a la documentación que acredite su identidad¹⁹³. Y es que, como afirma Orihuela Calatayud, el derecho de los Estados a regular la entrada de los extranjeros en su territorio y la lucha contra la inmigración irregular no debería desnaturalizar el asilo ni modificar su carácter humanitario y la solidaridad que la protección frente al desamparo guiaba en otros tiempos a su concesión¹⁹⁴. Un ejemplo de este giro preocupante en la restricción del derecho de asilo lo encontramos en la STEDH, as. *Salah Sheekh v. Países Bajos*, de 11 de enero de 2007¹⁹⁵. Por todo ello, nos preguntamos si no es hora de “volver a fundar el derecho de

Sánchez, M., Á. (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Cádiz, 2005, p. 34.

¹⁹¹ En el fondo lo que se percibe es una ausencia de una política migratoria por los poderes públicos. Balaguer Callejón, *op. cit.*, p. 285. A modo de ejemplo, una reflexión global sobre el significado del retroceso del derecho de asilo, en De Lucas Martín, F., J., *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Barcelona, 1996, pp. 41-74.

¹⁹² La aplicación indiscriminada de las medidas de control de la inmigración puede concluir en el efectivo impedimento de los solicitantes de asilo de acceder a la protección internacional necesaria, dejando sin efecto el principio de *non-refoulement*. Gil Bazo, “La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam a la luz del Derecho internacional de los Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 157.

¹⁹³ Esta cuestión no es pacífica en la doctrina. A favor, autores como De Lorenzo Segrelles, J., M., “Art. 34. Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 854. En contra, por todos, Santolaya Machetti, P., “Comentario al art. 34”, en Santolaya Machetti, P. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valladolid, 2002, p. 219.

¹⁹⁴ Orihuela Calatayud, “Asilo y refugiados: ¿solidaridad o seguridad?”, *op. cit.*, p. 219.

¹⁹⁵ Como indica Quesada Alcalá en su comentario a la misma, “el abuso del derecho de asilo durante muchos años ha conducido a políticas restrictivas que repercuten en asuntos como *Salah Sheekh v. Países Bajos* examinado ante el Tribunal Europeo [...] encontrándonos en un momento de desprestigio de una institución históricamente reconocida y consolidada, al tiempo que se pone de relieve su necesidad y su incidencia en el

asilo”, como indica Naïr, atendiendo a las nuevas formas de desplazamiento y a la profunda evolución de su naturaleza¹⁹⁶.

Además, una vez logrado ese régimen especial, la inaplicación del Derecho general de extranjería va a estar permanentemente vigilada. El régimen jurídico específico se prorrogará durante el año siguiente a la pérdida de la citada condición, permitiéndose la continuidad de la residencia y no estando obligado su titular, y por ende sus familiares a título derivado, a abandonar el territorio en esa especie de *vacatio*. En ese “tiempo de gracia” no se tendrá en consideración la situación nacional de empleo a efectos de autorización de trabajo por cuenta ajena [art. 40 e) LOEXIS], siempre que obviamente no tenga ya derecho a la residencia permanente¹⁹⁷.

Por otra parte, los desplazados por conflictos graves de carácter político, étnico o religioso pueden acogerse igualmente a las mismas prestaciones asistenciales que los refugiados y asilados una vez se reconoce su situación de beneficiario del régimen de protección temporal¹⁹⁸. En concreto para el ejercicio del derecho declarado en el art. 14.1 RD 2352/2003, se concederá una autorización de residencia temporal debido a las circunstancias excepcionales concurrentes y una autorización de trabajo sin tener en cuenta la situación nacional de empleo (arts. 16.1 RD 1325/2003 en relación con el 41.3.a RD 2393/2004 y 19 RD 1325/2003 en relación con el 79.1.b RD 2393/2004, respectivamente)¹⁹⁹. La concesión de las autorizaciones respectivas trae causa directa de la

respeto de los derechos humanos [...]”. Concluye la autora que “la cuestión problemática estriba, pues, en la búsqueda del equilibrio entre la tramitación efectiva y justa de las solicitudes de asilo (con el consiguiente rechazo de las demandas injustificadas), y la existencia de una serie de políticas globales de asilo de los países de Europa respetuosas con los derechos humanos”. Quesada Alcalá, “A vueltas con Europa y su política de asilo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Asunto Salah Sheekh v. Países Bajos* de 11 de enero de 2007” [consulta realizada el 14 de enero de 2008], *op. cit.*, p. 14.

¹⁹⁶ Naïr, *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 186.

¹⁹⁷ Un derecho que entendemos se adquirirá por la acreditación de la condición de asilado durante cinco años (art. 72.1 Regl. en relación con el 72.3.f).

¹⁹⁸ Un reconocimiento que, con carácter previo, requiere de la declaración general de protección colectiva, que está sujeta a plazo, aunque sea susceptible de sucesiva/s renovación/es (art. 7 RD 1325/2003 cuando la declaración procede del Gobierno español).

¹⁹⁹ Para una profundización del régimen jurídico de esta circunstancia especial de extranjería véase la Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 2º de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas (DOCE L 212, de 7 de agosto de 2001), arts. 79 LOEXIS y 41.3 Reglamento de desarrollo, así como RD 1325/2003, de 24 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento sobre régimen de protección temporal en caso de afluencia masiva de

protección temporal del desplazado lo que, junto al derecho de libre circulación y residencia de que goza el interesado desde la notificación de la resolución estimatoria de su pretensión, permite definir la naturaleza del régimen de entrada y permanencia de estas personas como análoga a la descrita anteriormente. Su capacidad de decisión de moverse por el espacio comunitario quedará asimismo condicionada a la preceptiva autorización en el otro Estado miembro (art. 18 RD 1325/2003). De forma análoga a los asilados, los desplazados temporales podrán extender sus beneficios a los familiares, por petición del beneficiario de la protección (art. 21.1). De todas formas, el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar tiene un alcance más limitativo que el aplicable a los beneficiarios del Derecho comunitario, en cuanto no se extiende a los hijos menores de entre 18 y 21 años.

La denegación de la solicitud de reconocimiento o el fin del régimen de protección temporal, siempre y cuando el desplazado no cumpla los criterios generales para la permanencia en España que establece la LOEXIS, deja expedita la vía alternativa de la autorización de la residencia temporal por razones de protección internacional. La citada vía lleva aparejada una autorización de trabajo durante la vigencia de aquélla²⁰⁰. En el nivel comunitario, el dispositivo de protección, caracterizado por la temporalidad y definido en la Directiva 2001/55/CE, otorga protección a aquellas personas desplazadas en masa que se han visto expuestas a determinadas amenazas respecto de las cuales los Estados se han comprometido a través de instrumentos jurídicos nacionales o internacionales a dar protección (arts. 2 a, c y d; 3.4; 7 y 28)²⁰¹. La elección de circunstancias que tipifican al desplazado está presente igualmente en la norma interna (art. 2 y 3 RD 1325/2003), sin olvidar que el art. 12 de la Directiva en cuestión refrenda la aplicación del principio de preferencia comunitaria como límite de acceso al mercado

personas desplazadas (BOE, de 25 de octubre de 2003). El presente desarrollo reglamentario se ocupa en su capítulo IV del contenido de la protección temporal (en especial el beneficio de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado).

²⁰⁰ Art. 45.3 y 7 Regl. LOEXIS. No podemos olvidar, sin embargo, que estas personas, como los colectivos de refugiados y apátridas, tienen limitada su libertad de circulación fuera del territorio nacional del Estado miembro –pero dentro de las fronteras comunitarias– que los ha acogido. Véase Arenas Hidalgo, N., *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Huelva, 2005, pp. 167-169; Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, op. cit., p. 247 y ss.

²⁰¹ Arenas Hidalgo, op. cit., p. 110. La autora realiza un exhaustivo estudio de la figura del desplazado, del que destacamos especialmente su capítulo IV dedicado a su estatuto jurídico, los derechos garantizados a esas personas y la confusión de las figuras de refugiado y desplazado en la norma comunitaria.

laboral. En consecuencia, el régimen excepcional de la condición de refugiado sólo coadyuva a la obtención de las necesarias autorizaciones pero no establece una equiparación de tratamiento con los ciudadanos del país de acogida²⁰².

Por último, la apatridia, especialmente su prueba, es un asunto complejo²⁰³. Su reconocimiento otorga el derecho a residir en territorio nacional y habilita para la realización de actividades laborales o el ejercicio profesional, en analogía con los supuestos anteriormente indicados, sin consideración de la situación nacional de empleo y con la misma *vacatio* y accesibilidad a la condición de residente permanente²⁰⁴. Además, la expulsión de estas personas sólo será posible cuando concurran razones de seguridad u orden público²⁰⁵. La apatridia es un estatuto de acogida de personas que no pueden ser consideradas extranjeros por la ausencia de acreditación de nacionalidad alguna y que el Estado equipara a los residentes extranjeros mientras no se le reconozcan derechos y obligaciones derivados de la ciudadanía en otro país. Sin embargo, el futuro del apátrida en su peregrinaje hasta la adquisición de la nacionalidad española no entiende de situaciones excepcionales²⁰⁶.

²⁰² Como afirmó Pérez Vera en su momento, es lamentable que la remisión global a la ley que establece nuestra Constitución someta la suerte de un instrumento humanitario básico a los imprevisibles vaivenes de la vida política española. “De los españoles y extranjeros”, *op. cit.*, p. 87.

²⁰³ Definida en el art. 34 LOEXIS como referencia personal a extranjeros que carecen de nacionalidad y reúnen los requisitos establecidos en el Convenio sobre el Estatuto de los Apátridas de Nueva York, de 28 de septiembre de 1954.

²⁰⁴ Véase art. 40.f) LOEXIS, art. 13.1 Reglamento de reconocimiento de estatuto de apátrida aprobado por RD 865/2001, de 20 de julio, (BOE núm. 174, de 21 de julio) ; art. 72.3.f) Rg. LOEXIS y Directiva 2004/83/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida (DOUE de 30 de septiembre de 2004).

²⁰⁵ Art. 18.1 RD 865/2001 en relación con arts. 57 y 58 LOEXIS.

²⁰⁶ En la reforma del Cc llevada a cabo por la Ley 36/2002 no se contempla, en este caso, una reducción del plazo de diez años para adquisición de nacionalidad por residencia, algo que resulta contradictorio con el espíritu del art. 32 del Convenio internacional indicado anteriormente. Un excelente trabajo donde se recogen, entre otros aspectos, la apatridia de hecho y de *iure* con relación a la nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España, y que incluye una selección de pronunciamientos de la DGRN, en Álvarez Rodríguez, A., y Observatorio Permanente de la Inmigración “*Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España. Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el periodo 1996-2002*” [consulta realizada el 15 de septiembre de 2007], disponible en http://extranjeros.mtas.es/es/general/Nacionalidad_hijos_inmigrantes.pdf. Los aspectos relativos al acceso a la condición de nacional desde esta peculiar condición personal pueden verse en Aguilar Benítez de Lugo, M., “La prevención de la apatridia como criterio de atribución de la nacionalidad española de origen”, en Salinas de Frías, A., y Vargas Gómez-Urrutia, M. (coord.), *Soberanía*

Como corolario, vemos pues cómo el núcleo central sobre el que se fundamenta el Derecho de extranjería –la imperiosa necesidad de pasar el filtro de las autorizaciones procedentes para garantizar una permanencia legal en nuestro país– encuentra la excepcionalidad en estos casos, pero se somete al filtro del reconocimiento administrativo de las situaciones respectivas. En el fondo, el efecto práctico es análogo, pasando a ocupar el lugar selectivo del visado y la autorización la decisión pública de reconocimiento. Tan discrecionales son unos como otros actos jurídicos. Poco bagaje para personas que, se supone, “huyen” de situaciones extremas de persecución y riesgo para sus vidas. En este sentido, nos preguntamos si la compleja y exhaustiva investigación que el poder público realiza antes de conceder una solicitud en estos casos, y que se demuestra con la limitadísima aceptación de estas situaciones personales, no termina por sustituir, incluso de forma más gravosa, a los requisitos generales que para el otorgamiento de la correspondiente autorización establece la legislación general de extranjería, enmascarando así con un presunto perfil humanitario un Derecho esencialmente punitivo.

3. Las matizaciones establecidas en el Acuerdo de Asociación con Turquía

En la distinción de “extranjerías” a nivel comunitario, existen una serie de normas convencionales, básicamente Acuerdos de Establecimiento y Asociación que la UE ha suscrito con numerosos países en vías de desarrollo, especialmente del continente africano, en virtud de los cuales sus nacionales podrán gozar de ciertos derechos económicos y sociales, principalmente del derecho a la igualdad de trato y de remuneración. Esta circunstancia no significa *de lege data* que esos nacionales estén eximidos del cumplimiento de las normas de Derecho interno sobre entrada y permanencia²⁰⁷. En general, son acuerdos de política migratoria y de cooperación, donde prima el compromiso por el desarrollo, la seguridad fronteriza de la UE con los países ribereños del Mediterráneo y el freno a la migración masiva²⁰⁸. No obstante, no han tenido efecto

del Estado y Derecho internacional, Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Sevilla, vol. 1, 2005, pp. 75-90.

²⁰⁷ Véase Moya Escudero, M., y Rueda Valdivia, R., *Régimen Jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, 2003, pp. 30-31; Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, op. cit., p. 190.

²⁰⁸ Su importancia ha sido destacada por la Comisión Europea en reiteradas ocasiones, por todas véase su Comunicación sobre prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, COM (2006) 402 final, de 19 de julio (apartado 2.10).

favorable práctico sobre el control de entrada y permanencia en territorio UE de los nacionales de esos países²⁰⁹. La equiparación de estos nacionales sólo se permite una vez han superado todos los requisitos que la legislación interna exige, por lo que su virtualidad práctica no aporta ninguna novedad en el régimen jurídico que estudiamos, aunque consideramos necesaria su mención para completar una sistemática de conjunto de los distintos grados de realización del derecho de libre circulación y residencia²¹⁰.

Sin embargo, el régimen general que se analiza encuentra una peculiar especialidad en la existencia del Acuerdo de Asociación entre la CEE y Turquía²¹¹. Efectivamente, ese Acuerdo es el único, a excepción del firmado con los países del Espacio Económico Europeo, en el que se alude expresamente a la realización futura de una libre circulación de trabajadores extranjeros en la Unión Europea, aunque debido a su escaso desarrollo, tal estatus cuenta aún con importantes limitaciones²¹². Al menos se ha dado carta de naturaleza jurídica a ese principio programático, si bien no es previsible que, a corto y medio plazo, sea realizable. Las dificultades para una posible integración de Turquía en el marco de la UE lo ponen de manifiesto. La relación entre Turquía y la Unión Europea es una histórica promesa en la que parece que la cuestión migratoria constituye un problema

²⁰⁹ En ellos no se habilita a los nacionales de los terceros Estados partes contratantes a beneficiarse de un derecho de entrada que sea equiparable al que gozan los nacionales de los Estados miembros, y tampoco se benefician de la libre circulación comunitaria. Olesti Rayo, "Unión Europea", *op. cit.*, p. 278; un estudio de las líneas directrices del Acuerdo con los países de Asia, Caribe y Pacífico en Zapata Duque, E., "El Acuerdo de asociación de Cotonú entre los países ACP-UE: comentario a la decisión del Consejo 2003/159/CE", en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 1, mayo 2003, [consulta realizada el 21 de septiembre de 2006], disponible en www.iustel.com, pp. 3-5. Un autor como Pérez de Nanclares considera este grupo de nacionales pertenecientes a países con actividad convencional con la UE como un nivel intermedio en la gradación de nacionales de terceros países en el que también incluye a los ciudadanos extracomunitarios ya "legalmente" residentes (a los que denomina semiprivilegiados). *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, *op. cit.*, pp. 171-172.

²¹⁰ *Cfr.* art. 10 LOEXIS. La Sentencia del TJCE de 16 de noviembre de 2004, *as. Panayotova ...[et al.] v Minister voor Vreemdelingenzaken en Integratie*, se encarga de recordar que "los Acuerdos de asociación no se oponen en principio a la normativa de un Estado miembro que establece un sistema de control previo que supedita el acceso a una autorización [...]" (apartado 39).

²¹¹ Acuerdo de Asociación CEE-Turquía de 1963 (Diario Oficial nº 217 de 29.12.1964) y Protocolo Adicional de 1970. En su desarrollo, se dictó la Decisión nº 1/80 de 19 de septiembre de 1980, adoptada por el Consejo de Asociación creado por el Acuerdo de Asociación entre la Comunidad Económica Europea y Turquía.

²¹² Blázquez Rodríguez, "Los nacionales de terceros países en la Unión Europea", *op. cit.*, p. 245; una opinión más optimista la aporta Olesti Rayo, para quién se observa una progresiva equiparación de los conceptos comunitarios relativos a la libre circulación de trabajadores tal y como han sido delimitados por el Tribunal de Justicia con relación a los nacionales turcos. Olesti Rayo, A., "El Acuerdo de asociación con Turquía y el régimen jurídico de los trabajadores de nacionalidad turca en la Unión Europea", en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 7, 2000, p. 88.

crucial, y es que Turquía ocupa una importante posición como principal país de tránsito para los solicitantes de asilo y los emigrantes con destino a Europa²¹³.

Los nacionales turcos no tienen derecho a circular libremente dentro de la Comunidad, al menos en el momento de la primera entrada, según se desprende de los arts. 12 del Acuerdo y 36 del protocolo Adicional²¹⁴. Sin embargo, sí existen unas cuantas peculiaridades que introducen matices al régimen general de los “no beneficiarios del Derecho comunitario”²¹⁵. La igualdad de trato en las condiciones de trabajo y de remuneración, prevista en el art. 37 del Protocolo Adicional, sí tiene efecto directo, aspecto que es complementado por lo dispuesto en el art. 10 de la Decisión 1/80. Sin embargo, quizá la diferencia principal sea que se benefician del derecho de acceso al trabajo de carácter referencial en el territorio del Estado miembro donde legalmente hayan entrado, eso sí siempre que hayan ejercido un empleo durante un periodo determinado²¹⁶. El derecho de residencia que tiene el nacional turco es el corolario de su empleo, apareciendo, de este modo, como un derecho instrumental, necesario para poder ejercer su actividad económica asalariada. Al mismo tiempo, el empleo legal es la condición necesaria para poder beneficiarse del derecho de residencia²¹⁷. Por ejemplo, bajo ciertas condiciones fijadas en la Decisión 1/80 (art. 6), tienen derecho a la renovación de su permiso de trabajo así como al libre acceso al mercado de empleo del Estado miembro en

²¹³ Rigoni, I., “Europa, Turquía y sus emigrantes: unas relaciones multiangulares”, en Aubarell, G., y Zapata Barrero, R. (edit.), *Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, 2004, pp. 133-160. Véanse asimismo las conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas de junio de 2006 (punto 54) [consulta realizada el 20 de octubre de 2007], disponible en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/90124.pdf.

²¹⁴ Señala la STJCE de 11 de noviembre de 2004, *as. Inan Cetinkaya v Baden-Württemberg*, que las disposiciones relativas a la Asociación no invaden la competencia de los Estados miembros para regular la entrada de estos nacionales y las condiciones de su primera actividad profesional (apartado 22).

²¹⁵ Especificaciones que, no obstante, están muy alejadas del régimen que disfrutaban los nacionales de países UE, del EEE, Suiza o sus familiares. *Cfr.* Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, *op. cit.*, p. 191.

²¹⁶ Los artículos 6, 7 y 14 de la Decisión 1/80 regulan, en particular, los derechos en materia de empleo de los nacionales turcos en el Estado miembro de acogida, como recuerda la STJCE de 16 de febrero de 2006, *as. Ergün Torun v Augsburg* (apartado 17), y especialmente el efecto directo de estas disposiciones (apartado 19).

²¹⁷ Martín y Pérez de Nanclares, *ibidem*, p. 192; Olesti Rayo, *op. cit.*, p. 75. En la Decisión 3/80 se define un concepto de trabajador diferente a los efectos del beneficio de los regímenes de la seguridad social de los Estados miembros.

el que desarrollen su actividad asalariada²¹⁸. El citado precepto confiere de forma gradual, en función de la duración de un empleo legal, una serie de derechos y de facultades a los ciudadanos turcos en el Estado miembro de acogida²¹⁹.

La especialidad de este régimen de libre circulación y residencia contrasta con el régimen general contenido en la legislación española de extranjería, por cuanto sabemos que el derecho al acceso al trabajo, sin sujeción a una previa autorización administrativa, sólo lo ostentan los extranjeros que obtienen el estatuto de residente permanente²²⁰. La diferencia está en la calificación de estas facultades como “derecho”, no sujeto a previa aprobación administrativa, un derecho constitutivo y no declarativo, al igual que sucede en el ámbito de la libre circulación comunitaria²²¹.

En cuanto a sus familiares, la Decisión 1/80 garantiza un derecho de acceso al mercado de trabajo a aquellos familiares de un trabajador turco que formen parte del mercado de trabajo legal de un Estado miembro y que hayan sido autorizados a reunirse con él (art. 7). Sin perjuicio de la preferencia que debe concederse a los comunitarios, tienen derecho a aceptar cualquier oferta de empleo, siempre que residan al menos tres

²¹⁸ Derechos que se ostentarán siempre que el trabajador turco forme parte del mercado de trabajo legal de un Estado miembro y que durante un tiempo determinado hayan estado empleados legalmente en un Estado miembro. A título de ejemplo, ostentan el derecho, después de cuatro años de empleo legal, al libre acceso a cualquier actividad laboral por cuenta ajena de su elección, una disposición que resulta más favorable que la legislación española de extranjería. Sin embargo, no se garantiza el acceso a puestos de trabajo en la Comunidad, sino tan sólo el derecho, una vez que se ha sido empleado en un Estado miembro conforme a su legislación, a renovar los contratos de trabajo o a acceder a un nuevo empleo en los términos que explicita el art. 6.1 de la Decisión 1/80 que desarrolla el Acuerdo de Asociación con Turquía, Palomeque, M., C., “El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (El concepto de trabajador en el Derecho Comunitario europeo: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia)”, en Hervás Ortiz, J., J. (dir.), *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro, Cuadernos de Derecho Judicial, VII*, Madrid, 2002, p. 63.

²¹⁹ La jurisprudencia del TJCE en relación a estos preceptos es prolija y revela la confirmación exegética de las matizaciones indicadas. Es doctrina reiterada del TJCE que los derechos conferidos por el art. 6, apartado 1, se reconocen a sus beneficiarios con independencia de que las autoridades del Estado miembro de acogida expidan un documento administrativo específico, como un permiso de trabajo o de residencia (véanse SSTJCE *Bozkurt*, apartados 29 y 30; *Ertanir*, 55; *Kurz*, 54). El Tribunal tampoco supedita el reconocimiento de los derechos a ningún requisito referente al motivo por el que se les concedió inicialmente un derecho de entrada, de trabajo y de residencia, STJCE de 19 de noviembre de 2002, *as. Bülent Kurz v Baden-Württemberg* (apartado 56). También resulta interesante en este mismo sentido el pronunciamiento del TJCE de 24 de enero de 2008, *as. Payir y otros* (apartados 40, 45, 46 y 49). Sobre el carácter cumulativo de los requisitos exigidos en el art. 6 Decisión 6/80, véase Sentencia de 10 de enero de 2006, *as. Memhmet Sedef v Freie und Hansestadt Hamburg* (apartado 44).

²²⁰ *Cfr.* art. 72.1 Regl. LOEXIS.

²²¹ Olesti Rayo, *op. cit.*, p. 73.

años y cuando sea de al menos cinco podrán acceder libremente a cualquier actividad por cuenta ajena de su elección (primer párrafo)²²².

Su segundo párrafo consagra a favor de los hijos que hayan adquirido una formación profesional en el país de acogida y con independencia de la duración de su residencia, el derecho a “aceptar en él cualquier oferta de empleo, siempre que uno de los progenitores haya ejercido legalmente un empleo en el Estado miembro de que se trate durante, por lo menos, tres años”. Esta disposición es más favorable que el primer párrafo, sin tener sujeción al requisito de residencia actual del progenitor²²³. Por último, tras cinco años, tienen derecho a acceso libre a cualquier trabajo y a la prórroga de su permiso de residencia (art. 7)²²⁴. Sin embargo, no se prevé que tras su jubilación o incapacidad, estos nacionales puedan permanecer en el país donde han desempeñado su actividad laboral, o incluso un periodo largo de enfermedad o de desempleo involuntario.

En materia de coerción sobre las personas, el art. 14 de la Decisión 1/80 se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales, al examinar la legalidad de una medida de expulsión adoptada contra un nacional turco, no tengan en cuenta los hechos posteriores a la última resolución de las autoridades competentes en virtud de los cuales ya no sea posible una restricción de los derechos del interesado a efectos de la mencionada disposición²²⁵.

²²² Hay que tener en cuenta que el art. 7, primer párrafo, de la Decisión 1/80 no contiene una definición del concepto de “miembro de familia” del trabajador. La jurisprudencia comunitaria remite a la interpretación dada al mismo concepto en materia de libre circulación de los trabajadores nacionales de los Estados miembros de la Comunidad, sin que se infiera ningún elemento del citado precepto que pueda hacer pensar en un concepto restrictivo de “miembro de familia” (STJCE de 30 de septiembre de 2004, *as. Engin Ayaz v Baden-Württemberg*, apartado 45 y 46).

²²³ El fin del trato favorable es facilitar la entrada en el mercado de trabajo, con el objeto de realizar progresivamente la libre circulación de los trabajadores (STJCE de 16 de febrero de 2006, *as. Ergün Torun v Ausburg*, apartado 23).

²²⁴ La jurisprudencia del TJCE reafirma el objetivo perseguido por el art. 7, primer párrafo; es decir, la creación de condiciones favorables para la reagrupación familiar en el Estado miembro de acogida. Véase STJCE de 11 de noviembre de 2004, apartado 25.

²²⁴ Los miembros de la familia contemplados en el art. 7, primer párrafo, no pierden los derechos que ésta les confiere por el mero hecho de que, en un momento dado, el mencionado trabajador deje de formar parte del mercado legal de trabajo en el Estado de acogida (*ibidem*, apartado 29 y 32).

²²⁴ Véase STJCE de 11 de noviembre de 2004, *as. Inan Cetinkaya v Baden-Württemberg*, apartado 47; STJCE de 16 de febrero de 2006, *as. Ergün Torun v Ausburg*, apartado 25.

²²⁵ Véase STJCE de 11 de noviembre de 2004, *as. Inan Cetinkaya v Baden-Württemberg*, apartado 47.

La reglamentación prevista para los nacionales turcos y sus familiares contrasta con otros Acuerdos, como los suscritos con los países magrebíes, cuyos principios y objetivos encuentran sus raíces en el Acuerdo con Turquía, aunque con alcance más limitado y derechos más restrictivos. En ellos no se menciona una futura libre circulación de trabajadores, ni tampoco existen preceptos como los arts. 6 y 7 mencionados, que constituyen un *corpus* de especialidades en relación con el acceso al mercado de trabajo y la residencia en el territorio del país de acogida. Esos Convenios se limitan a instaurar una igualdad de tratamiento en las condiciones de trabajo, de remuneración y prestaciones de Seguridad Social, es decir alcanzan exclusivamente a aspectos de la relación laboral, sin añadir mayor peculiaridad en cuanto a la sujeción a las normas generales de libre circulación²²⁶.

También hay que recordar que los acuerdos de asociación y establecimiento que ha suscrito la UE con algunos países son acuerdos programáticos que recogen de forma declarativa la no-discriminación en las condiciones de trabajo con los nacionales de la UE y asimilados, si bien ninguno reconoce, de forma plena y absoluta, la libre circulación de sus ciudadanos dentro del territorio de la Comunidad. Ese reconocimiento no deja de ser meramente formal, desde el instante en que su efectivo ejercicio queda supeditado a la autorización laboral emitida por el país receptor de acuerdo con sus normas internas de extranjería; normas que no ponen en cuestión ni los principios programáticos comunitarios de la Haya de 2005²²⁷.

4. Las situaciones de estancia y residencia: el marco de legalidad de los “no beneficiarios del Derecho comunitario”. El residente de larga duración en el espacio UE

La legalidad, para un “no beneficiario del Derecho comunitario”, con carácter general, significa estar en condiciones de poder acreditar que reúne los requisitos previstos en la LOEXIS y disposiciones de desarrollo para no ser calificado como “irregular”²²⁸. El

²²⁶ Una recopilación de la doctrina jurisprudencial al respecto en Blázquez, *op. cit.*, pp. 316-318.

²²⁷ Véase Palomeque, M., C., “El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (El concepto de trabajador en el Derecho Comunitario europeo: la jurisprudencia del Tribunal de Justicia)”, *op. cit.*, p. 61.

²²⁸ La reforma operada por la LO 8/2000 ha vuelto a incidir en la diferencia de los individuos en razón de su condición “*legal*” o “*ilegal*”. Rodríguez Mesa, M., J., “Derechos de los ciudadanos extranjeros en el

estatuto administrativo de legalidad va a permitir a la persona, al menos, escapar a la siempre amenazante expectativa de ser conminado a la salida del territorio. La huída, sin embargo, tiene un gravamen. Su admisión va a estar condicionada a la justificación de que su permanencia no resulta perjudicial para la sociedad que lo acoge. La legalidad del extracomunitario es *provisional*, sojuzgada al juicio periódico de la revisión de los presupuestos necesarios para su continuidad, siempre sujeta a una posible extinción.

Las modalidades principales de *permanencia legal* en nuestro territorio para los nacionales de terceros Estados a los que no le sean de aplicación las normas que rigen para los comunitarios y asimilados y que aparecen recogidas en la LOEXIS y Regl. de desarrollo son una transposición jurídica de ese ideal regulativo: la situación de estancia y la situación de residencia. Este binomio, en cualquiera de cuyos constituyentes tiene que ser calificado el no beneficiario para ser “tolerado” como extranjero, es mutuamente excluyente²²⁹. No podía ser de otra forma, en cuanto lo que el legislador pretende es imponer los mayores impedimentos posibles para la adquisición de la condición de “regular”. El sistema de la residencia legal, a su vez, se estructura de forma jerárquica, como una sucesión de estadios de progresión en el ejercicio condicionado de los derechos de libre circulación y residencia.

A. La situación de estancia, un trasunto de la efímera presencia del inmigrante

La provisionalidad se acentúa en mayor medida en la situación jurídica de *estancia*²³⁰. Tal y como se encuentra concebida ordinariamente, la situación de estancia es un alegato

ordenamiento jurídico español”, en Del Valle Gálvez, J., A., y Acosta Sánchez, M., Á. (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Cádiz, 2005, p. 157; Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Los dilemas de la política de inmigración”, en VV. AA., *Jornadas sobre la Ley de extranjería, Sus repercusiones en el ámbito laboral*, 8 y 9 de marzo de 2001, Granada, 2001, pp. 158 y 163.

²²⁹ Esta incompatibilidad de simultaneidad es puesta de relieve, *inter alia*, por De Lorenzo Segrelles, J., M., quién además incide [citando a Martínez Cano-Cortés, Y.: “Comentario al art. 30”, *Comentarios a la Ley de extranjería*, (Santolaya Machetti, P., coord), Valladolid, 2002, p. 197] en la imposibilidad de permanecer en principio más de 90 días por semestre a partir de la fecha de la primera entrada para evitar que la situación de estancia se configure de hecho como un sustitutivo de la autorización de residencia. “Art. 30. Situación de estancia”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 766.

²³⁰ Si hay un elemento que diferencie de manera notoria esta situación y la de residencia éste es el factor de falta de permanencia, al conllevar una vocación de continuidad menor que la residencia, dada su limitación temporal al corto plazo, lo que se refleja en los motivos tasados por el ordenamiento para acogerse a la misma. Por todos, Jiménez García, J., “Definición de estancia”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas

de la transitoriedad en nuestro territorio, por supuesto sin consideración, con carácter general, del derecho a la residencia, con un limitadísimo acceso al mercado de trabajo interno (sólo los estudiantes pueden ser autorizados a trabajar en determinadas circunstancias, art. 33.4 LOEXIS), y con una fecha de caducidad preestablecida²³¹. ¿Qué razón de ser tiene esta situación? Las respuestas pueden parecer, en principio, fáciles de presuponer. Con carácter general, una visita de carácter esporádica al territorio, bien por motivos turísticos, un viaje de tipo profesional, o simplemente una visita a un familiar²³². Sin embargo, en la práctica, dejando a salvo los casos especiales que permiten a sus titulares disfrutar de un régimen más flexible de derechos como el acceso al trabajo, la estancia se está convirtiendo en una peligrosa vía de canalización de la inmigración irregular, especialmente en aquellos casos en los que no se exige visado de entrada²³³.

Es posible que la estancia se esté erigiendo en un mecanismo administrativo que utiliza todo aquel extracomunitario que desea permanecer en el país al precio que sea, en mayor medida teniendo en cuenta que la generalidad de los exceptuados de la posesión de visado de entrada no puede correr el riesgo de volver a su país de origen cuando finalice el plazo legal de estancia y quedar a la suerte del Cónsul de turno²³⁴. Sin embargo, la

Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, pp. 197-200; Ballester Pastor, M., A., *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, Valencia, 2006, p. 205 y ss.

²³¹ La situación administrativa de *estancia* se define en la propia LOEXIS como la permanencia en territorio nacional por un periodo de tiempo no superior a noventa días (art. 30.1) limitada, por tanto, por el citado lapso temporal, dejando a salvo los casos especiales de los estudiantes y en los supuestos de entrada sin visado cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen (art. 30.1 *in fine* y 30.4, respectivamente). Sin embargo, es prorrogable, con carácter general, si se demuestra el cumplimiento de las condiciones requeridas para la misma (art. 30.2 LOEXIS y art. 29.1 Regl. desarrollo). La inclusión de los estudiantes y los investigadores extranjeros en esta categoría contrasta con lo establecido en la Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE L 375, de 23 de diciembre) y su exigencia de concesión de permiso de residencia en estos casos (art. 12 y ss.).

²³² Estos motivos se deducen de la exposición de requisitos de justificación de la entrada que se indican en el art. 7 Regl. LOEXIS.

²³³ Los supuestos en los que no se exige visado de entrada están contenidos en el art. 6 Regl. desarrollo. Especial mención debe hacerse del citado Reglamento 539/2001 (CE), del Consejo, de 15 de marzo de 2001 y posteriores modificaciones, por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación.

²³⁴ La mayor facilidad de obtención de un visado de estancia (art. 26 Regl.), al ser un documento de temporalidad breve –principalmente para turistas y viajes de negocios– y la necesaria provisión, con carácter general, de una autorización de residencia en España y, en su caso, de trabajo, para una permanencia superior a tres meses, son “alicientes” a su utilización *in fraudem legis* como vía de acceso al territorio nacional. Es una posibilidad abierta a la expansión de la situación de irregularidad de muchos inmigrantes que ocultan,

reacción oficial ante las dudas que están presentes en esta vía de entrada ha sido desproporcionada. No sólo se han formalizado cautelas ante esta realidad, principalmente mediante la readaptación periódica de la “lista negra”, una relación de nacionales de terceros países a los que se les exige la posesión de visado para el acceso al territorio de la UE con efectos presuntamente disuasorios²³⁵. Además, el extranjero inmigrante que solicita una estancia es sometido a un juicio exhaustivo en el que se le exigirá demostración de presunción de inocencia. A la exigencia de cartas de invitación se suma la investigación de las condiciones del alojamiento, etc.²³⁶.

Aun siendo la estancia una respuesta legal a una entrada en nuestro territorio, por regla general, sin fines de trabajo o residencia, el desarrollo reglamentario de la regla jurídica en cuestión admite, como hemos apuntado, una serie de supuestos concretos que cuentan con una regulación que excepciona la norma general²³⁷. Así, las estancias asociadas a actividades de cursos, estudios o trabajos de investigación o formación permiten, primero, que la permanencia se prolongue hasta el final del curso académico correspondiente con el límite de un año, o en su caso, del trabajo de investigación que se desarrolle²³⁸. Eso sí, la superación de los estudios se convierte en requisito necesario para

tras el formalismo de la estancia, un intento de permanencia ilegal pero prolongada, en espera de oportunidades para consolidar *de facto* posibles presupuestos que le habiliten para normalizar su situación en futuras regularizaciones, entre ellos, los previstos excepcionalmente y, de forma individualizada, en el art. 45 Regl. con relación al art. 31.3 LOEXIS.

²³⁵ La más reciente, la entrada en vigor el 1 de abril de 2007 de la suspensión temporal del acuerdo entre Bolivia y España sobre supresión de visados. Por supuesto las razones que se alegan para esa suspensión temporal del acuerdo es la siempre socorrida “causa de orden público”. Véase la Resolución de la Secretaría General Técnica del MAE por la que se dispone la publicación de la Nota Verbal de suspensión temporal del Canje de Notas entre España y Bolivia de fecha 26 de marzo de 1962, sobre supresión de visados (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2007).

²³⁶ Resulta indicativo el artículo de opinión publicado por Basilio Baltasar en la sección Tribuna de la edición digital del diario El País de 8 de julio de 2008 [consulta realizada el 10 de julio de 2008], disponible en www.elpais.com. El caso es el de una emigrante americana que quiere invitar a sus padres a pasar en España las vacaciones y se dispone a cumplimentar los requisitos exigidos para la obtención del visado de estancia temporal y a la que se le entrega un modelo texto variable con requisitos que pueden ser exigidos, entre ellos un “certificado del presidente de la comunidad de propietarios del inmueble que especifique el número de personas que conviven en la vivienda en donde el solicitante tiene previsto alojar a sus padres” lo que, a juicio del articulista, revela el alcance de una “nueva arquitectura jurídica y política”, al convertir al presidente en cuestión en un comisario político del Estado con el poder de conceder o denegar certificados de buena conducta.

²³⁷ Lo que no impide considerar, dejando a salvo los mismos, que el acceso al trabajo desde la situación de estancia es tan limitado como el del extranjero que entró irregularmente en España. Ballester Pastor, *op. cit.*, p. 209.

²³⁸ Y que tiene como finalidad que la permanencia no pueda perjudicarse por la propia limitación temporal ordinaria de la estancia. El cese en la realización del supuesto de hecho regulado implicará automáticamente

mantener esa situación jurídica (art. 88.1.b)²³⁹. Segundo, la estancia especial permite a su titular solicitar la autorización de trabajo. Por supuesto, es un ejercicio condicionado a la compatibilidad de la actividad laboral con la realización de los estudios, y que los ingresos obtenidos no se constituyan en recurso necesario para su sustento o estancia²⁴⁰. Las limitaciones en el ejercicio de la actividad laboral pretenden evitar que el trabajo llegue a afectar a la razón primordial de la presencia del extranjero estudiante en España²⁴¹.

El estatuto especial del estudiante extranjero, al que resulta de aplicación la LOEXIS y disposiciones de desarrollo, no es nada pacífico en la trayectoria del ordenamiento de extranjería interno ni, evidentemente, desde el punto de vista legal, equiparable a la residencia²⁴². Más bien puede perfectamente calificarse como un *tertium genus* entre las situaciones respectivas de estancia y residencia, en cuanto no tiene los efectos jurídicos de la residencia legal pero comparte con ésta la posibilidad de realizar una actividad lucrativa²⁴³.

la extinción del visado con independencia del tiempo para el que se haya concedido el mismo (art. 85.2 *in fine* Regl.). Sin embargo, tiene que tenerse en cuenta que la Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre (cuya transposición debía haberse producirse antes del 12 de enero de 2007) establece un periodo de *al menos* un año para el permiso de residencia (art. 12.1).

²³⁹ Sobre la nada pacífica interpretación de lo que se entiende por superación de estudios, Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “Art. 88. Renovación”, Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, pp. 542-543; Rueda Valdivia, R., “Régimen de los estudiantes extranjeros en España”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, p. 92.

²⁴⁰ Véanse las disposiciones especiales incluidas en los arts. 85 al 91 del Regl. LOEXIS, para estudiantes o investigadores y sus familiares.

²⁴¹ Un extremo que resultaría más difícil de controlar en el caso de que la actividad desarrollada por el estudiante fuera por cuenta propia. Rueda Valdivia, R., “Art.10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 255.

²⁴² La imprecisa referencia a la permanencia, recogida en el art. 24 LO 7/1985, dio paso a la referencia a una situación de residencia en el art. 40.1 y 40.2 de la redacción original de la LO 4/2000 (en la nueva redacción dada por LO 8/2000, indirectamente se hacía mención a estancia, art. 33.2). La reforma operada por LO 14/2003 ha aclarado jurídicamente la condición y se aboga por la calificación de “estancia”(art. 33.2). Por otra parte, la Directiva 2004/114/CE vuelve a introducir mayor confusión al enunciar, como hemos indicado, un “permiso de residencia”para estas personas (art. 12.1).

²⁴³ Para autores como De Lorenzo Segrelles, J., M., de ese régimen particular no tiene mucho sentido, por cuanto el estudiante debería ser considerado un residente, con las repercusiones correspondientes. “Régimen especial de los estudiantes”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 824. En sentido análogo Fernández Rozas, J., C., y Fernández Pérez, A., “Art. 34. Definición”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 241. Otros autores, como Rodríguez Benot, A., e Ybarra Bores, A., aun considerando que se trata de una estancia especial, recuerdan que deberá tenerse en cuenta la Directiva 2004/114/CE. “La situación de estancia de los extranjeros en España”, en Sánchez Jiménez, M., A. (coord.), *Derecho de*

Sin embargo, esta excepción tiene un significado ulterior. La situación administrativa de estancia puede ser una vía de acceso a la permanencia temporal representada por la residencia legal y trabajo²⁴⁴. La excepcionalidad se acentúa con la exención del visado de residencia y trabajo para todo aquel que disfrute de una estancia por estudios, cumpla los requisitos previstos en el art. 95.1 Regl. y disponga de una oferta de trabajo. Indudablemente, obtenido el visado de entrada por estudios, la permanencia en esa situación durante tres años resulta la forma menos gravosa para el acceso a la condición de residente temporal por trabajo. Introducimos este matiz porque la prórroga de la estancia por estudios no es nada compleja, siempre que se acredite el aprovechamiento y los requisitos para la continuidad de los estudios (art. 88.1.b Regl.), aunque es cierto que el salto cualitativo representado por la autorización para realizar actividades lucrativas laborales queda sometido a una serie de condicionantes que quedan regulados en el art. 90 Regl.

En segundo término, la reforma operada por la LO 14/2003 dio cobertura legal a una práctica que venía siendo avalada por las resoluciones que han aprobado los contingentes de trabajadores extranjeros desde 2002²⁴⁵. Siendo la norma general que el trabajador

extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España, Murcia, 2005, p. 383.

²⁴⁴ Al respecto véanse las observaciones realizadas en el capítulo cuarto.

²⁴⁵ Resolución de 11 de enero de 2002, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2002 (BOE núm. 11, de 12 de enero de 2002); Resolución de 14 de enero de 2003, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 27 de diciembre de 2002, por el que se regulan los procedimientos de contratación, y se fija el número y las características de las ofertas de empleo que se ofrecen para el año 2003 a extranjeros residentes legales en España y a extranjeros que no se hallen ni sean residentes en ella (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2003); Resolución de 22 de enero de 2004, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de las Instrucciones dictadas en desarrollo del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 19 de diciembre de 2003, por el que se determina el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2004 (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2004); Resolución de 4 de febrero de 2005, por la que se prorroga la vigencia del Acuerdo sobre Contingente 2004 (BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2005); Resolución de 30 de diciembre de 2005, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2006 (BOE núm. 14, de 17 de enero de 2006); Resolución de 26 de diciembre de 2006, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 22 de diciembre de 2006, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2006 (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2007); Resolución de 26 de diciembre de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2008 (BOE núm. 11, de 12 de enero de 2008).

inmigrante venga con su contrato de trabajo en origen y con la preceptiva autorización otorgada previamente al empresario, el ordenamiento permite una estancia especial para la *búsqueda de empleo*, una figura llamada a un propósito loable pero de escasa efectividad²⁴⁶. No parece que este mecanismo esté llamado a evitar la entrada irregular y la continuidad de la economía sumergida, sobre todo en el marco de la contratación en el servicio del hogar o en las relaciones fiduciarias *inter partes*²⁴⁷. Estos visados tienen un ámbito de aplicación personal limitado a los “*hijos o nietos de español de origen*” o restringido sectorial o profesionalmente (art. 39.3 y 4 LOEXIS). Son previsiones que postulan un trato de favor a sus destinatarios, ya sea en atención a la especial vinculación con ascendientes directos hasta en segundo grado que ostenten la condición de nacional español de origen²⁴⁸, o por la potestad reservada al Gobierno de determinar aquellos sectores o actividades a las que se puede aplicar este visado²⁴⁹. En este sentido, el efecto discriminatorio es doble. La limitación personal es un claro exponente de la afiliación étnico-biológica presente en numerosas instituciones del Derecho de extranjería. Por su parte, la limitación material nos afirma el afán utilitarista de una sociedad que lo que quiere es al inmigrante como objeto de trabajo y sólo para aquellas actividades en las que sea estrictamente preciso²⁵⁰.

B. La diversificación del estatuto de residente, entre el consentimiento y el cuestionamiento de la inclusión exclusiva

Si la estancia es una situación pensada, con carácter general, para el tránsito a corto plazo sin salvaguardia del derecho a residencia o de trabajo, la *residencia legal* constituye la situación de extranjería más significativa²⁵¹. Esta situación de permanencia representa la

²⁴⁶ Y más aún en las circunstancias socio-económicas actuales.

²⁴⁷ Véase Rodríguez Benot e Ybarra Bores, “La situación de estancia de los extranjeros en España”, *ibidem*, p. 386.

²⁴⁸ No obstante, ese trato privilegiado queda matizado por la doble potestad discrecional a la que está sujeto el precepto: la aprobación de contingente y, una vez efectuada ésta, el establecimiento de los visados en cuestión.

²⁴⁹ En el art. 39.5 LOEXIS se establecen las condiciones generales con relación a este tipo de visado.

²⁵⁰ Véase el análisis que se realiza en el capítulo cuarto.

²⁵¹ En terminología usada por De Lorenzo Segrelles, la residencia comúnmente denominada legal o regular en contraposición a la meramente fáctica, ilegal o irregular sería aquella amparada por una autorización. Véase Esplugues Mota, C. ...[et al.], *Nacionalidad y extranjería*, Valencia, 2001, p. 178-179. Las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales en relación a los extranjeros con certificado de registro o tarjeta

naturaleza práctica del Derecho de extranjería, un Derecho al servicio de las necesidades socioeconómicas del país²⁵². La obtención de una autorización para residir, junto con la posesión del visado de residencia y la entrada legal en el país, permite al no beneficiario del Derecho comunitario, con carácter general, el libre ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia por el territorio nacional²⁵³. Asimismo, si incorpora la autorización de trabajo habilita para el desarrollo de la actividad laboral respectiva²⁵⁴. En un presunto contrato de extranjería, el Estado se reservaría su poder de decidir quién, para qué y por cuánto tiempo entra en su territorio a cambio de ofertar un cierto tipo de estabilidad jurídico-administrativa. La situación de residencia legal sería la contraprestación que el país de destino ofrece para la canalización ordenada de la mano de obra foránea.

El Derecho de extranjería español no contempla un estatuto uniforme del residente legal. El legislador desconfía de una residencia estable, sencillamente porque el inmigrante interesa en cuanto pueda aportar valor añadido a la riqueza nacional. Se admite como residente, en primera instancia, a todo aquel que no distorsione la economía del bienestar. Fiel al descreimiento hacia la consolidación de los derechos de residencia y de trabajo de los inmigrantes, el Estado impone una cláusula resolutoria. De modo general, el mantenimiento de estos derechos queda condicionado a la subsistencia de un trabajo. Dicho de otro modo, se somete a la persona a una periódica acreditación de su aptitud económico-laboral si quiere renovar su “contrato de extranjero”²⁵⁵. Esa circunstancia hace

de residencia y extranjeros con autorización de estancia por estudios en vigor a 31 de marzo de 2008 [consulta realizada el 10 de mayo de 2008], disponible en http://extranjeros.mtas.es/es/general/Informe_Marzo_2008.pdf.

²⁵² Como afirma Zapata Barrero, “la residencia da derecho al extranjero a pertenecer a la población española, aunque no a su *demos*”. “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, *op. cit.*, p. 172.

²⁵³ Un comentario reciente al respecto en Fernández Rozas, J., C., y Fernández Pérez, A., “Definición y supuestos de residencia”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, pp. 233-238.

²⁵⁴ La preferencia selectiva presente en la relación entre autorización de residencia y trabajo, centrándonos en la modalidad por cuenta ajena, se realiza con el análisis del criterio laboral contenido en el capítulo cuarto de este trabajo, al que nos remitimos.

²⁵⁵ La *residencia temporal* autoriza a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años (art. 31.1, párrafo inicial y art. 34 Regl.), y puede ser renovable, a petición del interesado, o atendiendo a las circunstancias que motivaron su concesión, cada año, hasta llegar a ese límite de cinco años. La variedad de modalidades previstas para la misma, cada una con reglas distintas en aplicación de requisitos y renovaciones está contenida en el Título IV del Regl. de desarrollo de la LOEXIS, al que nos remitimos para una visión expositiva.

que el trabajo termine constituyéndose en la clave de la continuidad de la legalidad del extranjero inmigrante, una hipoteca que termina por ser garante de su consideración *de facto* como ciudadano de “segunda categoría”.

Solamente cuando ha transcurrido un periodo de tiempo, con las excepciones normativas previstas, se le otorgará a esa misma persona el beneficio del derecho al trabajo sin tutela administrativa²⁵⁶. El hecho de que no se pueda adquirir la condición legal de residente permanente sino desde la previa residencia legal de carácter temporal, haya ido acompañada o no de autorización para trabajar, pone de manifiesto que el extranjero sólo es admitido con carácter estable cuando ha pasado la prueba de una permanencia continua²⁵⁷. La *residencia permanente* es la categoría jurídica que representa ese momento²⁵⁸.

Si la calificación del residente en nuestro Derecho positivo es una cuestión muy condicionada, en términos generales, por el tiempo de permanencia transcurrido entre “nosotros”, la apertura de la política de control sólo puede ser en puridad catalogada de

²⁵⁶ Véase art. 71 y ss. Regl., en relación con el art. 32 LOEXIS. Asimismo Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE L 16, de 23 de enero de 2004), que debía haber sido transpuesta antes del 23 de enero de 2006. Aunque no ha sido el único país, la STJCE de 15 de noviembre de 2007, as. C-59/07 condena a España por incumplir las obligaciones que le conciernen por no transponer en plazo la Directiva de residentes de larga duración (DOUE C 8, de 12 de enero de 2008). Ante la falta de transposición, la SJCA nº 3 de Santander, de 26 de abril de 2007, estima la aplicabilidad directa de la Directiva. Un comentario doctrinal sobre la STJCE en cuestión y los aspectos de la legislación de extranjería que deberán ser modificados, en Pérez Martín, E., “España y la Unión Europea ante el fenómeno de la inmigración: avances en el trato justo a los residentes legales en los Estados miembros”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, pp. 1053-1063.

²⁵⁷ Siendo la disposición de medios de vida suficientes un presupuesto fundamental para la renovación de las autorizaciones de residencia temporal, parece difícil que un extranjero inmigrante pueda alcanzar cinco años de residencia legal en España sin necesidad de obtener una autorización que además incorpore el disfrute del derecho al trabajo. Véase al respecto la Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España (BOE núm. 113, de 11 de mayo).

²⁵⁸ De forma genérica, tienen este derecho los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años (art. 72.1 Regl. en relación con el art. 32.2 LOEXIS). La continuidad a la que se hace referencia en el precepto indicado no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años, salvo que las correspondientes salidas se hubieran efectuado de manera irregular (art. 72.2). Cuando se ostente la condición de residente permanente, la autorización se extinguirá por una permanencia fuera de España durante más de doce meses consecutivos o más de treinta en el cómputo global de los cinco años de residencia (art. 76. d).

integradora cuando al residente se le otorga el derecho a ejercer una actividad laboral²⁵⁹. En esas coordenadas, parece más plausible que el perfil del estatuto de extranjero inmigrante residente se aproxime, aunque no alcance jurídicamente, a la condición “ciudadano”, dejando atrás el sometimiento de su presencia legal en el país, en lo que respecta al inmigrante laboral, al beneplácito del empresario de turno.

El salto cualitativo representado por la simple calificación jurídica de residente permanente tiene para el extranjero una consecuencia definitoria como es la emancipación de la tutela ajena para el ejercicio de sus derechos. Es significativo que el legislador aluda expresamente a la condición de “derecho” al configurar este estatuto legal. La calificación de este derecho como derecho subjetivo no parece plantear dudas, siendo así que sólo el incumplimiento de los presupuestos fácticos de la norma imposibilitaría su concesión, algo habitual para un derecho normalizado, pero excepcional para un ordenamiento “sospechosamente” discrecional, cuando no arbitrario, como el de extranjería²⁶⁰. El residente permanente podrá disfrutar *sine die* en el goce de sus derechos en una condición análoga, aunque no idéntica, a la que tienen los nacionales comunitarios y asimilados²⁶¹. Por supuesto, dejando a salvo las causas de extinción de este estatuto legal (art. 76 Regl.).

La mayor aproximación al Derecho aplicable a los nacionales comunitarios, asimilados y familiares beneficiarios del Derecho comunitario es el producto de la previa selección de los que han conseguido mantener en el tiempo la aptitud económico-laboral requerida por la sociedad de acogida²⁶². Al menos, esta categoría de extranjería se aleja, en cierto modo, de la discrecionalidad presente en la mayoría de normas de este sector

²⁵⁹ De puerta de cierre del sistema es calificado por Ramos Quintana, M., I., “Una política de inmigración para un modelo de inmigración: la integración a través del empleo”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 24.

²⁶⁰ Los inmigrantes que han alcanzado la condición de residentes permanentes –denominados en inglés 'denizens', en paralelo analógico a los 'citizens'–, poseen los derechos civiles y la mayor parte de los socio-económicos, pero no los políticos. El debate sobre estos últimos derechos sigue abierto como se indicó *supra*.

²⁶¹ Eso sí, el titular tendrá la obligación de solicitar la renovación, cada cinco años, de la tarjeta de identidad de extranjero de la que debe proveerse (art. 74 Regl.).

²⁶² Dicho con otras palabras, el mercado se utiliza como criterio *a posteriori* y no *a priori* para determinar el tipo permanente, en contraste con los del tipo no permanente (inicial u ordinario), donde el mercado actúa como criterio determinante *a priori*. Zapata Barrero, *op. cit.*, p. 172.

jurídico, ya que sólo se vislumbra en la modalidad de residencia en el supuesto previsto en el apartado g), art. 72.3 Regl. LOEXIS²⁶³.

Pero ese salto también implica una inflexión conceptual. El transcurso del tiempo va aletargando el imaginario social sobre la figura del “otro” y acercándolo progresivamente a ese punto de encuentro que es la ciudadanía²⁶⁴. Sin perder su estatus de extranjero, el residente permanente quizá represente el principio del fin de la inclusión exclusiva a la que se ve avocado el extranjero inmigrante²⁶⁵. La cultura del control pierde parte de su *vis expansiva* cuando el extranjero inmigrante adquiere ese estatus previo a cualquier intento de adquisición de la nacionalidad, si bien es cierto que el paso del tiempo no siempre diluye la percepción de ser inmigrante²⁶⁶.

No podemos dejar de completar este somero espectro analítico, que se circunscribe dentro del marco general de la residencia legal, sin referirnos a una categoría que es fiel representación del residente permanente y que aporta poco desde el punto de vista del desarrollo del ejercicio de los derechos de los extranjeros inmigrantes: el residente de larga duración²⁶⁷. La Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, otorga al residente de larga duración la titularidad del derecho a la libre circulación²⁶⁸. Por

²⁶³ Para los extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior, corresponderá al Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales [actualmente Ministerio de Trabajo e Inmigración] la concesión de la autorización de residencia permanente, previo informe del Ministro del Interior.

²⁶⁴ Siempre que se tenga en cuenta que la función más importante hoy de la ciudadanía es la organización del pluralismo, lo que permitirá dotar de contenido consistente al complejo principio de igualdad. Añón Roig, M., J., “La interculturalidad posible. Ciudadanía diferenciada y derechos”, en De Lucas Martín, F., J. (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, 2001, p. 263.

²⁶⁵ Véanse las observaciones realizadas en el capítulo primero.

²⁶⁶ Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo quinto.

²⁶⁷ Las nociones de residente permanente y de larga duración son conceptos legales prácticamente idénticos, siendo el segundo, en líneas generales, una trasposición comunitaria del primero. *Cfr.* la respuesta de la Dirección general de Inmigración, de fecha 20 de junio de 2007, a la pregunta planteada por el Colegio de Abogados de Alicante, [consulta realizada el 4 de abril de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/REsLarga.PDF>. La autorización como simbología de la admisión está presente en ambos estatutos. La residencia de larga duración es una forma especial de quasi-ciudadanía, un estatuto al que se permite acceder al residente de larga duración pero que no se equipara plenamente en derechos a la ciudadanía, Castles, *Ethnicity and globalization. From migrant worker to transnational citizen*, *op. cit.*, p. 195.

²⁶⁸ DOUE L 16, de 23 de enero de 2004. En concreto, se les reconoce el derecho a “residir” por un periodo superior a tres meses en el territorio de otros Estados miembros, bien para trabajar, bien para estudiar o simplemente para residir (art. 14.2).

consiguiente, complementa el derecho de residencia permanente del que el titular pueda disfrutar en cualquiera de los Estados miembros²⁶⁹.

Desde nuestro punto de vista, el único matiz significativo entre ambas categorías legales puede representarlo el fin político al que sirve la categoría comunitaria de “residente de larga duración”. La residencia de larga duración sirve a los intereses de la incipiente política migratoria comunitaria que apuesta por un tipo de inmigrante estable y suficientemente integrado, desatendiendo cualquier intento promisorio respecto a los extranjeros recién llegados o de vocación temporal²⁷⁰. El legislador comunitario no se preocupa por el inmigrante temporal²⁷¹. La vocación por el rol de extranjería estable es paradójicamente un reflejo de la escasa preocupación por la integración a corto y medio plazo, un signo de desconfianza hacia el otro²⁷².

El legislador comunitario aboga por una norma claramente insuficiente y con efectos limitativos en cuanto al traslado entre países UE²⁷³. ¿Se fija un estatuto que garantice la

²⁶⁹ Desde el punto de vista estrictamente jurídico, el contenido del estatuto tiene una doble proyección: a) la posibilidad de ejercitar el derecho a la libre circulación en el sentido intracomunitario del término (el derecho de traslado de un Estado miembro a otro y residir en el segundo); b) la asunción de un conjunto de derechos que traigan causa en el citado estatuto como consecuencia del ejercicio de la libre circulación. Véase Olesti Rayo, A., “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva 2003/109 de 25 de noviembre de 2003”, en *Revista General de Derecho Europeo, Comentarios de legislación* n° 4, mayo 2004 [consulta realizada el 6 de marzo de 2007], disponible en www.iustel.com p. 2; Peers, S., “Implementing equality? The Directive on long-term resident third-country nationals”, en *European Law Review*, vol. 29, 2004, p. 460. Respecto a su compatibilidad con la normativa española, por regla general menos favorable que ésta, pueden consultarse los artículos de Crespo Navarro, E., “La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al Estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, año 8, n° 18, mayo-agosto, pp. 548-552; Álvarez Rodríguez, A., “Directiva 2003/109/CE versus legislación española actual: ¿la transposición exige la modificación de la LO 4/2000?”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n° 15, 2007, pp. 9-42.

²⁷⁰ Apunta Sánchez-Urán Azaña, que la política migratoria comunitaria sigue sin resolver la ampliación del concepto de ciudadanía social migratoria, más allá del de ciudadanía cívica de los extranjeros residentes legales. “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ ciudadanía”, *op. cit.*, p. 263.

²⁷¹ Precisamente, en el nivel interno, la inmigración temporal es la destinataria principal de la política normativa de extranjería.

²⁷² Recientemente se va más allá. La UE logra un acuerdo sobre la denominada “tarjeta azul” para inmigrantes cualificados. Noticia disponible en www.elmundo.es de 25 de septiembre de 2008 [consulta realizada el 26 de septiembre de 2008].

²⁷³ La previsión contenida en el art. 63.4 TCE es prueba de ello. Por todos, Del Valle Gálvez, “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, *op. cit.*, p. 61. En el plano interno, de hecho la única “equiparación” que se ha realizado es la obtención de una autorización *inicial* de residencia temporal, de residencia y trabajo o, en su caso, de

igualdad de trato real y efectiva del residente de larga duración con los ciudadanos comunitarios (eso sí, en un nivel que no afecta a los derechos políticos)? No parece que sea así en el plano práctico²⁷⁴. Tampoco se aseguran las mismas condiciones de movilidad de residencia entre Estados miembros con respecto a los comunitarios²⁷⁵. No se puede olvidar que, junto a un núcleo de derechos garantizados, la Directiva 2003/109/CE establece una serie de derechos cuya concesión queda a criterio de los Estados miembros, los cuales también podrán imponer exigencias complementarias para el beneficio de los derechos regulados en la misma²⁷⁶.

Estamos ante la enésima invocación de la integración social como principio inefectivo²⁷⁷. Se ha desaprovechado una excelente oportunidad de conseguir implicar al inmigrante en la vida social, favoreciendo así su integración²⁷⁸. La aproximación de los

residencia temporal por reagrupación familiar, previo cumplimiento de los requisitos establecidos reglamentariamente (entre ellos la “situación nacional de empleo” para la autorización de residencia y trabajo), sin exigencia de visado. *Cfr.* Instrucción DGI/SGRJ/04/2008, sobre la aplicación directa de la Directiva 2003/109/CE, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en otro Estado miembro de la UE, de 10 de abril de 2008 [consulta realizada el 15 de mayo de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/legislacion/residentesLARGA.pdf>.

²⁷⁴ Su objetivo integrador, plasmado en el Considerando 14 vuelve a ser un falso espejismo de la inferior situación socio-jurídica de los ciudadanos extracomunitarios en el espacio de la UE. Sustantivamente, la igualdad de trato está ausente, tanto *ex ante* como *ex post*, es decir, en los requisitos para la concesión del mismo como en sus efectos. Martínez Abascal, *Ciudadanía social y políticas migratorias de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 113.

²⁷⁵ El ejercicio de estas prerrogativas para los nacionales de terceros países residentes de larga duración se sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones como son la realización de una actividad económica por cuenta ajena o propia, actividades de estudio o formación profesional, o bien la disposición de recursos económicos suficientes y de seguro de enfermedad durante su estancia. Véase Ruiz Castillo, “Marco legal de la inmigración en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 43-46; Soto Moya, *Las situaciones conyugales en el tráfico intracomunitario. Un modelo de relación entre el Dipro y el Derecho de extranjería*, *op. cit.*, pp. 162 y 175. Su orientación económica es evidente: excluye de su ámbito aplicativo a los estudiantes, a los solicitantes de asilo, a los que gocen de protección temporal mientras esperan una resolución sobre su estatuto, a los refugiados, por supuesto a los inmigrantes irregulares y, en general, a aquellas personas con estancia temporal.

²⁷⁶ Véase Olesti Rayo, “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva 2003/109 de 25 de noviembre de 2003”, *op. cit.*, p. 4; García Blesa, J., “Los derechos de los inmigrantes permanentes en la Unión Europea: un test sobre la acción de integración comunitaria”, en Andreo Tudela, J., C., y González Tamarit, L. (coord.), *IV Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 5-7 octubre 2005, Sevilla, 2006, p. 75.

²⁷⁷ Las palabras son herramientas en la lucha simbólica, que sirven para estructurar el discurso político y una percepción de la realidad interesada y, nunca son, por tanto, neutras. Esto es lo que ocurre con muchos conceptos, entre ellos, el manoseado concepto de integración social. Stolcke, V., “Qué entendemos por integración social de los inmigrantes”, en Checa y Olmos, F., ...[et al.] (edit.), *Inmigración y derechos humanos. La integración como participación social*, Barcelona, 2004, p. 19.

²⁷⁸ García Blesa, *op. cit.*, p. 80; en sentido análogo Serrano García, “Política comunitaria de inmigración”, *op. cit.*, pp. 52-53. Aunque algún autor piensa lo contrario. En concreto, García Vázquez considera que “la

estatutos de ciudadano de la Unión y de residente de larga duración, un principio programático que se formuló en el emblemático Consejo de Tampere (puntos 18 a 21 de las Conclusiones) sigue siendo más una intención que una realidad jurídica²⁷⁹. La equiparación empezaría a ser posible si, como “recomienda” el Parlamento Europeo, los Estados miembros, la Comisión y el Consejo llevan a cabo lo necesario para que se reconozca el derecho al voto en las elecciones locales y europeas a este colectivo de personas²⁸⁰.

En definitiva, el estatuto comunitario de residente de larga duración reproduce, en cierta medida, las mismas condiciones restrictivas existentes en la legislación de los

situación jurídica de los nacionales de terceros países residentes de larga duración constituirá un elemento dinamizador de una noción expresiva de la ciudadanía comunitaria [...] para la configuración del futuro Derecho comunitario de extranjería”. *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España, op. cit.*, p. 273.

²⁷⁹ En la doctrina científica, algunos autores opinan que la necesidad de reforzar el estatuto de residente de larga duración no puede hacerse, de ningún modo, a costa de desvirtuar el estatuto de ciudadanía de la Unión. *Cfr.* Jiménez Piernas, C., B., “La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 6, nº 13, 2002 [consulta realizada el 13 de julio de 2006], disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_013_187.pdf, pp. 887-888; Crespo Navarro, “La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al Estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia”, *op. cit.*, p. 538. De igual modo, hay que tener presente el solapamiento entre los derechos del residente permanente en función de lo dispuesto en la Directiva 2004/38/CE y el derecho de residencia de larga duración según dispone la Directiva 2003/109/CE, como recuerda Peers, “Implementing equality? The Directive on long-term resident third-country nationals”, *op. cit.*, pp. 447-448.

²⁸⁰ Resolución del Parlamento Europeo sobre el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica (COM(2004) 0811- (2005/2059/INI), de 26 de octubre de 2005 (DOUE C-272-E, de 9 de noviembre de 2006), apartado 7. Curiosamente en julio de 2006 se aprobó una proposición no de Ley sobre la extensión del derecho al voto, en las elecciones municipales, a los extranjeros residentes legales por los grupos parlamentarios socialista y de IU-ICV, [consulta realizada el 20 de agosto de 2007], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/PropVotoInm.pdf>, que no se plasmó en medida jurídica alguna. La duda que nos atrae es si acaso el relanzamiento actual de la propuesta de voto de los residentes estables es un contrapeso político ante el endurecimiento de la política inmigratoria hacia los recién llegados. Paradójicamente, tampoco podemos dejar de recordar que España no ha ratificado el Convenio Europeo sobre participación de los extranjeros en la vida pública local, aprobado el 5 de febrero de 1992. El problema, como advierte Torres Pérez, F., es que los derechos políticos siguen siendo el núcleo duro de la frontera de la ciudadanía, la que separa nacionales de extranjeros residentes. “La integración de los inmigrantes y algunos de los desafíos que nos plantea”, en De Lucas Martín, F., J., y Torres Pérez, F. (edit.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, 2002, p. 62. Por eso, autores como Solanes abogan por la reforma constitucional como única salida lógica en este sentido si se quiere potenciar una política de integración coherente, si bien, a corto plazo el máximo impedimento se centra en acotar la extensión del criterio de reciprocidad. Solanes Corella, “La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate”, *op. cit.*, pp. 92 y 94. En sentido análogo, Ramiro Avilés, “El derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes, una utopía para el siglo XXI”, *op. cit.*, p. 113; Ortega Jiménez, A., y Heredia Sánchez, L., S., “El derecho al voto de los extranjeros en las elecciones municipales españolas. ¿Integración o interés?”, en *Anuario mexicano de Derecho internacional*, vol. VIII, 2008, p. 594. A favor de la reforma constitucional véase asimismo artículo de opinión titulado “El sufragio de los inmigrantes” de Eliseo Aja y David Moya publicado el 28 de julio de 2008 en la edición impresa del diario El País.

Estados, en lugar de crear un auténtico e innovador estatus de residente alejado de las ordenaciones estatales. Es más, muchas disposiciones de la Directiva 2003/109/CE están sujetas a posibles interpretaciones divergentes, dependiendo su impacto práctico de la exégesis de las legislaciones nacionales y comunitaria²⁸¹.

A ello hay que unir la consideración de que la lógica de mercado de la Unión, lejos de desvirtuarse por la aparente presunción de institucionalización de la inclusión social, reaparece en preceptos como el 14.3, párrafo segundo. En el mismo se advierte que, “por motivos relacionados con las políticas del mercado de trabajo”, los Estados miembros podrán dar *preferencia* a los ciudadanos de la Unión, a los nacionales de terceros países que residan legalmente y reciban prestaciones por desempleo en el Estado miembro de que se trate, dejando al resto de extracomunitarios a lo que disponga la legislación comunitaria²⁸².

Finalmente, se introduce una disposición que siembra de dudas acerca de las intenciones del legislador comunitario: el cumplimiento de medidas como las de integración (art. 5.2), una perfecta “excusa” que queda a criterio del legislador interno. Este requisito es inexistente para los ciudadanos de la Unión o sus familiares, por mucho que se quiera abogar por los intentos de identificación de una comunidad de intereses y valores europea coincidente *grosso modo* con el área cultural constituida por los países integrantes del espacio UE²⁸³. ¿Dónde están desarrolladas esas medidas de integración en el plano interno? ¿Por qué se conmina a una persona a demostrar un grado suficiente de lealtad a la sociedad que lo acoge como coste ético de su pertenencia estable?²⁸⁴ No

²⁸¹ Peers, *op. cit.*, p. 442. No hace falta decir que esa política se está aplicando dadas las circunstancias económicas actuales.

²⁸² En términos del principio de igualdad, la exclusión selectiva tiene un menor grado de justicia que la exclusión universal, puesto que legitima la selección sobre la base de los recursos económicos y de la formación de los extranjeros y/o sobre la base de las “necesidades” del mercado laboral estatal. Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, *op. cit.*, p. 170.

²⁸³ No deja de resultar paradójico, por poner un ejemplo, que un nacional colombiano que ha vivido más de cinco años en otro país tenga que acreditar una suficiente integración sociocultural en España y un finés no, cuando su espectro cultural-lingüístico es tan distinto.

²⁸⁴ La pregunta sigue sin respuesta, aunque la indagatoria tiene que partir de la siguiente afirmación, que compartimos plenamente: “El proceso de generación e implementación de la política migratoria tiene su propia lógica, que no necesariamente corre paralela a la lógica de los procesos de integración”. Pennix, R., y Martiniello, M., “Integration Processes and Policies: State of the Art and Lessons”, en Pennix, R., ... [et al.] (edit.), *Citizenship in European Cities, Immigrants, local politics and integration policies*, Aldershot, 2004, p. 140.

parece, en definitiva, que el estatuto de residente de larga duración venga a paliar la quiebra del principio de igualdad de trato.

5. Los extranjeros en situación irregular, en la encrucijada de la exclusión ética y jurídica

Dejando a salvo las particularidades que atienden a supuestos personales específicos o a la presencia de compromisos internacionales, dentro de la variedad de situaciones jurídicas de “no beneficiarios del Derecho comunitario”, el punto de inflexión lo representa el salto cualitativo entre aquellos que están en situación de legalidad y los que permanecen en un estado jurídico de irregularidad administrativa²⁸⁵. A modo de avance, en ese espectro, como advierte Moya Escudero, “es irregular todo aquel que carece de las autorizaciones exigidas con independencia del origen de su irregularidad: entrada ilegal, entrada legal sin salida cuando acaba el plazo de estancia, irregularidad sobrevenida por caducidad de las autorizaciones, no renovación [...]”²⁸⁶.

En el capítulo anterior realizamos un excursus relativo a la afectación de los derechos derivados de la libre circulación, una limitación en el ejercicio de determinados derechos y que, en la práctica, equivale a la imposibilidad de su disfrute por la siempre amenazante medida de expulsión. Y es que el “irregular” siempre sea un “reo” de su forzada

²⁸⁵ Abogamos por este término porque en puridad técnico-jurídica la ilegalidad se atiene más exactamente a situaciones jurídicas, no a personas. Al respecto, Álvarez-Cienfuegos Suárez entiende que esta situación jurídica, en muchas ocasiones, es más bien predicable del sistema o método a través del que se accede al territorio nacional. “La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 15. Sobre la distinción entre extranjero irregular, indocumentado e ilegal, puede consultarse Colectivo IOÉ, *Inmigrantes, trabajadores, ciudadanos. Una visión de las migraciones desde España*, Valencia, 1999, pp. 92-95.

²⁸⁶ Moya Escudero, M., “Autorización de trabajo por cuenta ajena”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 1051. Otros autores abogan por la distinción de los términos de clandestinidad e irregularidad, el primero para aquellos inmigrantes que nunca han estado en los límites de la legalidad y el segundo para los que alguna vez han estado en posesión de autorización de residencia. Izquierdo Escribano, A., *La inmigración en España: 1980-1990*, Madrid, 1992, pp. 151-152. El modo de entrada al territorio nacional sirve de criterio para otras subdivisiones en múltiples tipos legales, como la que distingue entre irregulares “simples” y los “clandestinos”, Álvarez Cortés, “La protección social del extranjero”, *op. cit.*, p. 134. Por último, Pomed Sánchez se refiere a la posición de irregularidad sobrevenida con la expresión por “caducidad del título legitimador de la estancia”, “Algunas consideraciones sobre la situación actual del derecho de inmigración en España”, *op. cit.*, p. 82. La situación personal y el estatuto jurídico de los inmigrantes irregulares tendrán repercusión en sus propios derechos, no siendo lo mismo un irregular en situación sobrevenida, un solicitante de asilo, menores no acompañados, madres gestantes, etc.

invisibilidad jurídica. También se subrayó que habrá que estar a la reforma de la LOEXIS en este sentido, necesaria tras la declaración de inconstitucionalidad de los artículos relativos a varios derechos fundamentales.

Sin perjuicio de la puntualización indicada, como se adelantó, con la reforma de la LOEXIS operada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, adquiere naturaleza jurídica una nueva categoría incisivamente más marginal: los irregulares no empadronados²⁸⁷. Indudablemente, esta división entre el mundo de los indocumentados, de los “sin papeles”, o simplemente de “los sin nada”, y el de los que tienen regularizada su situación a efectos del Derecho, trasciende el puro contexto jurídico para manifestarse en su total crudeza en el marco de la vida cotidiana de las sociedades de acogida²⁸⁸. Sin duda, la política en materia de lucha contra la inmigración irregular y sus límites jurídicos se ajustarán irremediabilmente en función de la categoría jurídica de extranjero a la que se pertenezca²⁸⁹. La misma alusión al carácter de “lucha” de esa política nos expresa fielmente su inserción en el lugar común de la maximización de la compulsión sobre las personas por el simple hecho de su pertenencia al universo de la excepción²⁹⁰.

La permanencia en nuestro territorio de personas con ausencia de autorización de residencia y trabajo (bien porque nunca la han obtenido o porque no pudieron renovar la previamente poseída) crea una bolsa de temporalidad y de actividad laboral clandestina, un mercado marginal paralelo al oficial, que inestabiliza los cimientos del propio orden social del país, con consecuencias onerosas no sólo al corto sino al medio y largo plazo²⁹¹. Parece

²⁸⁷ Fernández Le Gal, “Los derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular”, *op. cit.*, p.77.

²⁸⁸ “El extranjero irregular se encuentra en el escalón más bajo de la jerarquía legal, ocupando un nivel inferior al ciudadano, en una relación de desigualdad permitida institucionalmente y acuciante en materia sancionadora”, Trinidad García y Martín Martín, *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, *op. cit.*, p. 105. Por su parte, De Lucas Martín nos recuerda que la metáfora que nos permite entender la mirada de nuestras políticas de inmigración es la fórmula del “sin papeles” o, más brutalmente, la noción de ilegales como no-sujeto del Derecho a tener derechos. “Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis”, *op. cit.*, p. 45.

²⁸⁹ *Cfr.* Fernández Sánchez, “Los límites jurídicos en la lucha contra la inmigración ilegal”, *op. cit.*, p. 570.

²⁹⁰ La relación entre el concepto de “enemigo” y el de “lucha” fue objeto de estudio en la extensa obra schmittiana; por todas, *El concepto de lo político*, *op. cit.*, p. 62 y ss.

²⁹¹ Un acercamiento al perfil de los ciudadanos extranjeros en situación irregular en los años 2002 y 2003 puede verse en Carvajal, M., I., “Algunas notas sobre el perfil de los ciudadanos extranjeros en situación documental irregular en España en 2002 y 2003”, en *Migraciones* n° 15, junio de 2004, pp. 17-41. Por otra parte, un estudio sobre la jurisprudencia de los tribunales del orden social relativa a los inmigrantes en

que el futuro de las personas que se encuentran de forma ilegal en el territorio nacional converge en el azar de una nueva regularización masiva diseñada por el gobierno de turno para aliviar la presión social y mediática ante este grave problema o, en el mejor de los casos, esperar que transcurra el tiempo necesario para poder apelar a la discrecionalidad que posee el poder público para otorgar una autorización de residencia temporal con carácter excepcional, en una de cuyas modalidades (el arraigo) nos detendremos en el capítulo final de este trabajo.

Conviene poner de relieve que la línea de separación entre el mundo del Derecho y del no-Derecho en el sector de la extranjería es fácil de transitar, dada la interacción de condicionantes de orden público que se insertan en este sector jurídico, y que afectan, sin duda, en mayor medida a los residentes temporales²⁹². Pero, sin duda, las consecuencias en el plano social no se quedan atrás. La situación jurídica del “irregular” afecta a su condición personal²⁹³. El “otro” con mayúsculas, aquel a quien se desprecia y se *demoniza* como la causa de todos los males del sistema, encuentra fiel traslación empírica en una persona a la que se le niega el pleno ejercicio de sus derechos²⁹⁴. Es el paradigma más evidente de la inclusiva exclusión y de la cultura del control y del dominio, a la que hicimos referencia en el capítulo primero. Este nuevo “bárbaro” es el nuevo marginado social por excelencia. Su derecho a una vida digna simplemente no existe en cuanto no tiene ni siquiera derecho a ejercer un trabajo. El binomio nacional/extranjero no comunitario no concentra toda la tensión emocional del sistema, hasta el punto de que podríamos decir que se ha superado por la emergente dicotomía entre los “con papeles/sin

situación irregular en Marín Marín, J., y Gallego Moya, F., *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Albacete, 2005.

²⁹² La normativa de desarrollo de los derechos de los extranjeros en España se ha caracterizado por el establecimiento en la norma legal de un orden punitivo de “grueso” calibre dentro del marco de la potestad sancionadora pública y que ha sufrido, en los últimos tiempos, una modulación a favor de lo que el TS ha denominado una política puramente defensiva. Palomar Olmeda, A., “Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, año XIV, nº 637, 23 de septiembre de 2004, pp. 1-2. Para una distinción clara entre los que se encuentran en situación irregular originaria y sobrevenida a la hora de establecer el régimen legal de derechos de los extranjeros, Aragón Reyes, “¿ Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?”, *op. cit.*, p. 17.

²⁹³ En el último capítulo de este estudio se analiza la dimensión ética del inmigrante en situación irregular.

²⁹⁴ El reconocimiento del otro como tal otro es algo muy distinto; es un rasgo del desarrollo de la dignidad. Peces-Barba Martínez, G., “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana”, en Rodríguez Palop, M., E.; Campoy Cervera, I.; Rey Pérez, J., L. (edit.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, 2006, p. 30.

papeles”²⁹⁵. La novedad en estos inicios de siglo es la superposición de una nueva fractura dialéctica: los extranjeros no comunitarios irregulares, esa masa ingente invisible a ojos del Derecho.

Las no-personas, a las que se les revoca su ontología social y cultural, constituyen la nueva señal de la invisibilidad social²⁹⁶. Como advierte Dal Lago,

un extranjero ‘ilegítimo’ o ‘ilegal’ no existe socialmente, o bien existe, tolerado o no visto, en un limbo del cual se le puede alejar o hacer desaparecer en todo momento [...] y cuando se ocupa de los clandestinos o irregulares, los saca de la condición de ‘alegalidad’ sólo para sancionar ‘legalmente’ su no-existencia y expulsarlos²⁹⁷.

La extrema sensibilidad ante los conflictos simbólicos que observamos en las sociedades multiculturales expresan esa lucha, esa tensión por el rol de distinto, de otro, de no-sujeto para el Derecho al que se reconduce todo inmigrado indocumentado. Ese arquetipo identitario se ha visto alentado y enfatizado por la deriva global. En un intento de defensa de un proyecto nacional, se compensa la pérdida de poder soberano exterior por una potenciación de los signos de autoafirmación del sistema. En esta idea se sitúa la razón de ser de la exclusión. La depauperización común de masas ingentes de trabajadores inmigrados y la formación de guetos pertenenciales instituyen una especie de *underclass* multirracial y multicultural que fomenta la tensión entre los explotados escrutando sus más nimias diferencias para reproducir el rechazo y la discriminación²⁹⁸.

²⁹⁵ Es la nueva faz de esa definición relacional de un nosotros respecto a otros que constituye la *etnicidad*, y cuyas fronteras son en buena medida negociables. Colom González, F., “El nacionalismo y la quimera de la homogeneidad”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, 2001, p. 24.

²⁹⁶ “El problema actual es que la igualdad democrática podría ser desenmascarada en cualquier momento como una ficción, el racismo está sirviendo más que nunca para estructurar la fuerza de trabajo [...], y ante todo ello lo que se reclama no es más justicia, sino comprensión y una cierta simpatía estética hacia ese otro minoritario al que los dispositivos de clasificación dominantes se han encargado de alterar y minorizar”. Delgado Ruiz, M., “Nuevas retóricas para la exclusión social”, en Bergalli, R. (coord.), *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Barcelona, 2006, p. 14.

²⁹⁷ Dal Lago, A., “Personas y no-personas”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, pp. 141-142.

²⁹⁸ Balibar, E., *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa? Las fronteras, el Estado, el pueblo*, Madrid, 2003, p. 234.

La permanencia en un espacio de clandestinidad tiene como objetivo, como indica Balibar, impedir la individualización y la socialización de los extranjeros, la conquista de las libertades individuales y de las libertades colectivas²⁹⁹. En definitiva, se trataría de constatar que no se cuestione la capacidad de dominación del sistema y que se refleje jurídicamente en el mundo del no-derecho para los que no son seleccionados³⁰⁰. En las sociedades multiculturales, y la española no es una excepción al respecto, se está autorizando la política del “todo vale” en relación con las personas que ocupan el nuevo espacio de enemistad, en especial los “parias” o inmigrantes indocumentados³⁰¹. El “otro”, de por sí minusvalorado, se ha redefinido como un elemento hostil en un salto cualitativo que se incardina en la codificación de reglas normativas que impelen, aunque sea tácitamente, a una institucionalización de los roles o imágenes del que no es admitido en el *nosotros*³⁰². El elitismo está presente en toda esta epistemología. La xenofobia, aunque sea disimulada, termina por convertirse en una manifestación íntimamente ligada con el sistema de dominio cultural, económico y político de Occidente sobre el resto del mundo, en concreto de un *etnicismo* que se apropia de los derechos universales³⁰³. El estereotipo biologicista del racismo tradicional deja paso a un rol de trabajador inmigrado que forma parte del *lumpen* social: de una patología racial o cultural hemos pasado a la desconfianza

²⁹⁹ Balibar, *ibidem*, p. 86.

³⁰⁰ O, como afirma De Lucas Martín, F., J., la cuestión se podría plantear en estos términos: si podemos seguir manteniendo un modelo de contrato de inmigración que se concreta en una forma de exclusión en la medida en que construye para los inmigrantes un estatuto parcial, sectorial, provisional, en su contenido de derechos (y deberes). “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)* [consulta realizada el 15 de mayo de 2007], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_13.htm, p. 6.

³⁰¹ Esta noción, en su significado semántico atiende al excluido, el que no goza ni merece el trato que tienen los demás, por ser considerado inferior. En nuestro estudio este concepto, con fuertes implicaciones socioantropológicas, presenta un alto grado de analogía con su par jurídico “el irregular”, aquel que es condenado a la clandestinidad jurídica.

³⁰² “El inmigrante-extranjero es aquel del que sólo cabe aventurar una definición jurídicamente negativa o peyorativa”. Pomares Cintas, E., “La inmigración laboral del extranjero en el Derecho penal”, en Portilla Conteras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, 2005, p. 226.

³⁰³ El discurso posmoderno atiende a un nuevo entendimiento de lo social en el que el encauzamiento de la violencia, la direccionalidad del conflicto, “el tratamiento racional de las proximidades peligrosas” viene a convertirse en fuente de una tensión que recompone en el “otro” toda la virulencia que está en la génesis de las relaciones de fuerza. Sauquillo, “El discurso crítico de la modernidad: M. Foucault”, *op. cit.*, p. 289.

encubierta hacia el inmigrante sin matices de raza o cultura, sólo por el hecho de ser “otro”³⁰⁴.

La constitución de un estatuto de población infravalorada en derechos, ejemplificada en la masa de indocumentados que deambulan por la Europa unida, sometida a un refractario Estado “policial”, de vigilancia constante de sus movimientos, de permanente juicio de adaptabilidad, y que se resigna a rescatar cadáveres de sus costas, hace que nos planteemos la siguiente cuestión: ¿no será que la Europa de los derechos no es posible porque la nación democrática no está legitimada en este proceso?

La persona en situación irregular es un claro ejemplo de la deriva de un Estado de Derecho que no se demora en hacer de la exclusión una idea contingente, esto es, un concepto adaptable y adaptado a las circunstancias sociopolíticas. De este modo, se llega a instrumentalizar cualquier entendimiento de la exclusión, cuando de extranjeros inmigrantes en situación irregular se trata. La institucionalización del arraigo es la garantía jurídica perfecta para continuar con la idea interesada de quien está incluido desde la exclusión y es excluido desde su inclusión. Es una expresión fundada de la cultura del dominio pero, simultáneamente, es un mecanismo de salida de la clandestinidad a la que había sido “condenado” el irregular por haber osado situarse *extra legem*³⁰⁵.

IV. UNA IDEA DE EXCLUSIÓN DEUDORA DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DEL NO BENEFICIARIO DEL DERECHO COMUNITARIO

Cuando indicábamos al principio de este estudio que la libertad de desplazamiento y la de asentamiento estable en un territorio y los derechos que de ella se derivan no pueden

³⁰⁴ El discurso de la diferencia es fundamental para la construcción de una identidad cultural. Véase, entre otros, Wieviorka, M., “Culture, société et démocratie”, en Wieviorka, M. (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, París, 1997, p. 14 y ss; Silveira Gorski, H., C., “Desarraigo y democracia de las diferencias”, en Bergalli, R., y Resta, E. (comp.), *Soberanía, un principio que se derrumba: aspectos metodológico y jurídico-políticos*, Barcelona, 1996, p. 83. El problema no está en la asunción de valores externos sino en la indiferencia diferente hacia el otro. Como recordaba hace unos años Todd, los problemas sociales de los cinturones de las grandes ciudades son consecuencia de la desestructuración y no de la emergencia o de la estabilización de sistemas de valores nuevos, capaz de anclar en una diferencia irreductible a grupos enclavados y separados. *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, op. cit., p. 335.

³⁰⁵ En el capítulo quinto analizaremos con profundidad estos aspectos.

ejercerse de igual modo por todos, queríamos poner de relieve que la extranjería es el concepto arquetípico de la disimetría en el disfrute de los derechos. Sin embargo, como se ha analizado en este capítulo, la afirmación tiene que ser matizada. Se ha puesto de relieve la existencia de diferentes grados de realización del derecho a la libre circulación y residencia, en primer término, determinado por la nueva divisoria que en la dicotomía tradicional nacional/extranjero ha introducido la categoría de “beneficiario del Derecho comunitario” y, en segundo, por la decisiva influencia de la calificación administrativa del extranjero no beneficiario del Derecho comunitario, muy especialmente el extranjero inmigrante de tipo laboral.

El análisis previo realizado en este capítulo, en un discurso jurídico-político como el que se desarrolla en esta sede, nos permite una importante conclusión. La realización de los derechos de los extranjeros inmigrantes es directamente proporcional a su calificación jurídico-administrativa³⁰⁶. Esta proposición nos conduce a la siguiente afirmación desde la perspectiva conceptual: la idea de exclusión es tributaria de la consiguiente calificación legal del extranjero inmigrante. El poder de admisión, la cultura del control y del dominio que desarrolla ese poder y la inclusiva exclusión del extranjero inmigrante en esa zona de indiferencia donde no se sabe la pertenencia de uno, es un *totum* determinado, en mayor o menor grado, por el estatuto jurídico-administrativo que tiene cada extranjero inmigrante.

La gradación en la realización del derecho de libre circulación y residencia es una consecuencia de esta apelación. Evidentemente, como se ha observado *supra*, la situación jurídica y personal de un “irregular” es radicalmente distinta a la de un residente permanente, pero también lo son las demás entre sí, aunque sea en pequeños matices. Por consiguiente, la complejidad radica en que la inexistencia de un estatuto de extranjero inmigrante uniforme –el no beneficiario del Derecho comunitario no lo es– se proyecta en sede jurídica en un diferente grado de realización de derechos y en sede especulativa en una idea inestable de exclusión³⁰⁷.

³⁰⁶ Ciertamente la normativa española en materia de extranjería, tradicionalmente, ha construido el estatuto jurídico del no nacional en función de la situación administrativa del sujeto condicionando los derechos fundamentales y ralentizando la integración. Solanes Corella, “Integración sin derechos: de la irregularidad a la participación”, *op. cit.*, p. 2.

³⁰⁷ Las dinámicas de exclusión/inclusión que se manejan en políticas de seguridad no pueden ser reducidas a una simple diferenciación del dentro/fuera del grupo. Huysmans, J., “Migration and the politics of security”, en Body-Gendrot, S., y Martiniello, M. (edit.), *Minorities in European cities. The dynamics of social integration and social exclusion at the neighbourhood level*, Nueva York, 2000, p. 188. En último término,

La sistemática jurídico-normativa que ha sido objeto de estudio en este capítulo se traduce en el plano conceptual en la readaptación de la idea reguladora del extranjero como extraño³⁰⁸. Esta idea está sintetizada, desde el punto de vista jurídico-positivo, principalmente en aquellos extranjeros inmigrantes que no entran en la categoría de residentes permanentes, y muy especialmente en la de quienes carecen de situación legal en nuestro país. En el estadio más incisivo –el inmigrante irregular– se dilucida toda la negatividad del excluido. En el nivel más cercano al ciudadano nacional –el residente permanente– la inclusión exclusiva, con carácter general, empieza su disolución porque sólo encuentra un reparo importante en el no-reconocimiento del disfrute de los derechos de orden político, es decir, en el tiempo de espera de la adquisición del estatuto de nacional³⁰⁹. Entre ambos, el residente legal es un admitido jurídico circunstancial pero un excluido ético³¹⁰. La persona, un concepto que remite inevitablemente a un significado moral como nos recuerda Dal Lago, va a verse degradada por el efecto de la aplicación del cliché pertenencial presente en el Derecho de extranjería³¹¹. ¿Por qué el ser tratado como persona se distancia cada vez más del ser extranjero? La elasticidad de la noción de extranjero derivada de nuestro ordenamiento jurídico-positivo es una forma de prorrogar las desigualdades³¹². La compartimentación del extranjero en categorías jurídicas

se trataría de poner en cuestión los elementos que permiten identificar quién está incluido y quién no, quién es ciudadano y quién está excluido de esa categoría, Ramos Quintana, M., I., “Inmigración y globalización económica”, ¿un lugar para el Derecho del Trabajo?, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, p. 18. Una tarea que, en materia de extranjería, desde nuestro punto de vista, no admite respuestas concluyentes.

³⁰⁸ Del discurso de la negación y la deyección, de defensa contra la intrusión del Otro. Naïr y De Lucas Martín, *op. cit.*, p. 130. Los modos de designar al extranjero extraño varían según cada contexto nacional: ethnic minorities, extracomunitarios, ausländer. Asumimos la expresión “otros”, por entender que refleja fielmente esa idea de exclusión de la alteridad aunque, en este estudio, términos utilizados en el discurso filosófico-político y sociológico sobre la exclusión como “otro, extraño, enemigo, hostil, etc.” se utilicen como análogos.

³⁰⁹ Qué el camino a seguir sea necesariamente supranacional, o sea la estructuración adecuada de un estatuto extranjero en el sistema de la Unión, como indica Rodríguez Barrigón, está por demostrar. Rodríguez Barrigón, “La extranjería en la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 208. Ahora bien, ese camino siempre tendrá que pasar por la prueba de la integración. *Cfr.* Moya Escudero, M., “Inmigrante español/inmigrante extranjero: estudio del caso andaluz”, en *Diario La Ley*, nº 6985, 9 de julio de 2008, p. 4.

³¹⁰ “La ambigüedad y la indefinición del inmigrante son idóneas para pensar que todo lo que la sociedad puede percibir como ajeno pero instalado en su propio interior”. Bergalli, R.,...[et al.], “Extranjería. Existencias criminalizadas”, en *Actas de las Jornadas del Graduat en Criminologia i Política Criminal, 2000 y 2001*, Barcelona, Universidad, 2003, p. 42.

³¹¹ Dal Lago, “Personas y no-personas”, *op. cit.*, p. 127.

³¹² Como indica Kelly, P., no son sólo las desigualdades en la progresión de las diferencias de estatus sino además sus consecuencias. “Defending some Dodos: equality and/or liberty?”, en Kelly, P. (edit.), *Multiculturalism reconsidered: “Culture and equality” and its critics*, Cambridge, 2002, p. 77.

impensables para el resto de ciudadanos es un acicate a la diferenciación permanente de quien habita en la zona de indiferencia.

El hecho de que el ejercicio de los derechos de libre circulación y residencia se delimite por razones puramente aleatorias como la nacionalidad y los lazos familiares es fiel transposición de la lógica de exclusión social³¹³. La calificación legal de una persona la sitúa en la encrucijada de la des-personalización. El “nuevo bárbaro” pasa a ocupar en el imaginario de la alteridad el lugar común del extranjero³¹⁴. Su perfil es claro: no beneficiario del Derecho comunitario e inmigrante. Si encima de todo es “irregular” más todavía³¹⁵.

El “otro” posmoderno viene a ocupar el último escalón social en la denostada sociedad que se autodenomina de los derechos de las personas. La estratificación jurídica de los extranjeros, tal y como se infiere del ordenamiento positivo interno, es una transposición contemporánea de la enemistad, la negación de la pertenencia y, para los “irregulares”, del Derecho³¹⁶. Esta afirmación nos conduce a la hipótesis de que la *hostilidad* hacia el nuevo “bárbaro” se convierte en la arquitectónica del sistema

³¹³ La nueva antropología de la desigualdad está marcada de una nueva y radical asimetría entre “nosotros y ellos”, Ferrajoli, “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”, *op. cit.*, p. 6. En el fondo, se está retornando a una alteridad que Guillaume, M., calificaba hace unos años de *inquietante* y que, a nuestro juicio, es producto del imaginario creado acerca del “otro”. “El otro y el extraño”, en *Revista de Occidente*, nº 140, 1993, p. 54.

³¹⁴ “Cuando la alteridad se entiende como alteración de mi normalidad y lo ajeno es visto como en-ajenación, entonces la diferencia es contemplada cual deficiencia, produciéndose xenofobia y victimación [...]. Díaz Hernández, C., “Problemas de convivencia en la sociedad pluralista y multicultural”, en VV. AA., *Derechos humanos e inmigración: una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, jornadas celebradas los días 22, 23, 24 y 25 de mayo de 2002, Motril, 2003, p. 200.

³¹⁵ “Que el emigrante llamado ‘ilegal’ se haya convertido en sujeto escogido del discurso de la emergencia, así como de la legislación y las medidas políticas de excepción tiene que ver con que su presencia pone en entredicho las bases mismas del Estado-nación”. Zamora, J., A., Ciudadanía e inmigración: las fronteras de la democracia”, en Pedreño Cánovas, A., y Hernández Pedreño, M. (coord.), *La condición inmigrante: exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*, Murcia, 2005, p. 152.

³¹⁶ El temor del Otro trasluce la posición dogmática y enemistosa del Yo. Naïr y De Lucas Martín, *op. cit.*, pp. 85 y 125. Por ello, “quienes detentan el poder parecen estar dando un giro hacia la atribución de una duración ‘indefinida’, no a la *eliminación de la ambigüedad* de los derechos civiles y de residencia, sino a la *ambivalencia* del estatus legal”. Bauman, *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, *op. cit.*, p. 164.

selectivo³¹⁷. Se trataría de un elemento patológico que trasciende lo especulativo y lo jurídico para exteriorizarse en la práctica empírica³¹⁸.

La limitación del derecho a la libre circulación y residencia es una manifestación de poder de dominio del “nosotros”, una defensa sin ambages de la identidad como cuestión de negación del “otro”³¹⁹. La tendencia del universalismo moral a “entender al otro por referencia directa a uno mismo” se convierte en perversa cuando se estigmatiza a ese “otro” negándole un ejercicio de sus derechos libre de tuteladas administrativas³²⁰.

La división beneficiario/no beneficiario del Derecho comunitario incide en este paradigma, aunque sin concluirlo, ya que resulta complementado con la inclusión de la categoría que más se aproxima a la ciudadanía nacional –el residente permanente–. La frontera entre estas categorías de personas, aunque admitan subdivisiones, simboliza la separación entre la inclusión y la exclusión, entre el derecho como potestad y el derecho como concesión graciable, la diferencia entre la persona y el súbdito³²¹. Esta frontera es

³¹⁷ El *hostis*, como el griego *xénos* (extranjero), en su origen, no significa “enemigo”, por el contrario, se asimila mejor al *philos*, al amigo, el que es sagrado y debe ser respetado en su diferencia. El término ha evolucionado conceptualmente en su devenir histórico, *cfr.* Cacciari, M., “La paradoja del extranjero”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, pp. 148-149. En su momento, Hobbes expuso la desconexión del castigo y del acto de hostilidad, en función de la transgresión o no de la ley. *Leviatán*, *op. cit.*, pp. 248-251. Parafraseando a Schmitt, el *animus hostilis* se ha convertido en el concepto primario. Schmitt, C., *El concepto de lo político*, *op. cit.*, p. 137.

³¹⁸ La separación de personas por categorías (residentes, asilados, irregulares, etc.) es una forma de *guetización*, una expresión del fenómeno de hostilidad hacia el que ha sido definido sin redención posible como diferente. Unas categorías que no son definidas como lo que son, sino por lo que no son en relación a nuestras categorías, Dal Lago, *op. cit.*, p. 130. O, como subraya Zamora, ese conjunto de categorías despojan de la condición de ser humano al inmigrante y lo estigmatizan negativamente como no ciudadano, como no europeo, no nativo, etc. “Inmigración, ciudadanía y multiculturalidad”, *op. cit.*, p. 219.

³¹⁹ La identidad, como categoría conceptual, un meta-concepto filosófico y psicológico, se erige en cauce de expresión de los constituyentes sociales. Es una cuestión de contexto y de definición social por lo general negativa. Véase, entre otros, Hobsbawm, E., “Identidad”, *op. cit.*, p. 47. En la misma obra, Silveira Gorski, H., C., “La vida en común en sociedades multiculturales”, *Identidades comunitarias y democracia*, p. 15; Giró Miranda, J., “Asociacionismo étnico, identidad cultural y ciudadanía”, en Bernuz Benítez, M., J., y Susín Betrán, R. (coord.), *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, Logroño, Universidad de la Rioja, 2003, p. 158.

³²⁰ Raz, J., “Multiculturalism”, en *Ratio Juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, vol. 11, nº 3, septiembre 1998, p. 194.

³²¹ La frontera (superando rápidamente su mera dimensión territorial) se muestra en toda su plasticidad y potencia metafórica, hasta el nivel de 'frontera mental'. Esta es, ante todo, una línea de demarcación del orden, una barrera móvil que delimita 'quien está dentro' y 'quien está fuera' de un grupo, de un pueblo, de un Estado, etc. El grado de permeabilidad de las fronteras (físicas y mentales) está en relación inversa con la rigidez con la que un espacio político interpreta el criterio de inclusión/exclusión. Casanova, N., recesión a la obra de Dal Lago, *Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea*, en *Jura Gentium*,

aprovechada como intersticio de la pertenencia³²². El déficit de pertenencia de un extranjero inmigrante se revela como la excusa ideal para que su seña de identidad, conscientemente impuesta en destino, se remite a una serie de protocolos prescriptivos de los que se hace depender nada más y nada menos que su *dignidad*³²³.

El extranjero inmigrante, con carácter general, está expuesto permanentemente a la amenaza de la expulsión de la sociedad que lo acoge si no cumple su parte del contrato de extranjería (que aporte su fuerza de trabajo al sistema o que no suponga una carga si hablamos de los residentes legales de carácter temporal o si no tiene la calificación de legal) en un ejercicio evidente de pérdida del referente ético de los derechos fundamentales de la persona. El *extraño*, un concepto de manifiesta unilateralidad, implementado y alentado por la clausura de las identidades constituidas en torno al Estado-nación, algo que resume de forma preclara la argumentación beckiana, viene a perpetuar, en la formulación jurídica establecida en la legislación interna de extranjería, la des-personalización del extranjero inmigrante³²⁴. La extrañeza es una atribución, una construcción social, pero con consecuencias reales para quien es tipificado de esa manera³²⁵. El extraño aparece en el lugar que no debe³²⁶. Aunque suele identificarse extraño y extranjero en general, la

Revista de filosofía del Derecho internacional y de la política global [consulta realizada el 24 de marzo de 2008], disponible en <http://www.juragentium.unifi.it/es/books/dallago.htm>. Analizaremos este tema en el siguiente capítulo.

³²² Al respecto, Beck, U., *La democracia y sus enemigos. Textos escogidos*, Barcelona, 2000, p. 137. El autor emplea la expresión “modernidad *simple*” para indicar la realidad teórica de exclusiones y pertenencias anudadas a la distinción *nosotros-ellos*. El surgimiento de la violencia en la relación con el otro está relacionado con lo que Canetti describe como el miedo que tiene el hombre a ser tocado por lo desconocido, *op. cit.*, p. 7.

³²³ Se olvida con demasiada frecuencia que “la dignidad humana es un referente inicial, un punto de partida y también un horizonte final, un punto de llegada”. Peces-Barba Martínez, *op. cit.*, p. 25 y “que ninguna dignidad humana se forma estrictamente hacia adentro, el otro siempre desempeña algún papel”. Taylor, Ch., “Nacionalismo y modernidad”, en Hall, J. (edit.), *Estado y nación. Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo*, Cambridge, 2000, p. 276.

³²⁴ A juicio del sociólogo alemán, la antonimia peculiar de lo extraño es la oposición a la que se enfrenta por parte de todos los contrarios sin fuerza opositora por su parte. Esta categoría sintetiza toda la carga expansiva de lo que por su ausencia de oponibilidad, por su ambivalencia, puede ser utilizado sin riesgo de afectación a los órdenes sociales existentes. Beck, *op. cit.*, p. 137. Como recordara Landowski, para que se realice el “nosotros”, incluso para que se constituya, parece necesaria ciertas formas particulares de extrañeza. “Ellos y nosotros: notas para una aproximación semiótica a algunas figuras de la alteridad social”, *op. cit.*, p. 116.

³²⁵ Zamora, “Inmigración, ciudadanía y multiculturalidad”, *op. cit.*, p. 223.

³²⁶ Zubero, I., “El reto de la inmigración: acoger al otro y ampliar el nosotros”, en Zamora, J., A. (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración. Primeras Jornadas sobre ciudadanía, multiculturalidad e inmigración* organizadas por el Foro “Ignacio Ellacuría” Solidaridad y Cristianismo, Estella, 2003, p. 136. Asimismo, como expresa De Lucas Martín, “el Derecho penal del enemigo es una coartada más en la

categoría de extraño es distinta a la de extranjero, porque un extranjero sigue siendo una persona “de fuera”, mientras un extraño es alguien de dentro, ese próximo al que nos negamos a reconocer como prójimo³²⁷. Y es que, una persona que encuentra limitada la realización de sus derechos por una calificación administrativa termina por ver afectada su dignidad³²⁸. En el último capítulo de este estudio completaremos la pérdida de valor ético de la persona en la sociedad receptora al hilo del arraigo como criterio de selección.

Ante nosotros tenemos una regla de exclusión que opera colectivamente de forma radial, centrífuga, que extiende sus potencialidades actuantes a todo aquel que es prejuizado por una diferenciación no admitida³²⁹. La distinción no es afín a lo que el grupo requiere y, en líneas generales, funciona con una visión totalizadora y definida: todo aquel que no es el *nosotros* es el “otro”, un opositor sobre el que se legitima toda descarga de imputabilidad criminalizadora y en cuya persona se concentra el intersticio de la selección³³⁰. La *barbarización* del otro es consecuencia del esencialismo de las culturas como realidades perfectamente definidas y diferenciadas unas de otras³³¹. El “otro” se convierte en el chivo expiatorio de todos los males que acaecen al cuerpo social³³².

construcción jurídica de la categoría de extrañeza como justificación de la suspensión de la universalidad”, “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 210. ¿Está lejos esta afirmación de ser perfectamente aplicable en nuestro contexto?

³²⁷ *Ibidem*, pp. 136-137. Quizá porque, como indica Etxeberria, se entiende que pone en peligro nuestros “vínculos sociales” y altera la composición de los elementos definitorios de nuestra *identidad cultural*. “El extranjero como igual y como extraño”, *op. cit.*, p. 413.

³²⁸ Autores como Esteban de la Rosa apuestan por un Derecho social de la inmigración que supere el Derecho excluyente de extranjería. Esteban de la Rosa, G., “Inmigración y Derecho de extranjería”, *op. cit.*, p. 48 y ss.

³²⁹ Como pone de relieve Nicola Casanova en su reseña al libro de Dal Lago, *Lo straniero e il nemico. Materiali per l'etnografia contemporanea*, reflexionar sobre el extranjero y el enemigo significa establecer una frontera entre quién pertenece a un orden, a un espacio político compartido, y quien está excluido de él. *Jura Gentium, Revista de filosofía del Derecho internacional y de la política global*, disponible en <http://www.juragentium.unifi.it/es/books/dallago.htm>

³³⁰ “En este contexto asistimos a dos reacciones centrífugas en nuestra sociedad moderna, por un lado, un movimiento de descentramiento, separación y diversidad y [...] por el otro, a un movimiento de creciente separación y aislamiento de los individuos”. Mardones Martínez, “El multiculturalismo como factor de modernidad social”, *op. cit.*, p. 46.

³³¹ Zubero, *op. cit.*, p. 141.

³³² “En un juego metafórico, el que mira al espejo, en el cual se proyecta la figura del otro, se siente visto y, en un primer momento, ese ser visto se traduce en la experiencia de ser un “objeto” para otro, con la consiguiente sensación de sentirse amenazado por ese otro que lo fija y controla a través del espejo. Ese ser [...] proyectaría dicha experiencia objetivante como alienación de sí mismo que, en cuanto sujeto, pierde su

La anomalía así creada, y trasladada al plano jurídico, no es fortuita [la nacionalidad como factor singular que convierte un derecho universal como el de salir del propio país en un derecho del extranjero en el país de entrada] tiene la consecuencia –patentemente previsible– de dar a los Estados casi carta blanca para desarrollar las políticas y la legislación pertinentes que cada uno escoja, y para aplicar selectivamente distintas políticas y leyes a distintos extranjeros, teniendo en cuenta, sobre todo, el país de origen o la nacionalidad³³³. Por supuesto, la justificación “injustificable” para esa concordancia es la imputación de la presunta responsabilidad de la posible des-estructuración de la comunidad a los que no cumplen con esos nuevos identificadores de pertenencia³³⁴.

Las consecuencias de la impotencia de las sociedades políticas actuales para hacer frente a la crisis de eficacia y legitimación del Estado del bienestar, el errático tratamiento del fenómeno de la inmigración y las disfunciones de la economía mundial de mercado, por citar las más importantes causas de desestabilización social de un país, la sufren, principalmente, las personas que pretenden poder desarrollar sus condiciones de vida en dignidad y con respeto a *sus* derechos³³⁵. El extranjero inmigrante es el primer gran damnificado de la crisis que vivimos.

Desde este nodo se atisba un auténtico estado de naturaleza. El “otro”, aquél que es el más próximo y a la vez el más lejano, que intenta tener unas condiciones de vida dignas en nuestras sociedades, es un remedio existencial de hostilidad frente a la indiferencia aneja a la impronta global y los males de un sistema económico que ha perdido sus referentes³³⁶.

identidad y se trueca en “objeto” y, como tal, en objetivo de posesión o dominio del que se enfrenta a uno”. Quesada Castro, “Política y cultura ¿una relación agonística?”, *op. cit.*, p. 68.

³³³ Harrison, “Reflexiones sobre el estudio de los derechos humanos y su fundamentación”, *op. cit.*, p. 25.

³³⁴ Como indica Iacono, A., M., el racismo moderno parece ser una forma extrema de búsqueda de una identidad colectiva construida sobre límites fuera de los cuales se sitúa al *otro*. “Raza, nación, pueblo: caras ocultas del universalismo”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 101.

³³⁵ Habría que empezar por interiorizar que “la inmigración es un reto para todos: todos tenemos un papel que realizar, desde las administraciones [...] hasta los ciudadanos europeos y los propios inmigrantes”. Dictamen del Comité de las Regiones “Plan de Política en materia de inmigración legal lucha contra la inmigración ilegal futuro de la Red Europea de Migración”, de 13 de febrero de 2007, 2007/C/146/01 (DOUE C 146, de 30 de junio), (punto 1.9).

³³⁶ Cualquier diferencia es una amenaza en un mundo en donde la gente se siente muy frágil porque, en el nivel inconsciente, no está segura de ser igual que los demás. Todd, *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, *op. cit.*, p. 187. De todas formas, como indica el autor, hay que distinguir sistemáticamente entre las reacciones individuales de las reacciones de hostilidad

Frente a la masa de millones de personas que buscan una vida más digna, el sistema jurídico-político global sólo ofrece el descrédito moral de unas leyes pensadas para la realidad interna³³⁷. El supuesto interés de lo público, lo nacional, es el decurso habilitador de ese enclaustramiento y de la hostilidad ante los “otros”, una especie de legitimación del recorte de libertades para quienes vienen de fuera³³⁸. La falta de confianza en la propia capacidad, la fe implícita en las posibilidades de autorrealización de los otros si no se les limita o condiciona en el ejercicio de sus derechos, la ignorancia cultural de unos patrones deficitarios y ensimismados, no hacen sino alimentar esa convicción de riesgo de cercenamiento de lo propio³³⁹. No existe presunción de inocencia para el extraño³⁴⁰. Como indica Bauman, “los esfuerzos por mantener a distancia al ‘otro’, el diferente, el extraño, el extranjero [...] aparecen como la respuesta esperable a la incertidumbre existencial a la que ha dado lugar la nueva fragilidad y la fluidez de los vínculos sociales”³⁴¹.

Mientras se sigue presumiendo en las sociedades del primer mundo de las virtudes de la democracia y del sistema de derechos –universales sólo en apariencia–, todo este se cuestiona para una parte importante de la población, especialmente para quienes, siendo los más necesitados de mecanismos de protección, se ven predestinados de forma fatal a engrosar la nueva clase de las no- personas, de los ignorados por y para el Derecho³⁴².

colectiva derivadas de la organización antropológica de la sociedad receptora, *ibidem*, p. 332. La nueva diferencia que sintetiza ese temor es la del extranjero inmigrante en general, y el irregular en particular.

³³⁷ A los extranjeros se les hace desaparecer legalmente del ámbito de la ley en nombre de una necesidad superior (“su peligrosidad”, la alarma social). Dal Lago, *op. cit.*, p. 141.

³³⁸ Los inmigrantes, *qua* extranjeros, son el arquetipo de los excluidos (al menos los silenciados) del pacto original que define quién es sujeto del vínculo social y por tanto los deja fuera del pacto político. De Lucas Martín, “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 18.

³³⁹ La inmigración proporciona un punto de apoyo importante en el que “anclar” un buen número de descontentos. Harris, *Thinking the unthinkable. The immigration myth exposed*, *op. cit.*, p. 75.

³⁴⁰ La presunción de inocencia es vencida por la prevención, el prejuicio y su principal consecuencia: la discriminación. Una reflexión crítica al respecto en Bobbio, *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, *op. cit.*, p. 161 y ss.

³⁴¹ Bauman, *Modernidad líquida*, *op. cit.*, p. 117.

³⁴² Tenemos nuestras serias dudas de que el sistema de derechos fundamentales y libertades públicas previsto en la Carta Fundamental de Derechos haya puesto fin a la concepción nacionalista de la garantía de los derechos fundamentales que se fundamentaba en la concepción de la soberanía nacional, como sostiene Linde Panigua en “La universalización de los derechos fundamentales. ¿El sistema europeo como modelo?”, *op. cit.*, p. 63.

La potenciación de los elementos de vigilancia hacia el inmigrante es un reflejo de que la política hacia los “otros” se sustenta en la defensa de lo propio, en una comunión sagrada de un interés en el que convergen la masa y el poder³⁴³. La sospecha a la que se somete de forma impertérrita a quien sigue siendo considerado como indiferente, un excluido incluido o un incluido excluido, trasciende la metafísica de los valores desde el momento en que se hace lícita la institucionalización de comportamientos como la expulsión de un territorio de ciudadanos de otro país, un instituto irreconocible para los nacionales del propio país o, sin ir más lejos, la utilización de centros de internamiento³⁴⁴. El papel del Estado-nación es fundamental: la exclusión es una relación hacia el “otro” mediatizada por un Estado que se sirve de la norma excepcional para perpetuar la perversión de la diferencia cultural o sociológica³⁴⁵. Es una relación privilegiada, en cierto sentido, para los individuos nacionales y asimilados y para quienes han adquirido el estatus previo a la condición de nacional, y una manifestación de la sujeción completa a la expresión de dominio del poder para el resto³⁴⁶.

Todas las alusiones que, en el plano jurídico-positivo, proclaman la salvaguarda del interés nacional o público, ¿no responde en el fondo al imaginario patológico de la persecución, del sentirse vigilado?, ¿no se reafirma como una posición de dominio? La idea de exteriorización de la hostilidad, de la desconfianza hacia el que no es el *nosotros*, que encuentra su máxima expresión en el “irregular”, y que está revestida del formalismo de la seguridad y preservación del orden interno, intensifica más que alivia el problema identitario en la sociedad europea occidental en general y en la española en particular, en cuanto es una expresión de dominio³⁴⁷.

³⁴³ ¿Será una quimera la apelación de la Comisión a la exploración de diversos conceptos de participación y ciudadanía y la promoción de plataformas de debate? Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, tercer informe anual sobre inmigración e integración (apartado 5), COM (2007) 512 final, de 11 de septiembre.

³⁴⁴ Véase al respecto el capítulo quinto.

³⁴⁵ Hoy sabemos que insistir en el principio de igualdad puede llevarnos a generalizar la exclusión en lugar de la justicia. Hernández Losada, “La tolerancia y el futuro del liberalismo”, *op. cit.*, p. 232.

³⁴⁶ La inclinación natural de la Unión, como recuerda Naïr, es alinearse con las políticas nacionales más represivas, con una concepción estrictamente administrativa, burocrática, del extranjero en general y del inmigrante en particular. *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 149.

³⁴⁷ Sólo el enemigo puede ser considerado como hostil.

Desde nuestro punto de vista, parece como si ese enemigo que aparece modulado por su calificación jurídico-administrativa, fuera el estándar insuperable de unas sociedades que sufren, ante todo, una crisis axiológica³⁴⁸. Bajo el manto de la identidad de lo propio subyace una crisis de conciencia de valores como la solidaridad o la participación, que responde al deterioro de los arquetipos de intelectualidad habidos desde los inicios de la modernidad en la cultura occidental. La crítica está devaluada; no se detecta una sincera inquietud cognitiva.

³⁴⁸ Una crisis que implica un replanteamiento de la relación entre normas y valores. Nair y De Lucas Martín, *El desplazamiento en el mundo: inmigración y temáticas de identidad*, op. cit., 81.

PARTE II. EL PEAJE DE LA ADMISIÓN



CAPÍTULO III

LOS MECANISMOS DE CONTROL DE LA ENTRADA Y SALIDA COMO SÍMBOLOS DE LA LÓGICA DE LA EXCLUSIÓN: EL VISADO Y LA READMISIÓN, PUNTO DE ENCUENTRO DE LA CLAUSURA ANTE EL OTRO

I. INTRODUCCIÓN

La pluralidad de matizaciones que cabe introducir en la vasta noción de extranjería en el plano jurídico-positivo se manifiesta en la multiplicidad del régimen de realización de derechos. En concreto, en lo que se refiere a la libertad de circulación y residencia, encuentra un punto neurálgico en los mecanismos de entrada y salida que se adoptan por los Estados para controlar, o al menos intentarlo, todo el proceso de selección de personas. Su reflejo jurídico son dos instituciones de la mayor importancia: el visado y la readmisión en origen, respectivamente. La primera es expresiva del trasfondo policial del Derecho de extranjería. La segunda es una clara manifestación de la faceta punitiva de ese Derecho. Tanto una como otra está destinada a un mismo fin: ser instrumentos que delimitan quiénes tienen derecho a formar parte de la comunidad de destino, situando al inmigrante en el punto de partida.

Estos mecanismos actúan como representaciones jurídicas de una frontera que adquiere una naturaleza simbólica¹. La frontera será un mecanismo institucional al servicio de esa función operativa del poder, materialización de la racionalidad utilitarista presente en la elección de personas foráneas. La frontera es el *límite*, el espacio que establece la línea divisoria entre lo que existe y lo inexistente, el *confín* que separa el mundo y el no-mundo, aquello mas allá de lo cual no existe nada². La creación de la frontera es un acto defensivo que entraña una repulsa hacia el otro pero que también

¹ “Con la modernidad, la frontera aparece como símbolo de seguridad y de reconocimiento, pero se trata de un símbolo ambiguo, pues para unir debe separar, para reconocer debe diferenciar [...]. Por eso, las fronteras nacionales son, sobre todo, fronteras éticas”. Zubero, “El reto de la inmigración: acoger al otro y ampliar el nosotros”, *op. cit.*, p. 149.

² Por supuesto, para la inmigración las fronteras tienen un referente de gran intensidad emotiva: ser un obstáculo físico colocado justamente para evitar la llegada. Bañón Hernández, A., M., “El discurso periodístico a propósito del viaje de los inmigrantes pobres”, en Zapata-Barrero, R., y Van Dijk, T., A. (edit.), *Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, Barcelona, 2007, p. 54.

implica lo necesario que es encontrar a ese otro³. El intersticio que separa a los que pueden ejercer sus derechos sin una dependencia de autorizaciones administrativas de los que la necesitan trasciende lo jurídico para convertirse en un problema de degradación de la dignidad de la persona y de desconsideración práctica del derecho a una vida mejor⁴. Los mecanismos de entrada y salida en general, y el visado y la readmisión en particular, son algo más que una manifestación ritual o un formulismo jurídico. Ambas sintetizan la idea de exclusión y el punto de encuentro de no retorno del grueso de los nacionales de terceros Estados a los que no resulta de aplicación el régimen comunitario de libre circulación y residencia⁵. Y es que la aplicación normativa de estos mecanismos adquiere su menor o mayor rigor en función de la delimitación del alcance personal de la condición positiva o negativa de “beneficiario del Derecho comunitario” que realizamos en el capítulo anterior.

En este capítulo no vamos a abordar las consideraciones que, para un estudio de esta índole, se infieren de la inejecución de las medidas de expulsión y devolución. Estas dos instituciones, especialmente la primera, son las que mejor pueden representar el régimen punitivo del Derecho de extranjería y que, en un nivel conceptual, se aproxima a la categoría dogmática del “Derecho penal del enemigo”. En el capítulo quinto, en relación con el arraigo como mecanismo de huida de la clandestinidad, y por ende, de una posible ejecución de la medida de expulsión, analizaremos cómo la inejecución de cualquiera de las dos medidas indicadas se convierte en un relevante factor selectivo por omisión y en un instrumento de representación jurídica de la idea de exclusión⁶. En efecto, la inejecución da lugar a la cronificación de la invisibilidad jurídica del extranjero en situación irregular. Ahora es el momento de preguntarnos por una de las más determinantes consecuencias de la expulsión o de la devolución que sí pueden ser ejecutadas.

³ Moré Martínez, I., *La vida en la frontera*, Madrid, 2007, p. 95.

⁴ “En ese lugar de encuentro entre identidad y alteridad reina un desequilibrio crónico, ineliminable [...]”, Tabonni, S., “Le multiculturalisme et l’ambivalence de l’étranger”, en Wiewiorka, M. (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, París, 1997, p. 235.

⁵ Más ampliamente, podría argumentarse que “las políticas de extranjería son un laboratorio para indagar las transformaciones del derecho, porque se instrumentalizan al margen de los derechos humanos, poniendo en cuestión los valores de nuestra cultura política”. Sáez Valcárcel, “Inmigración clandestina, mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente”, *op. cit.*, p. 15.

⁶ Un factor selectivo por omisión porque implica tácitamente la “condena” a la irregularidad durante cierto tiempo sin posibilidad de redención, como pondremos de relieve.

Un aspecto destacado, en relación con la salida forzosa de quienes no han cumplido nunca, o han dejado de cumplir, las condiciones que la sociedad de destino ha establecido como normas de admisión y permanencia, es la *efectividad práctica* de todo requerimiento de salida presente en las resoluciones de expulsión o devolución⁷. La readmisión es quizá la figura que mejor resume la indiferencia más manifiesta a la suerte de protección de los derechos de las personas. Como pondremos de relieve, la *readmisión* en el territorio de procedencia o de la nacionalidad del inmigrante contra el que se ha dictado una orden de salida forzosa resulta compleja. En primer lugar, por la todavía incipiente política de acuerdos bilaterales en materia de repatriación y, en segundo término, por las dificultades probatorias para poder proceder a ejecutar la salida. Por eso, en estas páginas intentaremos diseccionar, partiendo de la política normativa en la materia, en el plano comunitario y español, las argumentaciones que, en el plano filosófico-político, puedan proceder.

II. LA FRONTERA, UN ESPACIO DE SÍNTESIS DE LA SELECCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA ENTRADA COMO MECANISMO SELECTIVO

El simbolismo de la frontera material o física radica en que ese espacio se convierte en representación de la capacidad de elección del poder soberano de un territorio y de una población⁸. En la Europa de inicios de milenio, en unas sociedades que se autodenominan como abiertas a la globalización, el concepto de frontera adquiere, paradójicamente, una inestimable notoriedad. La frontera termina por sintetizar, desde el punto de vista sociológico, el *limes*, ese espacio donde se establece la solución de continuidad entre el mundo y el no-mundo, entre el ser y no ser. La frontera se constituye metafóricamente en un *non plus ultra* o *finis terrae*, un confín más allá del cual no existe la opción a una vida mejor, sino simplemente el rechazo y condena a una vida indigna. En ese límite se decide entre la inclusión y la exclusión de una persona por el hecho de no ser nacional del propio país.

⁷ En sentido técnico-legal, la salida obligatoria –según dispone la LOEXIS– comprende no sólo la expulsión y la devolución, sino también la denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España (art. 28.3.c). Es un requerimiento para la salida voluntaria del territorio nacional si se cumple alguno de los supuestos indicados, una advertencia previa a la posible incoación de expediente sancionador. Y, lo más importante, la realización efectiva de la salida dándose las condiciones previstas en el art. 28.3.c) no es “castigada” con la prohibición de entrada, por lo que eventualmente podrán volver si cumplen las normas de acceso (art. 158.3 *in fine* Regl.).

⁸ La frontera y el individuo son los ámbitos reguladores de la política de inmigración. Sassen, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización?*, op. cit., p. 77.

El nuevo prototipo de espacio fronterizo se intensifica con la adición de un simbolismo que atiende además a factores identitarios, simbólicos y psicosociales. Esta noción espiritual, subjetiva, es complementaria de la acepción material o física de frontera, lo que no presupone que coincidan. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, su superposición es la *conditio* en la que se desarrolla la potencialidad del sistema. La llegada masiva de personas que intentan reconstruir su pertenencia perdida de manera forzada, por la simple razón de la subsistencia, ha introducido una nueva forma de representación jurídico-política que se fundamenta en la separación de personas por el origen nacional, es decir, la edificación de un imaginario de negación⁹. Indudablemente, este imaginario viene a ser reforzado con una mayor fiscalización del flujo de personas que intentan cruzar los límites físicos del sistema de Estados-nación y que, en último término, es la frontera que separa a quienes no tienen derechos de los que sí¹⁰. Realmente, lo que se infiere de esta argumentación es la existencia de una *democracia selectiva* de personas, que pone a prueba a todo aquel que intenta encontrar nuevos cauces de vida¹¹.

El concepto de frontera es la expresión simbólica de la particularidad que la nación imprime a los valores humanos universales¹². La ordenación de las diferencias admitidas o posibilitadas reafirma las condiciones de permanencia del sistema, aspecto al que la frontera, como línea de separación de mundos, coadyuva con todo vigor¹³. La frontera actúa, pues, con doble funcionalidad, siempre en torno al eje de la diferenciación:

⁹ Estamos ante lo que De Lucas Martín, F., J., denomina “la (pen) última frontera de la universalidad de los derechos humanos, la barrera que forman las fronteras, la discriminación que afecta a los extranjeros (pobres)”. “Multiculturalismo y derechos”, en López García, J., A., y Del Real, A. (edit.), *Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho*, Madrid, 2000, p. 77.

¹⁰ “El tradicional derecho soberano a permitir o prohibir la entrada en territorio nacional se ha convertido en un derecho a la fortaleza [...]”. Del Cabo, A., “¿Crisis del concepto de soberanía?”, en Del Cabo, A., y Pisarello, G. (edit.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, Alicante, 2000, p. 62.

¹¹ Como afirmara Balibar, E., hace unos años, “las fronteras del espacio nacional son el lugar en que la democracia se detiene”. *Les frontières de la démocratie*, París, 1992, p. 13.

¹² Si la universalidad no puede ser un dogma o un mero principio apriorístico ideal y vacío, como subraya Pérez-Luño, A., E., “La universalidad de los derechos humanos”, en López García, J., A., y Del Real, A. (edit.), *Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho*, Madrid, 2000, p. 64, es precisamente esa vacuidad, desde nuestro punto de vista, la que sirve al Estado-nación para defender su idea de inclusión exclusiva.

¹³ Balibar, *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa? Las fronteras, el Estado, el pueblo*, *op. cit.*, p. 68. La deslegitimación de los inmigrantes a partir de la representación de viaje desde el país de origen, como muestra más del discurso preventivo predominante en la prensa española, en Bañón Hernández, *op. cit.*, p. 49.

intensifica la unidad de las diferencias, de la distinción y, al mismo tiempo, es el punto de no retorno de las diferencias. Su habilitación es el lugar común de la retórica dialéctica¹⁴. Como indicamos en el capítulo anterior, el tradicional binomio nacional/extranjero ha sido sustituido por el par representado por el “regular/irregular”. La frontera sirve a esta divisoria, convirtiéndose en el prototipo de instrumento justificador de las selecciones¹⁵. De aquí al tratamiento discriminatorio sólo hay un paso cuando se están introduciendo requisitos de admisión que encuentran difícil legitimación ética¹⁶. En las coordenadas actuales, la llamada de *los sin* a las sociedades del bienestar tiene una respuesta clara y contundente: la “frontera de la identidad” refrendada legalmente¹⁷. Las instituciones previstas jurídicamente para la entrada y salida del territorio son una fiel transposición de este ideario.

Decimos esto porque, aunque se puede aducir que *prima facie* el control de entrada es un instrumento del Estado que afecta a todos los que no son nacionales del propio país, la distinta estructuración de lo que significa la frontera como espacio de fiscalización de las

¹⁴ Frontera e identidad son dos nociones interrelacionadas. “El fundamento de la frontera está en la existencia del grupo mismo [...] lo que importa es la homogeneidad y estabilidad de su identidad, del “nosotros”, del *demos* identitario”. Del Águila Tejerina, *op. cit.*, p. 3. Precisamente para un discurso reactivo, como afirma Zapata Barrero, R., la frontera es un problema de orden público, que requiere una vigilancia constante, con medidas policiales y con políticas represivas, de muros de contención. “Política del discurso sobre la inmigración en España: discurso re-activo y discurso pro-activo en los debates parlamentarios”, en *Discurso y Sociedad*, vol. 1 (2), 2007, [consulta realizada el 21 de abril de 2008], disponible en [http://www.dissoc.org/ediciones/v01n02/DS1\(2\)Zapata.pdf](http://www.dissoc.org/ediciones/v01n02/DS1(2)Zapata.pdf), p. 335.

¹⁵ En un nivel conceptual sistémico, la esencia constitutiva es la *diferencia con el entorno*, un sistema que, en su misma clausura, contiene la diferencia entre sistema y entorno, como diferencia constitutiva. Izuzquiza, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría del escándalo*, *op. cit.*, p. 149. Esta diferencia de sí mismo con su entorno actúa como directriz, guía de comportamiento y es la que está presente, en cierto modo, en la divisoria del mundo de la legalidad de los extranjeros. Corremos un serio riesgo de que el protagonismo de la persona como sujeto de derechos, la más importante conquista de la modernidad, claudique ante una razón superior: la autonomía del Derecho frente a sus legitimadores.

¹⁶ El acotamiento de derechos en razón del estatus de nacional de una persona subvierte el propio sentido de igualdad moral. En cierto aspecto, se está haciendo un uso egoísta de los derechos individuales para preservar la especificidad de un grupo: la pertenencia asociada al Estado-nación. Se distorsiona lo que debería ser el verdadero alcance y espíritu del universalismo con mayúsculas: la extensión de los derechos a todos los seres humanos sin condiciones de adscripción, no la perpetuación de un parámetro de *universalismo particularista*. Como razonara Resta, E., “el problema no es colonizar el lenguaje de las futuras generaciones o universalizar el propio modelo cultural. Es que nuestra cultura no puede pensar, o piensa con dificultad, fuera del *modelo egoísta y propietario de los derechos*”, “La comunidad inconfesable y el derecho fraterno”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 231.

¹⁷ Balibar utiliza el plural “fronteras”. Entendemos que el autor francés viene a referirse a un único concepto, aunque tengan diferentes puntualizaciones, en su realización práctica, en los espacios nacionales. *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa? Las fronteras, el Estado, el pueblo*, *op. cit.*, p. 69.

personas, en función del origen del nacional, termina por hacer del mismo un lugar común de la selección de personas. Como se subrayó en el capítulo anterior, el control de entrada de las personas a las que resulta de aplicación el régimen comunitario de libre circulación y residencia en nada se asemeja al aplicable al resto¹⁸. Su filosofía es radicalmente opuesta.

El no beneficiario del Derecho comunitario está sometido a ese lugar común que responde a lo que De Lucas Martín denomina como “una política instrumental y defensiva, de policía de fronteras y adecuación coyuntural a las necesidades del mercado de trabajo (incluida la economía sumergida), que se encamina a gestionarla en términos que aseguren su contribución al crecimiento, al beneficio, a nuestro beneficio”¹⁹. Los requisitos de entrada que se establecen en la LOEXIS y disposiciones de desarrollo constituyen una manifestación de la potestad del Estado de decidir acerca del acceso a su territorio²⁰. Ese control es un presupuesto esencial para que el no beneficiario adquiera el estatuto jurídico de regularidad o legalidad y, por tanto, pueda acceder al disfrute de los derechos que el ordenamiento interno le reconoce²¹. La existencia de mecanismos

¹⁸ “El ‘dilema europeo’ que pone de manifiesto la paradoja que existe entre el ideal democrático europeo y las prácticas discriminatorias respecto de las poblaciones de origen inmigrado, entre otras, está aún muy lejos de haber sido superado”. Martiniello, *La Europa de las migraciones. Por una política proactiva de la inmigración*, op. cit., p. 125.

¹⁹ “Globalización, migraciones y derechos humanos. La inmigración, como *res política*”, op. cit., p. 12. O, como afirma Marie, C., V., el control de entrada y las medidas de asentamiento son más una estrategia de fiscalización de extranjeros que una política de inmigración, de lo que da buena prueba el tratamiento de la reagrupación familiar. *Preventing illegal immigration: juggling economic imperatives, political risks and individual rights*, Estrasburgo, 2004, p. 27.

²⁰ La STC 72/2005, de 4 de abril, incidía en la no-existencia de un derecho de entrada a España como derecho fundamental de los extranjeros. En todo caso, será el legislador quien lo otorgue a quienes cumplan los requisitos dispuestos legalmente. Véase el comentario a la misma realizado por Vidal Fueyo, “La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”, op. cit., pp. 429-441. Nos remitimos a las observaciones y a las referencias bibliográficas indicadas en el capítulo primero.

²¹ Nuestro objeto de estudio se circunscribe, como indicamos en la introducción, a los nacionales a los que resulta de aplicación la LOEXIS, lo que no implica que se realicen, desde un punto de vista metodológico, prospecciones comparativas con el resto de no nacionales españoles. Las normas de aplicación en materia de entrada están recogidas en los arts. 25 a 27 LOEXIS y arts. 1 al 16 Regl., sin olvidar las normas que derivan de la asunción de competencias por los órganos comunitarios en materia de controles de fronteras, asilo e inmigración. Entre los comentarios más recientes al respecto, pueden verse Durán Ruiz, F., J., “Requisitos para la entrada en territorio español”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 667; Rodríguez Vázquez, M., A., “Los requisitos para la entrada”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, Murcia, 2005, p. 345; Ballester Pastor, *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, op. cit., p. 197 y ss., y los distintos comentarios a los arts. del Regl. contenidos en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007.

selectivos como el visado, como analizaremos con posterioridad, sintetiza el arrogamiento público de la facultad de decidir quién tiene derecho a optar a condiciones de vida más livianas²². Su concesión o denegación está habilitando o inhabilitando, respectivamente, el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona en plenitud de condiciones. Los presupuestos para la entrada, inherentes a la finalidad de la preservación del orden público interno, actúan en la praxis como verdaderos instrumentos al servicio de la “causa” de la selección de extranjeros extracomunitarios excluidos del alcance personal de la Directiva 2004/38/CE²³. Además, son una prueba del carácter limitativo del Derecho de extranjería²⁴. Una idea resulta fundamental en este contexto: se ha producido un doble movimiento de cierre-apertura de los espacios nacionales, que tiene su fundamento en el relajamiento de los controles interiores a costa del reforzamiento de las fronteras exteriores²⁵.

El marco comunitario es una fiel transposición de los Derechos nacionales en la materia²⁶. Considerando, además, el principio de primacía del Derecho comunitario, el círculo vicioso está cerrado. El orden jurídico de control de fronteras se convierte en

²² En este sentido, como se analizó en el capítulo anterior, la exigencia de este requisito no responde a los mismos parámetros en función del origen de las personas. Lo que para los familiares de nacionales comunitarios y asimilados es un simple formalismo, que incluso es facilitado en la medida de lo posible, para el grueso de no beneficiarios es *de facto* un impedimento a la entrada. Por supuesto, en esa filosofía antitética, la calificación de irregular queda prácticamente sin sentido práctico para los beneficiarios del Derecho comunitario.

²³ Afirma al respecto Blázquez, con total acierto, que estas exigencias [en referencia a los requisitos de entrada recogidos en el Derecho comunitario], de un claro sustrato económico, responden a la preocupación de los Estados miembros por las corrientes de flujos de inmigración ilegal y al mantenimiento del control de seguridad interior, por lo que el extranjero que pretenda acceder al territorio de los Estados parte no debe ni estar incluidos en la lista de no admisibles ni suponer un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de cualquiera de los Estados miembros. Blázquez Rodríguez, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 121. Observamos como el espíritu de acervo Schengen se ha asumido plenamente, privilegiando la *criminalización* de las personas en defensa de unos conceptos de escasa seguridad jurídica.

²⁴ Los instrumentos materiales de selección actúan en orden a lo que cualquier discurso reactivo denominaría “una política de fronteras de ‘preferencia nacional’”. Zapata Barrero, *op. cit.*, p. 336.

²⁵ *Cfr.* Boswell, C., *European migration policies in flux: changing patterns of inclusion and exclusion*, Oxford, 2003, p. 100 y ss; Fernández Sánchez, P., A., “El control migratorio de las fronteras en la Unión Europea”, en Andreo Tudela, J., C., y González Tamarit, L. (coord.), *IV Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 5-7 octubre 2005, Sevilla, 2006, p. 32 y ss. Sobre la especial incidencia de la idea de frontera exterior en la reformulación del derecho de libre circulación y, por ende, del *ius migrandi*, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo primero de este trabajo.

²⁶ Las normas comunitarias en la materia se han dictado en virtud de lo dispuesto en los arts. 61 y 62 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Título IV), versión consolidada publicada en DOUE C-321, de 29 de diciembre de 2006. Las mismas aparecen citadas a lo largo de este trabajo, al ser un referente político-normativo principal en la materia objeto de estudio.

dogmática jurídico-política en materia de acceso de nacionales no beneficiarios del Derecho comunitario y, en último término, en uno de los pilares de la *criminalización* preventiva del extranjero inmigrante²⁷. La estructura político-institucional de la Unión Europea ha hecho suya la reserva del derecho de entrada, un patrimonio que es seña de identidad del Estado-nación moderno, por una cuestión pragmática: los Estados son los que mandan en esta organización denominada supranacional²⁸. Las organizaciones estatales imponen su criterio legislativo en ésta como en otras muchas competencias que se encuentran compartidas con la Unión²⁹. La causa es bien simple: el control de acceso es

²⁷ Cfr. Souto García, E., M., “Algunas notas sobre la función del derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, p. 292. Se ha creado toda una nomenclatura técnica asociada al control de fronteras que “despersonaliza” aún más al extranjero inmigrante (véase la noticia “La UE presenta un plan para fichar a los extranjeros que travesen sus fronteras”, aparecida en la edición digital del diario El Mundo de 13 de febrero de 2008 [consulta realizada el 15 de marzo de 2008], disponible en www.elmundo.es). Se habla de planteamiento tecnológico integrado, de sistema de información de visados, de biometría, de registro electrónico de huellas dactilares, etc. A título orientativo, puede consultarse la Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una mayor eficacia, interoperabilidad y sinergia entre las bases de datos europeas en el ámbito de la Justicia y los asuntos de Interior, COM (2005) 597 final, de 24 de noviembre; Comunicación de la Comisión Europea sobre prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, COM (2006) 402 final, de 19 de julio (apartado 3.b); Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una política común de inmigración, COM (2007) 780 final, de 5 de diciembre (apartado 2); Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 julio de 2008, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica la Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera en relación con la introducción de datos biométricos y se incluyen disposiciones sobre la organización de la recepción y la tramitación de las solicitudes de visado (COM(2006)0269 – C6-0166/2006 – 2006/0088(COD)), disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=//EP//TEXT+TA+20080710+ITEMS+DOC+XML+V0//ES&language=ES#sdocta1>. Más recientemente, el Pacto Europeo de inmigración y asilo incluye el uso generalizado de visados biométricos a partir del 1 de enero de 2012, disponible en <http://www.statewatch.org/news/2008/oct/eu-european-pact-imm-asyl-13440-08.pdf> [consulta realizada el 19 de octubre de 2008]. Incluso se propone la creación de un índice de condenados nacionales de terceros países en la Unión; véase Documento de trabajo de la Comisión, COM (2006) 359 final, de 4 de julio. El Reglamento (CE) 380/2008, del Consejo, de 18 de abril de 2008, que modifica el Reglamento (CE) 1030/2002, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países, condensa procedimentalmente este ideario (DOUE L 115, de 29 de abril). Por último, se ha publicado la Decisión del Consejo, de 14 de mayo de 2008, por la que se crea una Red Europea de Migración (2008/381/CE) (DOUE L 131, de 21 de mayo), para apoyar logísticamente, entre otros aspectos, el intercambio de información.

²⁸ Cfr. Meloni, A., “The development of a common visa policy under the Treaty of Amsterdam”, en *Common Market Law Review*, vol. 42, n° 5, 2005, p. 1376 y ss.

²⁹ Un catálogo de las sanciones previstas a nivel de cada Estado miembro para el caso de cruce de fronteras fuera de los pasos fronterizos está disponible en las Notificaciones previstas en el artículo 37 del Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (“Código de fronteras Schengen”) (DOUE C 18, de 24 de enero de 2008), modificado por Reglamento (CE) 296/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de marzo de 2008, por lo que se refiere a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión (DOUE L 97, de 9 de abril de 2008). La última actualización de la lista de permisos de residencia mencionados en el artículo 2, apartado 15, del Reglamento (CE) 562/2006 está contenida en DOUE C 207, de 14 de agosto de 2008.

un instrumento o recurso al servicio del ejercicio de la jurisdicción personal de la organización socio-política denominada Estado y una expresión perfecta de la cultura del dominio. Su consecuencia también es previsible: el concepto de frontera se ha modificado espacial pero no materialmente³⁰.

La frontera exterior de la Unión ha venido a sustituir a la frontera nacional como efecto de las libertades comunitarias³¹. El problema es que la reordenación geográfica del concepto de frontera se ha acompañado de un incremento de la compulsión sobre las personas a las que no resultan de aplicación las normas comunitarias contenidas en la Directiva 2004/38/CE, sin justificación ética posible³². La idea de exclusión ha visto modificado su alcance personal y ha agravado su efecto discriminatorio debido a la extensión al círculo de familiares nacionales de terceros Estados y a los nacionales de países pertenecientes al EEE y de Suiza del régimen de libre circulación comunitaria³³. El control efectivo y real en frontera se ha trasladado del extranjero en general al no beneficiario de las normas comunitarias de libre circulación en particular, sin que exista razón ética alguna para que la inclusión o exclusión de una sociedad se haga depender, o bien de un criterio tan aleatorio como la nacionalidad o, en su caso, de unos lazos parentales³⁴. Al menos, antes se tenía la seguridad de que a todo no nacional del propio

³⁰ Además, como subraya Carbonell, el debate de filosofía política en torno a la función de las fronteras y el alcance de la libertad de tránsito nos llevaría muy probablemente a identificar fuertes incongruencias entre las declaraciones constitucionales y las regulaciones que se contienen en la legislación sobre inmigración. Carbonell, Presentación al libro de Kymlicka, W., *Fronteras territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, *op. cit.*, p. 27. Nosotros creemos que esa contradicción, a la vista de la regulación jurídico-positiva española, es evidente.

³¹ Dejando a salvo las disposiciones sobre los visados de corta duración, la actual regulación se contiene en el Reglamento (CE) 562/2006 anteriormente citado y su modificación aprobada por Reglamento (CE) 269/2008, en lo que respecta a las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. El Reglamento (CE) 562/2006 viene a sustituir, entre otras disposiciones significativas, a los artículos 2 a 8 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, desde el 13 de octubre de 2006, fecha de la entrada en vigor del mismo, salvo su art. 34 que entró en vigor el 14 de abril de 2006.

³² Un resumen de los orígenes y significación de las fronteras exteriores de la Unión y el espacio europeo en Durán Ruiz, “Requisitos para la entrada en territorio español”, *op. cit.*, p. 660 y ss.

³³ Sin perjuicio de que aquellos nacionales de terceros países, familiares de nacionales de Estados miembros o asimilados, no exentos de la obligación de provisión de visado, según anexo II del Reglamento nº 851/2005, que modifica al Reglamento nº 539/2001, tengan que obtener el visado de entrada, según lo dispuesto en el art. 5.2 de la Directiva 2004/38/CE, si no eran ya legales en otro Estado miembro UE. Sin embargo, la gran diferencia con respecto al resto de extracomunitarios es que se *facilitará* su concesión y la estancia de hasta tres meses se concederá por el simple hecho de acompañar al titular del derecho a la reagrupación. Esta puntualización resulta necesaria puesto que *stricto sensu* sólo los nacionales comunitarios y asimilados no tienen obligación de proveerse de visado para entrar en cualquier país del territorio UE.

³⁴ Las palabras de De Lucas Martín son contundentes pero clarificadoras: mientras que la circunstancia de nacimiento sea más fuerte que la dignidad como ser humano, seguir hablando de derechos humanos será un sarcasmo. “Multiculturalismo y derechos”, *op. cit.*, p. 81.

país se le aplicaban las mismas o análogas reglas jurídicas³⁵. Estas circunstancias permiten considerar que la ciudadanía pasa a convertirse en un referente para la representación de la frontera que divide a los hombres, entre los que tienen sus derechos reconocidos y aquellos que teniendo las mismas necesidades los ven en parte negados³⁶.

La frontera física exterior de la UE termina por constituirse en el lugar común de extranjería, el espacio donde se ejecuta materialmente la limitación del derecho a la libre movilidad personal³⁷. Cruzar ese lugar de tránsito no supone para la persona sin más adquirir un estatuto de “paz jurídica” con la sociedad que lo recibe. La entrada en el territorio comunitario de un nacional de tercer Estado sólo está prevista legalmente:

- 1) Para una estancia que no exceda de tres meses dentro de un período de seis meses³⁸.
- 2) En caso de incumplimiento de las condiciones de entrada previstas para estancias de corta duración, se puede autorizar la entrada para titulares de un permiso de residencia o de un visado de regreso expedido por uno de los Estados miembros o, cuando así se exija, de ambos documentos, al objeto de que puedan llegar al territorio del Estado miembro que haya expedido el permiso de residencia o el visado de regreso; a no ser que figuren en la lista nacional de no admisibles del Estado miembro en cuyas fronteras exteriores se

³⁵ Algunos autores afirman que todo el cuerpo legal comunitario en la materia es producto del impulso de la voluntad de aprovechamiento global de la construcción de un espacio de libertad, seguridad y justicia, sobre todo a raíz del Consejo Europeo de Tampere. Labayle, “Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne”, *op. cit.*, p. 594.

³⁶ Véase García Pascual, C., “Ciudadanía cosmopolita”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2003 (Ejemplar dedicado al Seminario sobre ciudadanía europea y conflictos culturales (Valencia, 29 a 31 de octubre de 2003) [consulta realizada el 29 de marzo de 2006], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_8.htm, p. 3. O, más precisamente como afirma Torres Pérez, la jerarquía en derechos implica el establecimiento de dos fronteras: la de la *ciudadanía* que separa a nacionales y residentes y la de la *ilegalidad* que construye a los indocumentados como parias sociales. “La integración de los inmigrantes y algunos de los desafíos que nos plantea”, *op. cit.*, p. 61. La cursiva es nuestra.

³⁷ La definición de lo que es frontera interior y exterior a estos efectos se contiene en el art. 2 Reglamento (CE) 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006. Por supuesto la desaparición de los controles fronterizos internos no ha supuesto una pérdida del poder de control de entrada de los Estados. Véase su art. 21.

³⁸ Véase art. 5.1 Reglamento (CE) 562/2006. El apartado 2 del citado precepto deja abierta la posibilidad de que la guardia de fronteras pueda pedir a los nacionales de terceros países, si lo estima necesario, otros documentos acreditativos, aparte de los expresamente indicados en el Anexo I, que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista y disponer de medios de subsistencia suficientes, tanto para el período de estancia previsto como para el regreso al país de origen o el tránsito hacia un tercer país en el que su admisión esté garantizada, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

presenten y que la descripción que les afecte esté acompañada de medidas que se opongan a la entrada o al tránsito (art. 5.4.a).

3) Por último, podrá autorizarse la entrada al territorio de los Estados miembros a aquellos nacionales de terceros países que se presenten en la frontera y cumplan las condiciones establecidas en el art. 5.1, salvo estar en posesión del visado de entrada previsto en el Reglamento (CE) 539/2001, si se les puede expedir visado en la frontera en virtud del Reglamento (CE) 415/2003 del Consejo, de 27 de febrero de 2003, sobre expedición de visados en frontera (art. 5.4.b)³⁹.

En “la jaula de hierro” en que se ha convertido el espacio europeo, la frontera exterior se erige en el límite que separa los derechos de la nada. La propia jurisprudencia comunitaria se ha encargado de corroborar esta idea. El TJCE certifica la calificación de primera entrada de todo aquel que pretenda volver a acceder a algún Estado miembro desde un tercer país producida después de los seis meses desde la primera entrada física⁴⁰. La equiparación, a los efectos de la aplicación en todo su rigor de las normas de entrada en el espacio comunitario, tiene como objetivo disuadir la libre circulación de personas cuando de no-movilidad intracomunitaria se trata. Ésta, como otras libertades, ha terminado por constituirse en unas libertades acotadas al espacio “privilegiado” de la Unión Europea⁴¹. La frontera exterior comunitaria certifica definitivamente el desplazamiento de toda la carga fiscalizadora de la política de entrada de extranjeros, eliminando los controles fronterizos internos⁴². Es el lugar común donde los derechos y los no-derechos se confunden y se separan. En la “fortaleza” de la denominada paradójicamente “Europa de la libre circulación”, el movimiento de los no beneficiarios

³⁹ Además, se prevé que, por motivos humanitarios, de interés nacional o por obligaciones internacionales, todo Estado miembro podrá autorizar la entrada en su territorio a nacionales de terceros países que no cumplan alguna de las condiciones establecidas en el art. 5.1 (art. 5.4. c).

⁴⁰ Véase STJCE de 3 de octubre de 2006, as. C-241/05 *Nicolae Bot*, apartados 38, 39 y 43.

⁴¹ Un interesante informe titulado “Derechos humanos en la frontera sur 2007”, de la asociación pro-derechos humanos de Andalucía [consulta realizada el 15 de mayo de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/informeinmigra07R.pdf>.

⁴² Respecto a los controles en la frontera exterior de la Unión, véanse las Conclusiones del Consejo Europeo de diciembre de 2006, apartado 24.c), disponible en http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/92217.pdf.

del Derecho comunitario por las fronteras interiores del espacio comunitario no tiene atisbo alguno de flexibilización de la compulsión a la que son sometidos.

Estas normas resultan complementadas en el nivel interno con las disposiciones previstas en la LOEXIS. Como hemos indicado, el control de entrada es una potestad soberana de los Estados⁴³. Por ello, no resulta nada extraño que se arbitren múltiples presupuestos de legalidad para el acceso al territorio nacional. La exigencia de la entrada por los puestos habilitados y en las horas de apertura fijadas, tradicionales puestos fronterizos del territorio nacional, es un requisito material que ha trascendido a la lógica de la preservación, seguridad y control de la potestad soberana de España como Estado-nación para residenciarse en su carácter de frontera sur comunitaria⁴⁴. El Estado español es territorio-puente para los inmigrantes del Sur subdesarrollado⁴⁵. Este hecho le ha convertido en la frontera exterior por excelencia del espacio UE, un espacio decisorio de la admisión o la devolución de personas.

Todo el régimen jurídico de entrada legal en el territorio español, al que da carta de naturaleza la LOEXIS y cuyo estudio con profundidad sobrepasa los límites de este trabajo, responde a una interpretación interesada de la idea de exclusión. *El control de entrada es un mecanismo más de selección*, complementario del instrumento de fiscalización que supone en origen el visado y la aceptación en destino de la ejecución de la salida forzosa, como veremos en este mismo capítulo⁴⁶. Su naturaleza selectiva deriva de su constitución en un mecanismo donde se reitera el control personal y material

⁴³ Por mucho que éstos justifiquen, de algún modo, su política restrictiva de inmigración afirmando que tienen que hacerlo para cumplir así la normativa comunitaria. Giménez Romero, *Qué es la inmigración: ¿problema u oportunidad?, ¿cómo lograr la integración de los inmigrantes?, multiculturalismo o interculturalidad?*, op. cit., p. 71.

⁴⁴ Al respecto el art. 25 LOEXIS es producto de la necesidad de adaptación de la legislación interna de entrada al Convenio de aplicación de Schengen. Cfr. con referencias a resoluciones judiciales, Carrillo Carrillo, “Cuestiones prácticas relativas a las condiciones de entrada de los extranjeros en España”, op. cit., pp. 145-186.

⁴⁵ Circunstancia que el propio Preámbulo de la LOEXIS pone de manifiesto.

⁴⁶ Un autor como Moya Malapeira, D., considera que el sistema de control de la entrada regular de extranjeros se organiza en torno a tres estadios, que actúan como filtros sucesivos de control : uno en las embajadas o consulados del exterior, mediante el procedimiento de concesión del visado; dos, por parte de las compañías encargadas de expedir un billete; y tres, por los controles policiales en los puestos fronterizos. “La evolución del sistema de control migratorio de entrada en España, en Aja, E., y Arango, J. (edit.), *Veinte años de inmigración en España*”, en *Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, 2006, p. 63.

producido en el país de origen del “candidato” a entrar. Se trata de establecer una especie de “segunda instancia” de fiscalización, que queda en manos de los funcionarios encargados del control⁴⁷.

Esos presupuestos pretenden disuadir a todo aquel que no pueda aportar valor económico a la sociedad que lo acoge, sin reparar en que la pobreza y la desesperación no entienden de cálculos racionales ni de medidas represivas⁴⁸. El que migra tiene poco más que perder. En cierto sentido, en la frontera confluyen dos mundos difícilmente compatibles cuando de la huida del mundo de la marginación se trata: la lógica jurídica y la lógica de los hechos. El Derecho pretende reglamentar y poner orden en las relaciones sociales. Por un lado, las reglas jurídicas en materia inmigratoria son muy definidas y precisas: poner todas las trabas posibles para que el candidato a entrar desista y que, en caso de superar esa prueba, siempre recuerde que está aquí por una concesión del Estado que lo acoge; una tolerancia que, en cualquier momento, puede ser revocada. Por otro lado, la tragedia migratoria no entiende de normas regladas. Quien emigra quiere mejorar sus condiciones de vida. Esta aspiración colisiona con todo el aparato jurídico porque el Derecho limita la aspiración ética y vital de la persona por un ejercicio sacralizado de soberanía frente al “otro”⁴⁹. Por ejemplo, la posesión de documentación acreditativa de la identidad es un derecho de la persona, además de una garantía para el ejercicio de los derechos inherentes a la misma (*cf.* art. 1.1 Regl. LOEXIS).

Que se exija una acreditación identificativa de la persona y de su nacionalidad resulta jurídicamente inapelable⁵⁰. Sin embargo, que no se facilite esa acreditación de la

⁴⁷ Como indica Arce Jiménez, E., cuando el extranjero traspasa el umbral de nuestro Ordenamiento jurídico, ese interés del Estado español [presente en la concesión discrecional del visado] ha de decaer en favor de otros derechos. “Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 8, 2005, p. 263.

⁴⁸ ¿Falta cultura en los servicios fronterizos de policía para entender las razones de los desplazamientos, como afirman Goytisolo, J., y Nair, S., *El peaje de la vida: integración o rechazo de la emigración en España*, Madrid, 2001, p. 58.

⁴⁹ El control social actual es “una revitalización de la idea de *otredad*, de fragmentación de separación, como fundamento del Orden en la que se instala el propio origen de la sociedad moderna”. Pérez Cepeda, A., I., “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, p. 110.

⁵⁰ Su desarrollo tipológico está contenido en el art. 5 Regl. LOEXIS.

personalidad y nacionalidad con una fórmula más abierta que la contenida en la legislación interna de extranjería, máxime cuando a los comunitarios y sus familiares se les dan todas las opciones posibles para que procedan a esa identificación personal, es un reflejo añadido de la desconfianza del sistema hacia quien es “imputado” de inmigrante⁵¹. El resultado es una carencia de legitimidad de la finalidad a la que se presupone que sirve la norma.

La apelación incansable y reiterada al “interés público” es una forma que tiene el legislador interno de certificar definitivamente la defunción de la ética en materia migratoria⁵². La idiosincrasia y aspiraciones de la persona a una vida más digna se sacrifican en aras de la supervivencia del poder decisorio sobre la admisión de los “otros”. Ser calificado como potencial “inmigrante” alerta a las instancias públicas de que tienen que activar todo el aparato represor del Derecho de extranjería simplemente porque no se quiere que los nuevos “marginados”, que vienen de fuera, perturben el orden interno de paz social, máxime en tiempos de crisis⁵³. En el fondo, el espíritu presente en la ordenación jurídica de la extranjería es enormemente clasista y neocolonialista. Sólo si el Estado quiere y en cuanto quiera, una persona inmigrante podrá formar parte de la sociedad de destino, por supuesto ocupando el más bajo nivel social por su calificación de “extraño”, y tolerado sólo mientras el “colono” lo considere “buen bárbaro”. Como apunta Bergalli, “el inmigrante vive una situación de liminalidad crónica, está permanentemente en el ‘umbral’, en suspenso, [...] de algo de afuera que está dentro”⁵⁴.

⁵¹ Esta situación se intenta paliar con la sustitución del pasaporte por la declaración personal imperativa de entrada prevista en el art. 12 Regl. LOEXIS para los extranjeros que accedan al territorio español procedentes de un Estado con el que España haya firmado un acuerdo de supresión de controles fronterizos; obligación igualmente recogida en el precepto contenido en el art. 22.1 Convenio Schengen. Para la diferente apreciación exegética del control de entrada de los familiares de nacionales comunitarios o asimilados nos remitimos a las observaciones realizadas en el capítulo segundo.

⁵² La excusa de la primacía del interés público está presente en la fiscalización de las condiciones personales y económicas de los extranjeros previstas legalmente, llegando a actuar más bien como causas de recusación a la entrada de esas personas.

⁵³ No es ajena a esta consideración “la construcción social del control y la vigilancia como obsesiones, la segregación de ‘grupos de riesgo’, la fortificación y la exclusión como urgencias”. Pérez Cepeda, *op. cit.*, p. 99.

⁵⁴ Bergalli, R., ...[et al.], “Extranjería. Existencias criminalizadas”, *op. cit.*, p. 44. O, como afirma Davila Legerén, A., “personajes que habiendo perdido su lugar deben definirlo de nuevo construyendo un territorio paradójico a través de su propia errancia [...] que tienen la necesidad de jugar en un borde o una frontera sin por ello caer de uno u otro lado”. “¿Aquí, allí o en la lontananza? Desplazamientos migratorios y desdoblamientos epistemológicos”, en Santamaría Lorenzo, E. (edit.), *Retos epistemológicos de las migraciones transnacionales*, Barcelona, 2008, p. 48.

En este sentido, el funcionario policial del puesto fronterizo simboliza empíricamente el imaginario de ese “orden de Estado” identificado con la lógica de la exclusión del “otro”⁵⁵. El hecho de que quede a la potestad de este servidor público la indagación del motivo por el cual se desea la entrada en España, incluso dejando a su potestad la exigencia de documentación que avale la verosimilitud del motivo aducido (art. 7.1 Regl.), resulta un ejercicio paradigmático de poder de admisión⁵⁶. Que se constituya en una decisiva última instancia para decidir quién entra, pudiendo *de facto* dejar sin efecto el visado expedido, explica cómo el mundo de los derechos fundamentales de la persona se detiene en la frontera. ¿Por qué se pide a los inmigrantes que aporten datos que verifiquen cuestiones que pueden afectar a su intimidad personal y familiar y a los nacionales comunitarios no?⁵⁷

El control de entrada, que transita entre la discrecionalidad y la arbitrariedad, es un mecanismo de selección de personas porque aplica un expediente de “sospecha” que se imputa al candidato a ser admitido⁵⁸. ¿Acaso los criterios que pudieran justificar una intervención más incisiva en la esfera personal, como los motivos en función de la duración del viaje y su objeto, no introducen una presunción de culpabilidad que desvirtúa las garantías jurídicas de los propios extranjeros no comunitarios en nuestro Derecho? Como recordara Bobbio en su momento, si el fin justifica los medios, ¿quién justifica el fin? ¿Quizá es que el fin a su vez no necesita ser justificado?⁵⁹

⁵⁵ Comenta Souto García, E., M., que “el hecho de supeditar la autorización de entrada en el país a que ésta no suponga un peligro para la salud pública o el orden público, concede a las autoridades fronterizas capacidad plena de decisión sobre esa entrada”. “Algunas notas sobre la función del derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, *op. cit.*, 303.

⁵⁶ Recordaba Moya Escudero, M., hace unos años, ¿es que es posible rechazar la entrada basándose en la sospecha de que la declaración del extranjero no responde a la realidad? “Algunos aspectos de la inadmisión en territorio español de extranjeros procedentes de terceros países”, en Álvarez Rodríguez, A., ...[et al], *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, 1994, p. 93.

⁵⁷ Carens J., se preguntaba en la década pasada sobre las formas de control moralmente permisibles desde una perspectiva liberal-democrática. “The philosopher and the policymaker. Two perspectives on the ethics of immigration with special attention to the problem of restricting asylum”, en Hailbronner, K; Martin, D; y Motomura, H. (edit.), *Immigration Admissions: the search for workable policies in Germany and the United States*, 1997, vol. 3, Providence Oxford, p. 6.

⁵⁸ En el plano jurídico, los principales problemas que plantea el control fronterizo están relacionados con la motivación de la denegación de entrada, la duración y condiciones de detención, la ineficacia de los recursos administrativos y, en la práctica, la muy reducida eficacia de los recursos ante la Jurisdicción Contenciosa. Véase, por todos, Lobo Rodríguez, Á., “Denegación de entrada”, Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, pp. 137-139.

⁵⁹ Bobbio, *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, *op. cit.*, p. 133.

Es cierto que el Estado es receloso de documentos como los visados tipo turista por ser una “puerta” a la permanencia irregular en el país⁶⁰. Sin embargo, la expresa permisión del uso de la discrecionalidad del servidor público competente puede ser, *de facto*, una causa de vulneración de los derechos fundamentales, y con escasa garantía jurídica, pues estamos hablando de personas que no pueden permanecer indefinidamente en dependencias fronterizas⁶¹. Al respecto, en el plano jurisprudencial, la posición del TS no “destierra” decididamente la discrecionalidad, pero sí advierte que no se puede exigir que, en todo caso, hayan de ser presentados los documentos que justifiquen el objeto y las condiciones de la estancia prevista, llegando a aducir “lo cual debe entenderse en el sentido de que la no-presentación de esos documentos justificativos puede amparar una decisión de denegación de la entrada no siempre, sino sólo: a) cuando haya datos o circunstancias, y así se exprese razonadamente en la decisión, que levanten la sospecha de que el objeto y/o las condiciones de la estancia declarados no se corresponden con la realidad; y b) cuando por su naturaleza o por su singularidad, sea usual que el viajero esté en posesión de documentos que justifiquen aquel objeto y/o aquellas condiciones”⁶².

Por otro lado, el Estado se garantiza por pura cuestión de pragmatismo que el inmigrante no suponga una carga excesiva para su estabilidad socio-económica⁶³. La acreditación de medios de vida suficientes como requisito para la entrada en España, y por ende en la UE, es una manifestación práctica de una sociedad que no quiere asumir riesgo

⁶⁰ La entrada aparentemente legal con visados turísticos o de visita es una forma importante de irregularidad sobrevenida, con una intención clara de residencia irregular. No obstante, es difícil deslindar unas intenciones exploratorias, de una intención de quedarse a costa de lo que sea. El Estado, en no pocas ocasiones, reacciona estableciendo la presunción de fraude y, por ende, endureciendo las políticas de concesión de visado de visita.

⁶¹ Afirma Souto García que “desde el ‘Derecho penal del enemigo’ se pueden legitimar aquellas legislaciones de excepción que desde el Derecho penal democrático se han proscrito”, *op. cit.*, p. 316. Desde nuestro punto de vista, instituciones como las que se analizan en este capítulo son una expresión de esa legislación de excepción.

⁶² Entre otras, SSTS de 1 de abril de 2005 (RJ 2005/3709) (FJ 6); de 1 de abril de 2005, (RJ 2005/5674) (FJ 6). La interpretación flexible de la suficiencia de la acreditación documental del objeto y condiciones de la estancia puede comprobarse, entre las más recientes, por todas, en las SSTS de 31 de octubre de 2007 (RJ 2007/6972) (FJ5); de 8 de febrero de 2008 (RJ 2008\1521) (FJ 5); de 22 de mayo de 2008 (RJ 2008\2861) (FJ 4); de 31 de octubre de 2007 (RJ 2008\1864) (FFJJ 2 y 4); de 28 de junio de 2007 (RJ 2007\3323) (FJ 5).

⁶³ El art. 8 Regl. LOEXIS exige que se acredite, en el momento de la entrada, los medios económicos tanto para permanecer como para poder regresar al país de origen o cualquier otro, e incluye además a las personas que dependan económicamente de él/ella, incidiendo alternativamente en la posibilidad de que esté en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

alguno con quien no forma parte del “nosotros”⁶⁴. La teleología de la norma incide en esta desconsideración social, rayana en la discriminación respecto a los nacionales, llegando a establecer como imperativo legal el avituallamiento o disponibilidad real, efectiva y concreta de recursos como presupuesto material fundamental para autorizar la entrada de un extranjero en nuestra sociedad. La acreditación de requisitos como la disposición de medios de vida suficientes *de lege ferenda* no deberían ser exigidos cuando lo fueron en el procedimiento para la obtención del respectivo visado, dejando a salvo los supuestos excepcionales en los que no se requiere el visado para la entrada⁶⁵.

Fiel a su propia naturaleza, la lógica jurídica punitiva presente en las normas de extranjería se suaviza en determinadas circunstancias. Son casos en los que el legislador se arroga un presunto “humanitarismo”, un examen de conciencia de limitada aplicación que exige a su titular de la demostración de los requisitos generales para la entrada en el territorio nacional⁶⁶. Esta “generosidad” del legislador que permite excepcionalmente, como una especie de favor del “patrono” sobre el “colono”, la autorización de la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos con carácter general, es una opción “extraordinaria”, cuya excepcionalidad no tendría por que implicar una peculiaridad limítrofe en la ambigüedad e indefinición⁶⁷.

La consideración de razones de índole humanitaria se tiene en cuenta para “suavizar” el examen que del candidato a entrar se hace en la frontera. Sin embargo, que se le

⁶⁴ Véase la Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España (BOE núm. 113, de 11 de mayo). Por cierto, a los nacionales de México y Chile no se les exigirá sistemáticamente la acreditación de medios económicos para la entrada en España, según la Resolución conjunta de los Secretarios de Estado para Iberoamérica, de seguridad y de Emigración e Inmigración, de 12 de febrero de 2008, por la que se desarrolla el apartado quinto de la citada disposición reglamentaria [consulta realizada el 25 de marzo de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/ACUERDOMXCHILEENTRADA.pdf>.

⁶⁵ Véase el epígrafe III de este capítulo.

⁶⁶ En concreto, cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España. En estos casos, se procederá a hacer entrega al extranjero de la documentación que se establezca reglamentariamente (art. 25.4 y 4.2 Regl.).

⁶⁷ Técnicamente estamos en presencia de una simple autorización de entrada que funciona, en la práctica, como una excepción a la provisión general de visado, y con unos presupuestos de hecho cuyo reconocimiento en frontera parece suficiente habilitación para solicitar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales prevista en el art. 45.4 Regl. LOEXIS. También es reconocible, en esos supuestos excepcionales, cuando el extranjero se encuentre en España (art. 31 LOEXIS).

equiparen las circunstancias que traen causa en compromisos políticos no deja de resultar un ejercicio de hipocresía que lleva a una conclusión evidente. El inmigrante queda al servicio de la discrecionalidad que sanciona la norma⁶⁸. ¿Intervienen sólo razones estrictamente humanitarias cuando se autoriza la entrada excepcional de inmigrantes en territorio nacional?, ¿no existe una oportunidad política desmedida en la aplicación de la legislación de extranjería?

Que la frontera sea el espacio paradigmático de encuentro de la lógica de la inclusión/exclusión no significa que la reserva de admisión en el territorio español no se irradie a otros espacios. En concreto, el principal mecanismo selectivo de la política normativa de extranjería en el Derecho positivo español es un requisito administrativo: el visado, un documento que implica un control preventivo del fronterizo y que se produce en el país de origen del candidato a entrar. La jurisdicción española exterior, mediante sus delegaciones consulares, encuentra en este documento la excusa perfecta para seleccionar al nacional en su propio país. En las páginas que siguen analizamos la lógica excluyente del visado, partiendo de una afirmación inicial: el visado es un instrumento que funciona principalmente como una primera instancia en la frontera simbólica de la admisión⁶⁹. El siguiente paso lo hemos visto anteriormente, el control en la frontera física. El último: la devolución del inmigrante que no es útil para el sistema a su país de origen.

⁶⁸ La discrecionalidad de los gobiernos en la elección de los inmigrantes en Monar, J., “Comprehensive migration policy, the main elements and options”, en Hailbronner, K; Martin, D; y Motomura, H. (edit.), *Immigration Admissions: the search for workable policies in Germany and the United States*, vol. 3, Oxford, 1997, p. 58.

⁶⁹ La frontera que separa el reconocimiento del “otro” de la obsesión de la identidad y que es infranqueable, como señala Touraine, A., “Faux et vrais problèmes”, en Wieviorka, M. (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, París, 1997, p. 318.

III. EL VISADO, UN INSTRUMENTO CENTRAL EN LA POLÍTICA SELECTIVA

1. El visado como símbolo del poder de admisión de los Estados: la “frontera” de la pertenencia en el propio país de origen

La institución del visado ha sido, desde los orígenes de la legislación de extranjería, el punto de convergencia de toda la función selectiva presente en el control de acceso a la sociedad de acogida y un efecto refractario de la potestad soberana de los Estados⁷⁰. El visado es un mecanismo disuasorio que el Estado-nación como entidad política impone como primer estadio en la delimitación de la pertenencia a la comunidad, una manifestación de que la organización jurídico-política denominada Estado no ha abdicado de la materia de admisión en el territorio, a pesar de la asunción de competencias por parte de entidades supranacionales como la UE⁷¹. El visado funciona *prima facie* como un mecanismo preventivo de fiscalización externa o *ex ante* de las autoridades consulares españolas⁷². La exigencia del visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en sus pasaportes o documentos de viaje o, en su caso, en documento aparte, es una regla general

⁷⁰ Ortega Martín, E., lo califica como “acto de autorización por el que un Estado viene a permitir a un extranjero penetrar en su territorio en determinadas circunstancias o con ciertas limitaciones”, *Manual práctico de Derecho de extranjería*, Madrid, 2003, p. 322. Autores como Trinidad García y Martín Martín, lo definen como “instrumento diseñado para satisfacer la protección del empleo nacional y los fines de orden público”. *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, *op. cit.*, p. 18. Blázquez Rodríguez afirma que se trata del “documento en el que se contiene una autorización concreta de acceso al país, expedida con carácter previo a la entrada del extranjero”, *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 97; Rodríguez-Drincourt Álvarez, J., nos recuerda que estamos ante “un acto autorizante que habilita a un extranjero que autoriza a un extranjero a comparecer en la frontera española solicitando la entrada”. “Exigencia de visado”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 112.

⁷¹ Un Estado que, como ya definió en el pensamiento moderno Maquiavelo, representa el “poder político”, una primacía o *potestas* de la autoridad del sujeto sobre el objeto del mando, pero asimismo como “dominio” o ámbito y población sobre la cual se ejerce una determinada autoridad. Chabod, *La idea de nación*, *op. cit.*, p. 176 y ss.

⁷² Su petición sea realizada, como regla general, en la misión diplomática u oficina consular española de su demarcación de residencia (con la excepción de los visados en frontera para supuestos de tránsito y estancias excepcionales, regulados en los arts. 24 y 27 Regl., que podrán ser expedidos por los responsables de los servicios policiales a cargo del control de entrada de personas en territorio nacional). No obstante, en ocasiones, tanto las normas de origen comunitario como la LOEXIS y su Reglamento de desarrollo prevén la posibilidad de que se expida en frontera. Se trata de los casos contemplados en el Reglamento 415/2003, del Consejo, de 27 de febrero de 2003 (DOCE L, 64, de 7 de marzo de 2003), y excepcionalmente conforme a lo previsto en el art. 4, párrafo 2º Regl. LOEXIS.

en el ordenamiento interno en orden a la entrada de extranjeros no comunitarios en territorio español⁷³.

El visado es un instrumento de orientación de la política inmigratoria⁷⁴. Este mecanismo de control al servicio del denominado “interés público” deja en un segundo plano los derechos de los solicitantes y actúa *de facto* como frontera de admisión⁷⁵. El visado es el dispositivo protector de la clausura de los Estados y de sus elementos constituyentes como la ciudadanía. En todo caso, esta institución es un reflejo del espíritu que impregna la legislación de extranjería: la sistematización patológica de un Derecho de amplia respuesta policíaca y punitiva que hace de su núcleo de acción fundamental y primario al candidato que aspira a acceder por primera vez a la sociedad presuntamente “de los derechos”. Y como todo aspirante, más que tratado como persona, es considerado jurídicamente como un hostil, un opositor sobre el que recae la exhaustiva prueba, material y psicológica, de la aceptación de las reglas de juego impuestas por la sociedad benefactora. Este control interfiere en el ejercicio del *ius migrandi* del extranjero. La morfología jurídica del visado, tal y como se infiere de la legislación de extranjería interna, es todo un alegato por la restricción del *ius migrandi*, una alerta para los “bienintencionados” aspirantes a inmigrantes de que la entrada en el territorio de la Unión va a ser compleja. El ordenamiento jurídico nos da las claves de la nueva frontera que representa en un plano teórico esta institución.

En la estructura jurídica de la extranjería, el visado es un elemento, sin duda el más determinante, en el tracto sucesivo de control del postulante a inmigrante⁷⁶. Su papel en el

⁷³ La exigencia de visado, con carácter general, se contiene en el segundo párrafo del apartado 2 del art. 25 LOEXIS, que deja a salvo lo dispuesto en los Convenios internacionales suscritos por España, y con la prohibición de su obtención para los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de Convenios internacionales en los que España sea parte (art. 26.1). En su desarrollo reglamentario, de entrada el art. 6.1 del Regl. no lo define, aunque sí establece, con carácter general, que “los extranjeros que se propongan entrar en territorio español deberán ir provistos del correspondiente visado, válidamente expedido y en vigor, extendido en sus pasaportes o documentos de viaje o, en su caso, en documento aparte [...]”.

⁷⁴ Por todos, Picó Lorenzo, C., “Nuestra errática normativa sobre extranjería: especial referencia a las regularizaciones y al arraigo”, en *Jueces para la Democracia*, nº 43, 2001, p. 64.

⁷⁵ En puridad, no existe un derecho subjetivo del solicitante a obtenerlo. Por todos, Rodríguez Vázquez, “Consideración específica del requisito del visado”, *op. cit.*, p. 364.

⁷⁶ Por el gran número de cuestiones que aborda la regulación de esta institución, que afectan determinantemente a la admisión de los extranjeros en nuestro país, el examen de la misma es una radiografía necesaria para “tomar el pulso a la política de extranjería”, como nos señala Esteban de la Rosa, F., “Art. 25 bis. Tipos de visados”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 698.

proceso selectivo de los “no beneficiarios del Derecho comunitario” que solicitan la entrada en España es destacado, quizá por ser la más complicada condición a cumplir, aunque su cumplimiento no signifique el fin de la coerción, en la cadena de actos conexos al “juicio de admisión”⁷⁷. Si existe una institución en donde mejor pueda encontrar su expresión la ausencia de compromiso jurídico esa es el visado⁷⁸. La concesión de este documento y, en definitiva, la realización de la libre circulación, queda condicionada a una circunstancia profundamente incierta como es la política de inmigración⁷⁹. Producto de ello es que no se duda en apelar especial y expresamente a la atención al interés del Estado español y de sus nacionales, a la política económica y de seguridad ciudadana, a los compromisos internacionales asumidos en el marco de acuerdos de régimen común de visados y, sobre todo, al cumplimiento de los fines de la política exterior y de políticas públicas como la de inmigración, tanto en el nivel comunitario e interno⁸⁰. Estos criterios terminan por ser estatuidos como causas legitimadoras de las que se hace depender la concesión o denegación del visado⁸¹.

En una perspectiva filosófico-normativa podría aducirse que el visado simboliza el acto de examen de las aptitudes para la admisión en la comunidad de destino del candidato a inmigrante⁸². Su importancia trasciende los límites normativos en los que se originó para

⁷⁷ Con esta expresión queremos destacar la valoración que, desde el punto de vista jurídico-político, es posible inferir de la sistematización de presupuestos jurídico-positivos, eminentemente subjetivos, que ordena la entrada y permanencia de personas extranjeras en nuestro país.

⁷⁸ El visado es el instrumento esencial de disuasión de la inmigración clandestina contra los Estados que presentan un “riesgo migratorio”, Wihtol de Wenden, *¿ Hay que abrir las fronteras?* , *op. cit.*, p. 63.

⁷⁹ Como indica De Lucas Martín, La inmigración es una cuestión política estructural, y por ello *frontera* –nunca mejor dicho– de nuestras democracias. “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”, *op. cit.*, p.1.

⁸⁰ Véase art. 27.3 LOEXIS y D.A. quinta Regl. El punto 5 del Preámbulo del Reglamento comunitario 539/2001 citado *supra* es indicativo de esta política, aunque en el plano supranacional: la determinación de los terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado y los que están exentos de la misma se realizará en función de una evaluación, ponderada caso por caso, de diversos criterios relativos en particular a la inmigración clandestina, al orden público y a la seguridad, así como a las relaciones exteriores de la Unión con los terceros países, teniendo también en cuenta las implicaciones de la coherencia regional y de la reciprocidad.

⁸¹ *Cfr.* a título enunciativo, la resolución del Consulado de España en Casablanca, de fecha 16 de abril de 2008[consulta realizada el 15 de junio de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/denegCONSULADOvisado.pdf>.

⁸² Un instrumento esencial para garantizar el control de entrada de extranjeros, aunque por sí mismo no reduzca los flujos migratorios. Moya Malapeira, “La evolución del sistema de control migratorio de entrada en España”, *op. cit.*, p. 64; Blázquez Rodríguez, “Los nacionales de terceros países en la Unión Europea”,

extender sus consecuencias al plano social y psico-antropológico⁸³. La denegación o la falta de posesión del visado no sólo tiene como efectos la calificación de irregular de todo aquel extranjero que ose entrar en nuestra jurisdicción. Supone, además, dejar seriamente dañada la dignidad de la persona en cuanto imposibilita que la persona pueda ejercer sus derechos con plenitud de garantías⁸⁴. En todo caso, el visado es el obstáculo legal que se encuentra el extranjero en el camino anterior al final de su oneroso peregrinaje por las fronteras de la legalidad, en cuanto las autorizaciones preceptivas se harán depender de la concesión del mismo.

La posesión de este documento se ha convertido en la principal preocupación de los candidatos a entrar en España porque, como veremos *infra*, su provisión es fiel trasunto de la arbitrariedad en la aplicación de unas reglas jurídicas como las de extranjería no pensadas precisamente para la defensa plena de los derechos fundamentales de las personas. El requisito de visado es el momento selectivo en el que se expresa con mayor notoriedad la inseguridad jurídica del aspirante a inmigrante. Los derechos de las personas que entran en contacto con la administración española en el exterior quedan en un limbo jurídico, donde triunfan la incertidumbre y la prerrogativa del funcionario consular. El nuevo mundo de la exclusión en los inicios del milenio no es ajeno a esta realidad⁸⁵.

La imbricación de las lógicas del Derecho comunitario y el Derecho interno está más presente que nunca en la política normativa de entrada en general, y en esta institución paradigmática del Derecho de extranjería, en particular. Aun siendo uno de los pilares

op. cit., 97; Santolaya Machetti, P., “España”, en Aja, E., y Díez, L. (edit.), *La regulación de la inmigración en Europa*, Barcelona, 2005, p. 254.

⁸³ El visado es una expresión más de la obsesión por la inseguridad presente en la sociedad del riesgo, una inseguridad que, como pone de relieve Brandariz García, J., A., se transmuta colectivamente como disminución de los niveles de tolerancia social, un terreno abonado para la difusión de prácticas criminológicas de la denominada *prevención situacional*, un deseo de fortificación. “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, p. 147.

⁸⁴ “La dignidad de la persona y la dignidad de la humanidad son dos aspectos de una misma mentalidad, la del antropocentrismo y de la laicidad, dos coordenadas que encuadran todo el proceso”. Peces-Barba Martínez, “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana”, *op. cit.*, p. 25.

⁸⁵ Como subraya Maresca García-Esteller, “hay demasiadas cosas en las formas de vida social contemporánea que parecen más propias de la escena oriental [del despotismo] que de la del estado de naturaleza del modelo clásico, que siempre deja la salida abierta a la racionalización jurídica de la realidad”, “Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la Ley”, *op. cit.*, p. 107.

competenciales de la Unión la regulación de las condiciones de acceso al territorio de cualquiera de los Estados miembros, el visado viene a constituirse en instrumento de control de los Estados. La política comunitaria de visados, parte fundamental de la armonización progresiva de las condiciones de entrada a la Unión, no hace sino reproducir el rigorismo constitutivo de una institución que sólo adquiere sentido en referencia al Estado-nación⁸⁶. Los Estados miembros han implementado esta línea de actuación pública con la incorporación de las pautas inherentes al acervo Schengen, de conformidad con el protocolo nº 2 del Tratado de Amsterdam que lo integra en el marco de la Unión Europea⁸⁷. En todo caso, este acervo viene a complementar –no a revisar– la lógica de la exclusión en un espacio pertenencial más amplio como es la Unión Europea. La consecuencia jurídica inmediata ha sido la suspensión de los acuerdos bilaterales de

⁸⁶ Además, no se puede olvidar que fuera de los supuestos de estancias de corta duración, el visado es un ámbito material de competencia exclusiva de los Estados.

⁸⁷ En cuanto al desarrollo normativo, a nivel del Derecho comunitario (con base en lo dispuesto en los arts. 62.2. b y 61 del Tratado de Amsterdam) se estableció un visado uniforme para los supuestos de estancia de corta duración y de tránsito, con objeto de facilitar la armonización de las políticas nacionales en la materia, así como la libre circulación de personas de terceros Estados en la Unión Europea durante un máximo de tres meses en un periodo de seis; Reglamento CE 539/2001, de 15 de marzo de 2001, que establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de la misma (DOCE L 81, de 21 de marzo), modificado sucesivamente por los Reglamentos CE 2414/2001 del Consejo, de 7 de diciembre de 2001 (DOCE L 327, de 12 de diciembre de 2001), 453/2003, de 6 de marzo (DOCE L 69, de 13 de marzo), 851/2005, de 2 de junio de 2005 (DOCE L 141, de 4 de junio) y 1932/2006, de 21 de diciembre de 2006 (DOUE L 405, de 30 de diciembre, respectivamente); Información en aplicación del Reglamento CE 539/2001 del Consejo por el que se establecen la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DOUE C 74, de 20 de marzo de 2008) y nota interna del MAEC sobre listado de países que necesitan visado Schengen, de fecha 19 de enero de 2007 [consulta realizada el 10 de abril de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/legislacion/Visados.pdf>. Igualmente, el Reglamento del Consejo 1683/95, de 29 de mayo de 1995, establece un modelo uniforme de visado para estancias no superiores a tres meses o para tránsito (DOCE L, 164, de 14 de julio de 1995), modificado por Reglamento CE 334/2002 del Consejo, de 18 de febrero de 2002 (DOCE L 53, de 23 de febrero). Además, el Reglamento (CE) 856/2008 del Consejo, de 24 de julio de 2008, modifica el Reglamento (CE) 1683/95 por el que se establece un modelo uniforme de visado, en lo que se refiere a la numeración de los visados (DOUE L 235, de 2 de septiembre de 2008); Reglamento (CE) 767/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de julio de 2008, sobre el Sistema de Información de Visados (VIS) y el intercambio de datos sobre visados de corta duración entre los Estados miembros (Reglamento VIS) (DOUE L 218, de 13 de agosto de 2008). La no-provisión necesaria de visado no es la regla general en el ordenamiento comunitario, ni, por ende, en el interno. Además el citado privilegio está condicionado a la aplicación del principio de reciprocidad a favor de los nacionales de los Estados miembros. Por lo que respecta a las estancias de larga duración, se aprobó el Reglamento (CE) 1091/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, (DOCE L 150, de 6 de junio de 2001), que sustituye el art. 18 del Convenio aplicativo de Schengen, en orden a la consideración nacional de los visados para una estancia superior a tres meses. Un visado de esta índole podrá tener, durante un período máximo de tres meses a partir de su fecha inicial de validez, valor concomitante de visado uniforme para estancia de corta duración, si en su expedición se han respetado las condiciones y criterios comunes adoptados de conformidad con las disposiciones pertinentes del citado Convenio.

supresión de exigencia de visado suscritos con países a los que se han impuesto las normas comunitarias⁸⁸. Estamos en presencia de una manifestación evidente de la fiscalización rigurosa de los inmigrantes que “llaman” a las puertas de la Europa desarrollada⁸⁹.

Sin embargo, con ser el más importante método de selección, el visado no es el único instrumento que el Derecho de extranjería tiene para sistematizar la entrada de un “no beneficiario del Derecho comunitario”. El visado es un documento que no es, por sí sólo, un salvoconducto que garantice la entrada en territorio español de un extracomunitario al que resulte de aplicación la LOEXIS. Como se indica en el tenor literal del art. 27.1 de la misma, habilita para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar la entrada. Por consiguiente, este instrumento del Derecho de extranjería no sustituye al control que en frontera realizan los funcionarios policiales y que vienen a incidir en establecer una vía de “segunda instancia” de fiscalización de las condiciones de entrada. El visado anticipa las prerrogativas soberanas que encuentran su punto de encuentro natural en la frontera física. En el mejor de los casos, superados todos los impedimentos, sólo garantiza la legalidad del inmigrante mientras se den las circunstancias que propiciaron su otorgamiento, sin perjuicio de que se estudien nuevas circunstancias que puedan hacer permisible la permanencia en el territorio del inmigrante⁹⁰.

El control de entrada en frontera es un mecanismo que actúa como cierre del sistema, *a posteriori* de la provisión del visado, y que deja en condición suspensiva al mismo en

⁸⁸ En concreto, denuncia del Canje de Notas de 30 de octubre de 1963 sobre supresión de visados entre España y Ecuador, hecho en Quito el 3 de junio de 2003 (BOE núm. 159, de 4 de julio de 2003); denuncia del Canje de Notas de 26 de marzo de 1962 entre España y Bolivia por el que suprimen los visados entre ambos países, hecho en La Paz el 26 de abril de 2007 (BOE núm. 136, de 7 de junio de 2007); denuncia del Canje de Notas, de 26 de mayo de 1961, entre España y Colombia sobre supresión de Visados (BOE núm. 282, de 24 de noviembre de 2002). Los Acuerdos en cuestión autorizaban a permanecer en territorio de la otra Parte sin visado consular sólo para estancias no superiores a tres meses (el de Bolivia permitía incluso una prórroga de esa estancia por otros tres meses sin necesidad de solicitar el visado).

⁸⁹ La armonización de las políticas de visado es destacada por autores como Reermann, O., “Readmission Agreements”, en Hailbronner, K; Martin, D; y Motomura, H. (edit.), *Immigration Admissions: the search for workable policies in Germany and the United States*, Oxford, 1997, p. 124; Martín y Pérez de Nanclares, *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, *op. cit.*, p. 150 y ss; Fernández Sánchez, “El control migratorio de las fronteras en la Unión Europea”, *op. cit.*, pp. 25-40.

⁹⁰ La legislación de extranjería ha estado siempre situada en la “frontera” del Derecho. Esteban de la Rosa, “Inmigración y Derecho de extranjería”, *op. cit.*, p. 38.

cuanto el funcionario policial no autorice la entrada⁹¹. Si a esta circunstancia sumamos que sin autorización de estancia o, en su caso, de residencia temporal y/o de trabajo no se concede el visado, está construido el entramado perfecto para dificultar, en la medida de lo posible, que un extranjero al que resulte de aplicación de la LOEXIS consiga entrar legalmente en territorio español.

A la originaria función del visado como instrumento de control de entrada de inmigrantes –un requisito administrativo al servicio de la lógica de la reserva de admisión del propio país que podría ser receptor del solicitante–, nuestro legislador ha añadido una segunda. La decisión de quiénes entran por primera vez en el territorio nacional no sólo atiende al elemento personal. En efecto, el elemento teleológico, en concreto el *quid* –¿para qué se pretende entrar? – termina por constituirse en el eje central del sistema del visado, tal y como se estructura en nuestro ordenamiento⁹². Esa circunstancia hace que el visado sea un medio idóneo de control⁹³. Se pretenda entrar para unos días o para un año, para trabajo, para estudios, para búsqueda de empleo, etc., este presupuesto, con las peculiaridades concretas de cada tipo, cumple idéntica función limitativa. Tras la reforma introducida en la LOEXIS por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, el visado es, además, el documento que acredita para permanecer en territorio español en la situación en la que se hubiese concedido⁹⁴. Esta nueva función se recoge en el desarrollo reglamentario, en

⁹¹ Nos remitimos a lo comentado *supra* acerca de los requisitos de entrada contenidos en el art. 25.1 LOEXIS y Reglamento de desarrollo. Es factible que, aun estando en posesión del visado preceptivo, un extracomunitario vea rechazada su solicitud de entrada en puesto fronterizo, por ejemplo por la indeterminada causa de orden público o por no acreditar los motivos de la entrada. Lo que no parece de recibo es que, entre otras cosas, se asigne a un particular como el transportista la responsabilidad de controlar los visados expedidos (art. 14.1 Regl.). Véase García San José, D., I., “El régimen de visados en el nuevo Reglamento de extranjería: ‘los árboles que no impiden ver el bosque’”, en Sánchez-Rodas Navarro, C. (dir.) y Alonso Burón, J., C. (coord.), *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de extranjería*, Murcia, 2005, p. 89.

⁹² El nuevo desarrollo reglamentario de la LOEXIS incluye como nota característica una prolija y compleja variedad de visados a lo largo de su articulado.

⁹³ Una referencia estadística comparativa 1996-2003 sobre uso de cada tipo de visado y nacionalidades de origen más destacadas en cada uno, en Moya Malapeira, *op. cit.*, p. 66.

⁹⁴ Por todos, Ballester Pastor, *op. cit.*, p. 166.; Carrillo Carrillo, “Cuestiones prácticas relativas a las condiciones de entrada de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 156; García Murcia, J., y Ceinos Suárez, Á., “Art. 52. Efectos del visado de residencia y trabajo por cuenta ajena”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 347; Moya Escudero, M., “Autorización de trabajo por cuenta ajena”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 1053; Rodríguez Vázquez, “Consideración específica del requisito del visado”, *op. cit.*, p. 359; Durán Ruiz, “Art. 25. Requisitos para la entrada en territorio español”, *op. cit.*, p. 676; Aja Fernández, “La evolución de la normativa sobre inmigración”, *op. cit.*, p. 37; Trinidad García y Martín Martín, *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, *op. cit.*, pp. 18 y 34.

concreto en el art. 104 del actual Regl. LOEXIS⁹⁵. Así, por ejemplo, la autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena habilitará a los extranjeros que residen fuera de España y que hayan obtenido el correspondiente visado a iniciar una relación laboral por cuenta ajena (art. 49.1 Regl.)⁹⁶.

No resulta indiferente ni casual este nexo de unión entre el visado y la finalidad concreta de la permanencia en el país. El carácter obsesivamente reglamentista de la legislación interna de extranjería responde a unos parámetros precisos⁹⁷. El hecho de que cada situación administrativa disponga de una tipología específica de visado, hasta el punto de que, incluso, se prevean especialidades dentro de cada situación para establecer un nuevo visado, viene a indicar que el poder de admisión del Estado no juega con hipótesis, sino con hechos⁹⁸. En otras palabras, dejando a salvo el supuesto de la concesión de un visado específico para búsqueda de empleo⁹⁹, se quiere que todo aquel aspirante a

⁹⁵ Aunque la tarjeta de identidad de extranjero es la expresión documental de estancias autorizadas por un periodo superior a seis meses, destinado a identificar al extranjero a los efectos de acreditar la situación legal en España (art. 105 Rgl. LOEXIS), el visado válidamente obtenido acredita la situación para la que se hubiese otorgado (art. 104). Es decir, como afirma Ruiz Castillo, para permanencias superiores a seis meses, “el art. 104 del RELOE obliga a interpretar que los documentos acreditativos de la situación de residencia son sucesivamente el visado y la tarjeta de identidad del extranjero, perdiendo su validez el primero desde el momento en que se haya obtenido la tarjeta de identidad o haya vencido el plazo para su solicitud, lo que desde luego contraviene el dictado del art. 27 de la LOE”, por lo que concluye que “no queda claro si la norma exige estos dos documentos de forma acumulativa, alternativa o sucesivamente como instrumentos formales de acreditación (arts. 4.2 y 27.2 LOE y 104 y 105.2 RELOE)”. Ruiz Castillo, M., del M., “Art. 104. El visado”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 634 y 637. Hay que tener en cuenta que en la ordenación legal anterior (LO 8/2000 y RD 864/2001), el visado sólo permitía el acceso al territorio español sin ningún tipo de acreditación de situación administrativa de extranjería.

⁹⁶ También se tiene que tener en cuenta que la excepción de la obligación de proveerse de autorización de trabajo (art. 68 Regl.) no exime de la obligación para el extranjero que no sea residente en España, de solicitar el visado de residencia (art. 69). En esos supuestos, será preciso presentar junto a la solicitud de visado, la documentación que acredite estar incluido en alguno de los supuestos establecidos en el art. 41 LOEXIS, pudiendo ser suplida por la presentación, en plazo, de la solicitud de residencia y excepción de la autorización de trabajo presentada en España.

⁹⁷ Aunque técnicamente se alegue que la nueva regulación “responde a la necesidad de una ordenación sistemática, más adecuada a la realidad y, por lo tanto, más accesible para sus destinatarios [...]”. Párrafo cuarto de la exposición de motivos del Regl. LOEXIS.

⁹⁸ Hay que traer a colación que la clasificación –funciones y tipologías– de visados adquiere rango legal, por primera vez, con la inclusión en la reforma operada por LO 14/2003, que incluyó en la LOEXIS un nuevo artículo 25 bis.

⁹⁹ Una novedad introducida por la LO 14/2003 y desarrollada en el RD 2393/2004, sólo en aplicación de la norma sobre contingente de trabajadores contenida en el art. 39 LOEXIS (art. 81.1 en relación con art. 26. a Regl. *in fine*). En el nivel de la UE varios documentos han hecho referencia a la necesidad de arbitrar este tipo de visado. Destacan el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración (DOCE C 260, de 17 de septiembre de 2001); la mención en el Libro Verde sobre “El planteamiento de la UE sobre la gestión

entrar venga con su salvoconducto oficial –la autorización respectiva–, un documento que acredite que no va a suponer un quebranto para el orden socioeconómico de la sociedad de acogida¹⁰⁰.

En esta cadencia perfectamente calculada, el hecho de que el visado acredite la situación administrativa para la que ha sido concedido enerva las posibilidades de obtención del documento, por cuanto el procedimiento conducente a su obtención sólo será posible una vez se conceda la autorización administrativa procedente¹⁰¹. Esta sucesión opera *de facto* como impedimento para los inmigrantes, aunque indudablemente para la parte contraria, la sociedad de destino, son garantías que coadyuvan a una inmigración de tipo legal. Al menos, aun considerando la sujeción que supone la necesidad de obtención de tal requisito, tras la reforma operada por la LO 14/2003 se ha simplificado, en cierto modo, la tramitación, tanto la autorización procedente como el visado, eliminando la doble tramitación primero del visado en origen, y una vez en España, de la pertinente autorización¹⁰². Aunque en apariencia esta inflación reguladora pudiera hacernos pensar

económica”(COM, 2004, 811 final, p.9) y el Programa de la Haya del Consejo Europeo: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (DOUE C 53, de 3 de marzo de 2005).

¹⁰⁰ Incluso cuando se permite la entrada a los solos efectos de búsqueda de empleo, el visado específico, cuyo establecimiento y número será facultativo, y por supuesto con fecha de caducidad (tres meses a contar desde la entrada en España) sólo se concederá si el solicitante *dispone de recursos suficientes* para no constituir una carga para el Estado español. Por supuesto, el visado hará constar que el trabajador forma parte del contingente de búsqueda de empleo 2008 y, en su caso, el ámbito geográfico y el sector de actividad u ocupación (punto cuarto, B.2 de la Resolución de 26 de diciembre de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 21 de diciembre de 2007, por el que se regula el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario en España para el año 2007 (BOE núm.11, de 12 de enero de 2008).

¹⁰¹ Es decir, lo que importa en sede de autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena es que sólo tras la notificación al empleador o empresario interesado de la resolución de autorización (en un plazo de un mes) el trabajador podrá solicitar personalmente el visado (véase art. 51.6 Regl.). En todo caso, como establece el apartado 5, segundo párrafo, se viene a instituir la supeditación de la eficacia de la citada autorización a la expedición, en su caso, del visado y a la efectiva entrada del extranjero en territorio nacional. Se puede concluir, en conjunto, que el no-otorgamiento de visado priva de efectos jurídicos la autorización pertinente concedida y, asimismo, que la petición de visado sólo es posible, en este caso, previa concesión de la autorización de residencia emitida.

¹⁰² Por todos, Rodríguez Vázquez, “Consideración específica del requisito del visado”, *op. cit.*, p. 360. El órgano consular o diplomático dará traslado de la solicitud de visado, siempre que no se hubiera resuelto la inadmisión o denegación del visado o el archivo del procedimiento, a la autoridad gubernativa competente de la resolución del expediente de autorización, quién, a su vez, podrá requerir un examen previo mediante informe policiales (por ejemplo, art. 35.4 Regl.); circunstancia que nos demuestra de nuevo que la oportunidad es el criterio decisorio en la legislación de extranjería. Lo más curioso es que la resolución favorable de este proceso de autorización –por supuesto la denegación de la autorización produce automáticamente el rechazo de la solicitud de visado– no es vinculante para la oficina consular o misión diplomática que debe resolver la petición de visado, que podrá denegar el mismo, lo que vuelve a acreditar que este documento concentra en su potencialidad el principal obstáculo a la admisión de personas extranjeras.

que estamos ante un intento de facilitar el cumplimiento de requisitos para la entrada, *de facto* está reafirmando un sistema selectivo que es plenamente acorde con la funcionalidad acreditativa y habilitadora con la que ha sido investida esta institución¹⁰³.

En este contexto, como se ha adelantado *supra*, la existencia de un visado específico para *búsqueda de empleo* es novedosa en cuanto flexibiliza la norma general en materia de autorizaciones de residencia y trabajo¹⁰⁴. Este tipo de visado responde a la filosofía de la programación en origen de la inmigración¹⁰⁵. Ahora bien, esta regla especial que suaviza la norma común de obtención de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena en origen no deja de ser selectiva¹⁰⁶. Primero, porque se establece la posibilidad de reservar un número de estos visados específicos para los extranjeros que sean hijos o nietos de español de origen, además de prever la exención de la situación nacional de empleo y la no necesaria remisión a los mecanismos de selección ordinarios de los destinatarios en origen¹⁰⁷. Segundo, para este colectivo de personas no está previsto

¹⁰³ Para Esteban de la Rosa, G., y Molina Navarrete, C., los riesgos para la posición jurídica del extranjero son evidentes, como consecuencia de la falta de claridad de la función y de los efectos de las sucesivas autorizaciones, dado que no queda claro cuál es el documento que “autoriza” (de forma efectiva) la estancia o residencia del extranjero en territorio español. “Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España. Comentarios a la LO 14/2003, de 20 de noviembre”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, nº 251 (2), 2004, p. 89. Desde nuestro punto de vista, no comprendemos esas dudas. El visado es el documento que acredita, que prueba, la situación para la que se ha otorgado.

¹⁰⁴ En cierta forma, el visado para búsqueda de empleo altera la ordenación tradicional del fenómeno migratorio, pues permite entrar en nuestro territorio a una persona que busca recursos económicos mediante la realización de una actividad laboral pero sin contar con el previo contrato ni con la autorización. Véase Molina Navarrete, C., ...[et al.], *La reordenación del régimen de situaciones y de trabajo de los extranjeros en España. Comentario del RD 2393/2004, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000*, Madrid, 2005, p. 27.

¹⁰⁵ Este instrumento, utilizado adecuadamente, puede ser una buena solución para la necesidad de encauzar ordenada y controladamente la mano de obra que requiere nuestro país. Ballester Pastor, *op. cit.*, p. 306. Aunque, en las circunstancias actuales, toda esta filosofía está cuestionada.

¹⁰⁶ *Cfr.* Camós Victoria, I., “Art. 81. Visados para la búsqueda de empleo”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 503.

¹⁰⁷ La exención de la situación nacional de empleo introduce un trato preferente a este colectivo de personas. Camós Victoria, I. “Art. 82. Visados para la búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 508. Además, quedan exceptuados de la provisión de visado de residencia y trabajo si obtienen empleo. En concreto para 2008 se previeron 500 visados para este colectivo de personas, cantidad que podría ser modificada en atención de las necesidades de mano de obra en el año (punto primero, uno de la Resolución de 26 de diciembre de 2007, por la que se aprueba el contingente de trabajadores extranjeros para el año 2007, (BOE núm. 11, de 12 de enero de 2008). No obstante, sorprende que en 2007 (siendo la cifra idéntica) no se emitiera ningún visado de búsqueda de empleo de esta clase [consulta realizada el 19 de abril de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=1304>.

“cupo” alguno limitado a determinados sectores de actividad u ocupaciones en un ámbito territorial concreto (art. 83.1 Regl.), lo que contrasta con el sistema general de cupo que sí establece expresamente la limitación a ciertos sectores de actividad u ocupación¹⁰⁸.

Se plantean muchas dudas respecto de esta incipiente institución. ¿Es aplicable a todos los nacionales o, en la práctica, queda condicionada por la apertura preferente del mercado interno a los nacionales de los Estados con los que se han suscrito acuerdos de regulación de flujos?, ¿a qué tipo de actividad tendrán acceso?, entre otras¹⁰⁹. Por si fuera poco, la potestad administrativa llega hasta el punto de “reservar” un número de estos visados para un ámbito territorial y a un sector de actividad donde existan puestos de trabajo de difícil cobertura y las circunstancias específicas del mercado laboral concernido determinen que los puestos puedan cubrirse de manera más adecuada a través de este sistema (art. 83.1 Regl.). De este modo, se termina por delimitar un sistema de visado de búsqueda de empleo descompensado que se vertebrará, con carácter general, en el plano subjetivo, en virtud de los lazos familiares directos con españoles de origen, y material y territorialmente en función de los acuerdos internacionales de control de flujos para determinados servicios¹¹⁰.

Por otra parte, a las dos funciones del visado, se suma una novedad jurídica introducida por la reforma operada en la norma legal: la supresión de la figura de la exención del visado. Esto es, la desaparición de la dispensa concedida a extranjeros que se encontraban en territorio nacional que, por sus circunstancias excepcionales, justificaba un

¹⁰⁸ Como afirma García San José, “ante el silencio reglamentario, habría que considerar que el visado concede derecho a buscar trabajo en cualquier sector y ámbito [...]”, “El régimen de visados en el nuevo Reglamento de extranjería: ‘los árboles que no impiden ver el bosque’”, *op. cit.*, p. 85; circunstancia que ha sido confirmada *de iure* en el acuerdo de contingente de 2007, en el que se establece que estos visados no contemplarán restricción alguna en cuanto a ámbito geográfico ni sector de actividad u ocupación (punto tercero, B.3 *in fine*).

¹⁰⁹ Aunque el punto segundo, 4.3 de la Resolución que aprueba el contingente para 2008 indica que las ofertas “se cursarán preferentemente a los países con los que España tiene suscritos acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos migratorios”, en el mismo se indica expresamente que “la Dirección General de Inmigración podrá autorizar la tramitación de ofertas a países con los que España no tenga suscrito acuerdo sobre regulación y ordenación de flujos migratorios, cuando no sea posible obtener en aquellos candidatos adecuados o concurran otras circunstancias que lo justifiquen”.

¹¹⁰ Véase punto segundo de la Resolución de 26 de diciembre de 2007, por la que se aprueba el contingente de trabajadores extranjeros para el año 2008 y las específicas normas para trabajadores de temporada incluidas en los Acuerdos internacionales bilaterales de ordenación de flujos. En definitiva, estamos ante un nuevo instrumento que profundiza en el carácter mercantil del hecho migratorio: una vía más para satisfacer las necesidades del mercado. Molina Navarrete ...[et al.], *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, 2005*, *op. cit.*, p. 263.

trato particular¹¹¹. Esta técnica fue elaborada inicialmente por la jurisprudencia y configurada después en sede normativa para evitar el viaje del extranjero al país de origen para recoger el citado documento, si tal viaje resultaba muy difícil o desproporcionado por las circunstancias personales, cuando se encontraba en situación irregular en nuestro país. La introducción por el legislador de nuevos tipos de autorización de residencia temporal (por situación de arraigo, por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente), se ha aprovechado para no hacer exigible el visado en estos particulares casos (art. 31.4 y 25.4 LOEXIS y art. 45 Regl.)¹¹². En todo caso, la reforma legal es meramente formal, con escasos efectos prácticos, en cuanto la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, por su propia naturaleza jurídica, viene a dejar sin sentido una exención que es perfectamente susceptible de ser subsumida en la nueva figura legal introducida, aunque la doctrina no es pacífica en este aspecto¹¹³.

La estricta red de visados exigibles, con carácter general, en función de la situación administrativa para la que se otorgan, sólo se excepciona en la medida en que el Estado y la UE, en el ámbito de sus competencias, lo crean conveniente. Siendo este sector jurídico por su propia naturaleza eminentemente excepcional, no podemos dejar de afirmar que las salvedades al cumplimiento de la obligación de posesión del visado coadyuvan, cuando

¹¹¹ El art. 49 del RD 864/2001 establecía, con carácter excepcional, la posibilidad de la exención junto a la concesión inicial de un permiso de residencia de conformidad con lo dispuesto en el antiguo art. 31.7 LOEXIS (apartados 1 y 2) para el entonces denominado “permiso de residencia”. Esta supresión se ha visto justificada por la nueva función del visado, aunque en la práctica se ha pretendido “atacar” la vía de regularización de hecho que suponía la figura de la exención. Hay que tener en cuenta, además, lo dispuesto en el párrafo segundo art. 25 LOEXIS, tras su modificación por la LO 14/2003, cuya cláusula de salvedad actúa como regla especial cuando no excepcional y que se acompaña de la nada clarificadora alusión a la tarjeta de residencia o, excepcionalmente, autorización de regreso.

¹¹² La continua cadencia de procesos de regularización ha desvirtuado parte del sentido de estas normas excepcionales. En esta materia nos detendremos, de manera especial, en el capítulo quinto de este trabajo.

¹¹³ Véanse Santolaya Machetti, “España”, *op. cit.*, pp. 255-256; Ballester Pastor, *op. cit.*, p. 240 y ss. En contra, para Arce Jiménez la desaparición de la figura de la exención de la figura del visado resulta más que discutible tras la lectura del procedimiento de visados que realiza el Real Decreto 2393/2004. “Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar”, *op. cit.*, p. 263. Trinidad García y Martín Martín nos indican que la causa principal de la eliminación de la exención que se establecía en la regulación legal anterior a la LO 14/2003, es la pérdida sobrevenida de su sentido, dada la nueva función adicional de acreditación de la situación legal del extranjero en nuestro país, ya que la regularización, que existía en la práctica por exención de visado, se ha transformado en las circunstancias excepcionales previstas para la obtención de la autorización en el art. 31.3 LOEXIS y 45 Regl, *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, *op. cit.*, p. 39.

menos, a favorecer la admisión de unos extranjeros en detrimento de otros¹¹⁴. Es cierto que pretenden suavizar la naturaleza onerosa del acceso a la comunidad, pero también contribuyen ciertamente a profundizar las posibilidades de pertenencia de quienes no pueden acogerse a esa liberación de condicionantes jurídicos.

La no exigencia de este documento sigue la estela del más absoluto utilitarismo. En este sentido, las consideraciones etno-culturales o históricas ceden paso al pragmatismo más aséptico. La legislación comunitaria en materia de visados no duda en institucionalizar esa práctica selectiva, mediante la mención expresa de nacionales de terceros países que deberán estar provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros (art. 1.1 Reglamento 539/2001 ya citado). Con la distinción entre nacionales de terceros países que necesitan visado para cruzar las fronteras exteriores de la Unión y los exentos, para estancias no superiores a tres meses, la UE viene a estatuir una “lista negra” de nacionales de terceros países¹¹⁵. Por supuesto, la lista se actualiza en función proporcional de la presión migratoria¹¹⁶. Buen ejemplo de ello es la inclusión de Bolivia, Colombia o Ecuador entre los nacionales a los que resulta exigible el visado de entrada¹¹⁷. Para ello, se les califica directamente como “potenciales irregulares”, seres sin presunción de inocencia alguna a los que habrá que perseguir desde el primer instante con el objeto de que sepan que no son bienvenidos mientras al Estado de destino no le interese acoger más fuerza de trabajo.

En el mejor de los casos, la inclusión de un nacional en la antitética lista “blanca” incluida en el Anexo II del citado Reglamento queda condicionada a la no afectación del

¹¹⁴ Los supuestos en los que no es necesaria la provisión de visado, con la excepción que se indica *infra*, atienden a un presupuesto básico: la previa residencia legal en España, entendiendo el concepto en el estricto sentido jurídico que le otorga la legislación de extranjería, sin perjuicio de las excepciones previstas en tratados internacionales o en el marco de la UE (art. 25 LOEXIS), y dejando a salvo a los estantes por razón de estudios.

¹¹⁵ La restricción, en la forma de lista “negra”, de nacionales a los que se requiere visado de entrada en el territorio de la UE, es una forma de armonización de los requerimientos impuestos por los Estados miembros. Meloni, “The development of a common visa policy under the Treaty of Amsterdam”, *op. cit.*, pp. 1358 y 1365.

¹¹⁶ Nada más lejos del principio de proporcionalidad como criterio hermenéutico en la restricción del derecho a la libre circulación; *cf.* el comentario a la praxis jurisprudencial del TEDH que realiza Arenas Hidalgo, “La libertad de circulación en el territorio de los Estados”, *op. cit.*, pp. 866-877.

¹¹⁷ Consúltense la denuncia de los Canjes de Notas citados *supra*.

principio de reciprocidad¹¹⁸. Y es que, la imposición, por uno de los terceros países incluidos en la lista del anexo II, de la obligación de visado para los nacionales de un Estado miembro dará lugar a la aplicación de las disposiciones que contiene el art. 1.4 del Reglamento (CE) 851/2005, que modifica al Reglamento (CE) 539/2001¹¹⁹. Además, en una operación de verdadera esquizofrenia jurídica, los Estados miembros podrán establecer, como se indicó *supra*, excepciones a la propia exención de visado para las personas que ejerzan una actividad remunerada durante su estancia (art. 4.3)¹²⁰.

Por otra parte, esta institución, pensada y estructurada para sistematizar la ordenación de extranjeros en origen, deja de tener sentido jurídico-político cuando la persona se encuentra ya en el territorio de acogida en situación “irregular”, pues la inexistencia de una previa autorización que acompañar a la solicitud de visado vacía su “legitimidad” para realizar el *petitum* a la candidatura de “admisible” en la sociedad de destino.

La no necesidad de visado en las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales (que llevan implícita además una autorización de trabajo en

¹¹⁸ Indudablemente se excluye de la relación de la “lista negra” de nacionales a los que se les exige visado para estancias no superiores a tres meses a los nacionales de países que, aplicando el principio de reciprocidad, excluyan de la obligación a los nacionales de Estados miembros. Sin embargo, esta regla no es de estricta aplicación en cuanto países como Estados Unidos, etc., mantienen la exigencia de visado para los comunitarios, mientras la entrada en el espacio UE de nacionales de esos países es muy permisiva.

¹¹⁹ Un avance de los primeros resultados de esta cláusula de reciprocidad están contenidos en el Informe de la Comisión al Consejo relativo a la reciprocidad respecto de determinados terceros países en materia de exención de visado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 del Reglamento (CE) n° 851/2005 del Consejo, de 2 de junio de 2005, que modifica el Reglamento (CE) n° 539/2001 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación en lo que respecta al mecanismo de reciprocidad [COM (2006) 3 final - no publicado en el Diario Oficial]. Este informe fue posteriormente completado, con el Segundo y Tercer Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el mantenimiento por determinados terceros países de la obligación de visado infringiendo el principio de reciprocidad de conformidad con el artículo 1.5 del Reglamento (CE) n° 539/2001 del Consejo por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación, modificado por el Reglamento (CE) n° 851/2005 en lo que respecta al mecanismo de reciprocidad, COM (2006) 568 final, de 3 de octubre y COM (2007) 533 final, de 13 de septiembre, respectivamente.

¹²⁰ Es el caso de los estudiantes o investigadores autorizados a trabajar en las condiciones previstas reglamentariamente en el Derecho español. Respecto al colectivo de estudiantes habrá que estar también a la futura transposición de la Directiva del Consejo 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOCE L 375, de 23 de diciembre de 2004), que tendría que haberse producido antes del 12 de enero de 2007, aplicable para estancias superiores a los tres meses (art. 1), bajo una serie de condiciones generales (art. 6) y requisitos específicos (art. 7), cumplidos los cuales se expedirá un *permiso de residencia* por un período de un año al menos, renovable si su titular sigue satisfaciendo las condiciones de los artículos 6 y 7.

los supuestos de arraigo [45.2 Regl.] y por razones de protección internacional [según lo dispuesto en el art. 45.3 Regl. en relación con el art. 31.3 Regl. de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado], salvo para los menores de edad), es correcta desde el punto de vista práctico¹²¹. No obstante, la ausencia de sometimiento previo al juicio personal de control del representante de la sociedad de acogida en su país de origen no deja de resultar algo “ventajosa” para las personas que, acreditando la permanencia continuada y su arraigo, especialmente laboral, en la sociedad de destino, pasan a tener el mismo tratamiento que los extranjeros que se encuentran legalmente y que tuvieron la necesidad de proveerse del visado correspondiente. En todo caso, la consideración jurídica del arraigo como circunstancia que enerva la provisión de visado certifica una situación de hecho como es la presencia del inmigrante entre nosotros. Ahora bien, esa presencia física no equivale, desde el punto de vista filosófico-político, a una aceptación ética. La zona de indiferencia donde queda situado el extranjero inmigrante, que en algunas ocasiones ni siquiera la adquisición de la nacionalidad disuelve, viene precisamente a poner de manifiesto que la pertenencia de estas personas se caracteriza por un “estar en tierra de nadie”, es decir, en esa zona donde estar incluido y excluido se confunde¹²².

Resumiendo, todos los elementos jurídicos analizados en este subepígrafe convierten a la figura del visado en el paradigma de la política normativa de admisión, una política que tiene como objetivo principal decir al aspirante a formar parte de la comunidad de destino que sólo se admitirá a quien se quiera y sólo cuando quiera el Estado como titular del poder de reserva. O, lo que es lo mismo, el visado se constituye simbólicamente en un elemento constitutivo de la cultura del control y del dominio de la posmodernidad que informa el Derecho de extranjería, de un poder que maximiza su función de autodefensa, su dominio sobre aquellos a los que considera “extraños”. Con esta finalidad no deja de ser sintomático que el procedimiento para la obtención del visado se caracterice por el predominio de categorías que son ejemplo de todo menos de un Estado de Derecho:

¹²¹ Pues lo que se pretende es dar fuerza legal a una situación jurídica de permanencia irregular consolidada en el tiempo.

¹²² Nos remitimos al estudio de las consecuencias jurídico-políticas del arraigo como criterio de salida de la invisibilidad jurídica que se realiza en el capítulo quinto.

inseguridad jurídica, escasa operatividad de los controles prácticos de la interdicción de la arbitrariedad de los órganos decisorios, entre otros¹²³.

2. El visado, una apología de la discrecionalidad

El visado simboliza ese momento en el que el potencial inmigrante hace dejación forzada de su *ius migrandi*. El *ius migrandi* se detiene en el trámite del visado. En esta instancia administrativa el candidato a inmigrante es sometido a una prueba de admisión, de la que sólo saldrá indemne si la verificación acerca de qué viene a hacer al territorio español satisface al órgano consular que lo concede.

El legislador no se ha conformado con introducir una prolija casuística de visados. El entramado burocrático conducente a su obtención viene a coadyuvar, profundizando, en la selección previa de candidatos a ingresar en la comunidad nacional que se inició con el previo expediente de autorización de entrada y permanencia en nuestro territorio¹²⁴. Con el fin de que ningún extranjero con obligación de proveerse del mismo se escape a tan “generosa” prueba de supervisión y escrutinio personal, como primer estadio de la pre-ciudadanía, se eleva a “razón de Estado” la compulsión sobre las personas, cuando lo que tendría que garantizarse es prioritariamente la defensa de sus derechos¹²⁵.

El procedimiento de concesión es una “apología” de la discrecionalidad, de la interpretación interesada de la norma¹²⁶. El poder que se reside en el órgano consular de turno es una manifestación soberana que pone en cuestión los principales derechos de

¹²³ Un análisis crítico del procedimiento especial de extranjería *en general* y su relación con los parámetros de racionalidad y proporcionalidad, en Añón Roig, “Igualdad y procedimiento administrativo especial para los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 6 y ss.

¹²⁴ El Regl. LOEXIS no ha regulado un único procedimiento de solicitud y expedición del visado, encontrándose normas de procedimientos especiales en cada uno de los títulos de entrada y permanencia del extranjero, aunque en su DA Sexta incluye algunas normas comunes.

¹²⁵ Véanse las observaciones sobre esta noción realizadas en el capítulo primero.

¹²⁶ “Nos encontramos ante un régimen [el del procedimiento conducente a la concesión del visado] que dista de reflejar los parámetros normalizados de actuación de las administraciones públicas”, Santolaya Machetti, “España”, *op. cit.*, p. 247. Una crítica al procedimiento general en materia de visados, en Arce Jiménez, “Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar”, *op. cit.*, pp. 264- 268.

los solicitantes de visado¹²⁷. La presunción de inocencia se ha invertido, transformándose en presunción de culpabilidad¹²⁸. El examen que se realiza en origen es una expresión de la prepotencia soberana del Estado con quienes no son sus ciudadanos. Un órgano administrativo en el exterior es investido de la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado con escasísimas posibilidades de revisión en la práctica¹²⁹. Ese órgano determina, con no poca carga de discrecionalidad y lindante en no pocas ocasiones con la arbitrariedad, el futuro personal y social de una persona¹³⁰.

El interesado en trabajar en España tendrá que desactivar, hasta sus últimos límites, el arraigado convencimiento de presunción de fraude que es el principio rector mayoritario de los órganos administrativos en materia inmigratoria¹³¹. De otra manera no se entendería

¹²⁷ Es verdad que la discrecionalidad está sujeta a control jurisdiccional, aunque realmente las posibilidades prácticas de recurrir judicialmente una denegación de visado disminuyen al ser un trámite que se realiza fuera del territorio nacional. Además, las especialidades contenidas en el procedimiento de expedición de visado pueden dejar sin contenido algunos derechos fundamentales del administrado que consagra la LRJPAC. Molina Navarrete, ...[et al.], *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, 2005, op. cit.*, p 80.

¹²⁸ Como recordara De Lucas Martín, F., J., "Sobre la gestión de la multiculturalidad que resulta de la inmigración: condiciones del proyecto intercultural", en Rodríguez Palop, M., E.; Campoy Cervera, I.; Rey Pérez, J. (edit.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, 2006, p. 84.

¹²⁹ Cfr. Trinidad García, M., L., "Disposición Adicional Sexta. Procedimiento en materia de visados", en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, pp. 960-961.

¹³⁰ Como afirma Rodríguez Candela, J., L., "la concesión de visados ha sido un acto discrecional de la Administración, excepto los supuestos de reagrupación familiar, pero discrecional no es lo mismo que arbitrariedad. Y la Ley 8/2000 lo que pretende es que las resoluciones puedan ser arbitrarias y no discrecionales [...]. No puede haber discrecionalidad entre una solución justa y una solución injusta [...] eso es arbitrariedad administrativa. Ésa es la diferencia. La discrecionalidad es entre dos soluciones justas, usted opta por cualquiera de ellas. Es decir, si es justo no conceder el visado y también es justo conceder el visado usted opta discrecionalmente por la que quiera. Pero, por ejemplo, en supuestos de visados de abuelos, y es bastante habitual que quieren venir a conocer a sus nietos que han nacido en España, ha dicho ya el Tribunal Supremo de forma clara y reiterativa que solamente hay una solución justa al caso. Usted no puede privar a un abuelo a venir a visitar a su nieto al territorio nacional". *La inmigración, una alternativa solidaria* [consulta realizada el 18 de abril de 2005], disponible en http://www.fda.comin.org/seminaris/2001_immigrants/rodriguez_esp.pdf, p. 4. El problema presente en el Derecho de extranjería en general, y en el visado en particular, es que se confunden más de lo deseable ambos conceptos en cuanto resulta difícil de legitimar en justicia una decisión como la que se documenta con el visado cuando no existe, en la mayoría de los supuestos, necesidad de motivación.

¹³¹ Los letrados de CEAR, Cáritas o Rumiñahui, de la asociación marroquí Atime y de la ONG SOS Racismo insisten en que la ley exige que las denegaciones sean motivadas, pero los consulados abusan cada vez más de la discrecionalidad y, últimamente, las resuelven con una frase ritual, que varía según el país. Si en Ecuador se refieren a la falta de acreditación documental, y en Senegal a que no hay constancia del vínculo familiar, en Marruecos utilizan una fórmula sorprendente: "Existen indicios suficientes para dudar de los motivos alegados para la solicitud del visado, y que la finalidad no es la reagrupación en sí, sino que ésta no es sino un medio para adquirir la nacionalidad española". "La lotería de la reagrupación: los abogados denuncian arbitrariedades en la concesión de visados a familiares de extranjeros", noticia publicada en el diario El País de 30 de junio de 2008, también disponible en la versión digital en www.elpais.com.

el *via crucis* en que se ve inmerso quien osa iniciar este procedimiento. La sujeción de la concesión a una serie de conceptos jurídicos indeterminados tasados en la legislación de extranjería, de interpretación flexible, supone una forma discrecional de restricción interesada¹³². La formulación imprecisa es utilizada para el control público de los flujos de personas extranjeras que, aunque sometida a fiscalización de los tribunales, enerva cualquier mínima consideración de los derechos y la seguridad jurídica del solicitante¹³³. Y es que los requisitos y condiciones que se prescriben en el procedimiento de obtención del visado actúan, en la práctica, a modo de impedimentos a la admisión.

Todos los conceptos jurídicos que dan su perfil a esta institución jurídica se caracterizan por su indeterminación, por su vaguedad de contenido: ¿Qué concreción tiene para el legislador la política exterior, por ejemplo?¹³⁴. La admisión de una persona queda imposibilitada *de facto*, en la mayoría de los casos, por el simple hecho de la posesión de una nacionalidad “sospechosa” (por ejemplo, para una estancia corta, al estar entre los nacionales de países a los que se insta la provisión de visado para estancias inferiores a tres meses en las normas reglamentarias comunitarias). No deja de resultar llamativo que el simple cumplimiento de un requisito jurídico como la acreditación de la nacionalidad sea suficiente para la libre circulación de los “beneficiarios del Derecho comunitario” y, en cambio, para el resto cualquier referencia a exigencias jurídicas quede complementada con la alegación de conceptos de complejo control judicial¹³⁵.

La instrumentalización de la entrada de un extranjero inmigrante en nuestro territorio queda testimoniada con el cumplimiento de unos requisitos que escapan a cualquier

¹³² De hecho, como afirma García Vázquez, el Derecho de extranjería funciona en los bordes del Estado y, con más frecuencia de lo que sería deseable, en los márgenes del Derecho, *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España, op. cit.*, p. 317.

¹³³ Se echa de menos la enunciación de criterios objetivos no susceptibles de las más variadas interpretaciones. Sobre el valor preponderante de la seguridad jurídica, Fernández García, E., “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, en López García, J., A., y Del Real, A. (edit.), *Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho*, Madrid, 2000, pp. 116-117.

¹³⁴ Entra dentro de ese concepto que unas mujeres no den el perfil para que el cónsul le conceda el visado, como resalta la noticia publicada en www.libertaddigital.com el 26 de mayo de 2006. Al menos, aunque tarde, algunos casos se solucionan, como el del hermano de un ecuatoriano hospitalizado en España que a la tercera solicitud lo consiguió. Véase el artículo publicado en el digital www.elpais.com “El visado que costó dos meses de agonía” de 18 de abril de 2007[consulta realizada el 25 de mayo de 2007].

¹³⁵ La exigencia de visado de entrada para los familiares de los nacionales comunitarios a los que resulte de aplicación las normas sobre libre circulación y residencia comunitarias, aparte de la aplicación de la cláusula de exención prevista para los nacionales incluidos en el Anexo II del Reglamento 539/2001 y sus sucesivas modificaciones, responde a una distinta filosofía: la facilitación de la condiciones de entrada con la simple acreditación de la relación familiar. Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo segundo.

mínima seguridad jurídica, abierta en su mayoría a consideraciones de coyuntura o de *Realpolitik*; por lo tanto susceptibles de una exegética flexible sin necesidad de adaptación de las reglas legislativas al respecto. Este carácter lato de los conceptos indeterminados es un punto de apoyo para una hermenéutica flexible y variable que corresponde en todo momento a la Administración. Este hecho incrementa, por ende, las dificultades para la realización efectiva de las garantías procesales de unas personas que, al no disponer de documento de entrada, no pueden ejercer, en la práctica, su derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 CE.

El cúmulo de requisitos al que tiene que atenerse el extranjero inmigrante si quiere superar este filtro de acceso a la sociedad de destino, sea cual sea su amplia tipología, constituye un complejo escrutinio personal de admisión¹³⁶. En el reinado de la discrecionalidad, sobre el que se construye el control inherente al procedimiento de concesión del visado, la “primera instancia” en el derecho de entrada que se reserva el Estado se reconvierte de forma sospechosa en “segunda instancia”, una circunstancia legal definitoria de su naturaleza jurídica. De este modo, en casos como el visado de reagrupación familiar, el órgano consular, no contento con el “juicio” al que fue sometido y superó el titular del derecho cuando obtuvo la correspondiente autorización y visado, vuelve a reiterar esa prueba de aptitud sobre el propio familiar que antes ha debido obtener la autorización de residencia por reagrupación, además con una fecha de caducidad para hacer acto de presentación ante el mismo¹³⁷. Se puede aducir que el visado se está

¹³⁶ El catálogo de requisitos exigibles adquiere ligeras matizaciones dependiendo del tipo de autorización al que se asocia. Con las precauciones que se deben observar, por las distintas puntualizaciones que se pueden realizar dentro de cada modalidad, podemos decir que el visado de residencia temporal en sus distintas variantes concentra toda la problemática selectiva. No obstante, los visados de estancia (dejando a salvo las peculiaridades del visado para búsqueda de empleo), que habilitan para permanecer hasta un periodo máximo de tres meses, y que habitualmente son los que utilizan los turistas, requieren justificar el objeto del viaje y las condiciones de la estancia prevista; la disposición de medios de subsistencia suficientes para el período que se solicita; un seguro médico; la disposición de alojamiento en España durante la estancia, y las garantías de retorno al país de procedencia, entre las que deberá aportarse un billete de ida y vuelta con una fecha de retorno cerrada que no sobrepase el período de estancia máxima autorizado (art. 28.1 Regl.). *De facto* se pueden convertir en el instrumento oportuno para, una vez superado el control de entrada, permanecer de forma irregular en el territorio. Y es que por muchas precauciones que incorpore la norma (arts. 28.2 y 3), la tentación de quedarse y renunciar al billete de vuelta es muy atrayente para personas que formalmente acreditan ser turistas pero que real o potencialmente pueden acabar siendo mano de obra explotada. En todo caso, los requisitos expresan la ausencia de riesgos que asume el mercado interno para admitir al extraño.

¹³⁷ El plazo para la solicitud de visado por parte del reagrupado es de dos meses contados desde la notificación al reagrupante de la concesión de la correspondiente autorización de reagrupamiento (art. 43.1 Regl. LOEXIS).

exigiendo ahora al reagrupado, persona distinta de la que lo obtuvo en primer momento. Este argumento sería plausible si la institución de la reagrupación no se caracterizara por lo que debe ser, una garantía de la unidad familiar. Si el reagrupado sigue en su condición personal y económica al reagrupante, el control de acceso no tendría que detenerse en cuestiones ya determinadas en primera instancia respecto al cabeza de familia¹³⁸.

Por otra parte, se reitera la doble revisión para quienes tienen que retornar a su país para obtener un visado de residencia temporal o de residencia temporal y trabajo por haber visto extinguida su autorización de estancia en territorio nacional¹³⁹. Esta circunstancia introduce un nuevo impedimento para la consolidación del estatuto legal de un inmigrante sólo por el hecho de la calificación administrativa de su situación previa en el territorio nacional¹⁴⁰. La norma reglamentaria interna prevé, como regla general, que los visados de residencia temporal para la realización de actividades laborales y de residencia temporal, en su caso, no sean exigibles para quienes modifiquen su situación legal en España. La regla es coherente con la propia función originaria del visado: fiscalizar la primera entrada en el país. Sin embargo, la ruptura de la estrecha relación entre visado y entrada en el país viene a añadir una nueva advertencia al inmigrante que pretenda mantener su estatuto legal cambiando de situación administrativa: la posesión de un visado previo no garantiza que no sea exigible un nuevo examen en origen¹⁴¹.

¹³⁸ Aunque la reunificación familiar como criterio material de admisión será objeto de tratamiento pormenorizado en el capítulo cuarto, hay que adelantar la renuncia de la legislación de extranjería interna por este tipo de migración. *Cfr.* Arce Jiménez, “Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar”, *op. cit.*, p. 268.

¹³⁹ Esta regla general mantiene una excepción que se sintetiza en el tránsito de la situación de estancia por estudios a la de residencia temporal y trabajo, recogida en el art. 95 y 49.3 Regl. LOEXIS, extensible lógicamente a la autorización de residencia temporal que, en su caso, se conceda a los familiares de los mismos.

¹⁴⁰ Más paradójica cuando el extranjero en situación de estancia es el cónyuge de un residente legal. Opina Quirós Fons, A., que para evitar el gravamen del regreso, en este concreto caso al país de origen para la obtención del visado de residencia, puede elaborarse una previsión de excepcionalidad en el ámbito del Título IX del Regl. LOEXIS, sobre “Modificación de las situaciones de los extranjeros en España”, como contenido de Instrucciones dictadas por el Consejo de Ministros, con base en la Disposición adicional primera, apartado cuarto Regl. *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, Murcia, tesis doctoral, 2006 [consulta realizada el 20 de septiembre de 2007], disponible en www.tdr.cesca.es/TDX/TDR_UM/TESIS/AVAILABLE/TDR-0920106-135136//QuirosFons.pdf, p. 292.

¹⁴¹ En el capítulo cuarto analizamos la problemática de la política de retorno como parte del criterio económico de selección de inmigrantes. Uno de los ejemplos que más enervó la lógica del Derecho de extranjería se produjo en 2001 con el proceso ilógico de retorno de cientos de ecuatorianos irregulares para proveerse de visado en su país de origen.

En concreto, para el titular de una autorización de estancia general que pretenda continuar legalmente en España, el visado extiende sus efectos a la fiscalización de la permanencia en destino. El requerimiento es expreso y contundente: quien no retorne a su país de origen y reinicie los trámites es excluido del mundo de los legales. La onerosa vuelta o retorno al país de origen, que ha de realizar aquel extranjero en una situación de estancia legal en nuestro país (salvo para los que pretendan la modificación de la situación de estancia por estudios a la situación de residencia y trabajo y cumplan las condiciones previstas en el art. 95.1 Regl.), es una especie de “segunda reválida” a la que tiene que someterse la persona que ha permanecido, aunque sea poco tiempo, en nuestro país. Resumidamente, es una reminiscencia burocrática de una legislación pensada desde el no-derecho de las personas¹⁴².

La retroacción del titular de la estancia a su situación inicial y, por consiguiente, a tener que pasar un nuevo examen de aptitud en la oficina consular de origen, que bien poco podrá aportar desde el punto de vista práctico, es un símbolo de la indigencia moral, una síntesis de la sinrazón jurídica de un sistema que encuentra su justificación en sí mismo, no en los derechos de las personas. El Estado del no-Derecho para los extranjeros inmigrantes contraviene principios jurídicos fundamentales de un Estado constitucional y democrático de Derecho. La administración exterior española se arroga un derecho al doble juicio, legitimado por la reserva de admisión que posee el Estado, situando al dominio sobre las personas en el centro de su actuación. ¿No sería más legítimo y operativo que *de lege ferenda* se suprimiera ese trámite costoso y atentatorio a los derechos de la persona, teniendo en cuenta que la autorización que se conceda implicará *per se* un control de la situación de la persona? En el fondo, por mucho que el poder soberano del Estado sacralice la presunción de fraude del inmigrante que ha entrado con un visado de estancia, se contraviene cualquier regla jurídica lógica. Si lo que se quiere es establecer unas pruebas de cargo contra el solicitante, puede hacerse en destino por medio de la autorización que está obligado a instar para continuar siendo legal.

La economía procesal y la garantía efectiva de los derechos deberían actuar como un acicate para la permanencia legal del inmigrante con la simple activación del requisito de

¹⁴² Desde el punto de vista legal, es el producto de la desconexión de la situación de estancia y la de residencia. Jiménez García, “Definición de estancia”, *op. cit.*, p. 200.

la autorización administrativa pertinente. Contrariamente, se procede a requerir a la persona que salga del país, bajo amenaza de expulsión, que asuma el coste del viaje de regreso y que se enfrente al riesgo calculado de dejar desafectados sus derechos de una tutela jurídica efectiva, todo con el objetivo de que se practique desistimiento voluntario a un posible retorno¹⁴³. ¿Podrá mantener el inmigrante laboral, una persona de pocos recursos económicos, un litigio contra una denegación de visado desde su país de origen?, ¿será capaz de asumir el coste del viaje de ida y vuelta, en el mejor de los casos? Todo este ejercicio de huida de la lógica jurídica tiene una agravante: el trato diferenciado en otras situaciones como las previstas en el art. 95.1 Regl. LOEXIS en relación con el art. 49.1.3 y que, desde nuestro punto de vista, no justificarían tan antitética prescripción, cuando *de lege ferenda* se puede disponer de instrumentos precisos como la autorización de permanencia que proceda para remediar la presunción de desconfianza hacia el “otro”. Lo que pone de manifiesto toda esta regulación “disuasoria” es el demérito de una democracia autodenominada garantista¹⁴⁴.

En cuanto a las condiciones subjetivas y espaciales de la presentación de solicitudes de visado, el legislador es restrictivo en un nuevo gesto de desconfianza hacia el foráneo. Se admite que, incomprensiblemente, no se tenga en cuenta la misma causa justificativa de aplicación del criterio excepcional para la presentación por representante para la recogida del documento ya emitido, en todas sus variantes, cuando no se resida en la población en la que tenga su sede la misión diplomática u oficina consular y se acrediten razones que obstaculicen dicho desplazamiento. En cambio, esa causa sí se mantiene para los casos de visado de estancia, tránsito y de residencia por reagrupación familiar de menores¹⁴⁵. Esta circunstancia, que es comprensible quizá respecto a los supuestos de visado de residencia

¹⁴³ No conviene olvidar que los derechos no crean el conflicto, sino que constituyen la condición previa, necesaria aunque, desde luego, insuficiente, para que haya una política y una realidad social de integración. Y, además, son universales, de todos, sin condición, o no son derechos humanos. Véase De Lucas Martín, “Globalización, migraciones y derechos humanos. La inmigración, como *res política*”, *op. cit.*, p. 28; Pérez-Luño, *op. cit.*, p. 66.

¹⁴⁴ La devaluación de los derechos fundamentales de los inmigrantes no es más que una reducción en la calidad de nuestras democracias, una reformulación a la baja del Estado de Derecho que ha de ser cuestionada, criticada y combatida con propuestas constructivas por los que, al menos de momento, tenemos capacidad de participar en la vida pública. Solanes Corella, “Integración sin derechos: de la irregularidad a la participación”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁵ *Cfr.* Puerta Vilchez, J., M., y Ureña Salcedo, J., A., “Comentario a la Disposición Adicional tercera, glosada conjuntamente con la DA Primera”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 1360.

temporal y trabajo, en cuanto se le supone al futuro candidato a ingresar en el mercado laboral interno la aptitud para retirar el documento, no se entiende respecto al familiar de un inmigrante legal en España que, aún en condiciones físicas no óptimas, tendrá que personarse indefectiblemente para hacer acto formal de retirada de su visado, si no quiere que se le considere que ha renunciado al visado concedido (arts. 35.8; 43.5; 51.10 Regl., *inter alia*)¹⁴⁶.

Otro signo de discrecionalidad es la potestad de la oficina consular o misión diplomática en cuestión para “interrogar” al interesado sobre los datos aportados¹⁴⁷. La facultad para requerir la presencia personal del solicitante es una manifestación de un poder que linda peligrosamente con la arbitrariedad (DA 3ª *in fine* Regl.), y que resulta más inquietante desde el instante en que además la entrevista personal aparece constituida como complemento, y no alternativa, a esa comparecencia forzada. No obstante, determinados extranjeros gozan de ciertos “privilegios” al no estar sometidos al requerimiento de comparecencia personal: se trata de los nacionales de terceros países con los que hay suscrito acuerdo o convenio internacional en materia de ordenación de flujos migratorios y que afecta a los procedimientos de contratación colectiva en origen de los trabajadores. Su causa es la constitución de este tipo de migración en criterio material prioritario de admisión¹⁴⁸.

La inquisitorial prueba de cargo de afiliación identitaria se completa con la habilitación de la misión diplomática u oficina consular para requerir informes, además de la documentación que sea preceptiva, si mediara una causa que lo justifique (DA Sexta, 3ª). ¿Quién determina qué causa es suficiente?, ¿no es el propio órgano resolutorio el que se arroga la *potestas decidendi* para establecer cuándo existe un motivo que justifique tal o

¹⁴⁶ Este recelo hacia el extraño que “llama por primera vez a la puerta” del mundo desarrollado, contrasta de forma preclara con la situación del nacional al que se le permite que autorice a tercera persona para recoger su D.N.I. o, sin ir más lejos con el extranjero que ya ha superado el filtro y que sólo tiene que someterse a la renovación de su autorización.

¹⁴⁷ *Cfr.* art. 35.3 y art. 51.8. Regl. Al respecto, el lenguaje de desarrollo de la LOEXIS se refiere a comprobación de identidad, de la validez documental y de veracidad de los motivos del solicitante. Estamos en presencia de una prueba más del juicio de admisión al que es sometido el candidato a residente legal en nuestro país, juicio al que tiene que responder si aspira a integrarse en la pre-ciudadanía jurídica constituida por los residentes legales extranjeros. Las intervenciones preceptivas de las autoridades gubernativas, aunque no son vinculantes para el órgano decisor (la oficina consular correspondiente), *de facto* determinan el sentido de la resolución.

¹⁴⁸ Nos remitimos a lo indicado en el capítulo cuarto.

tales peticiones? Estas preguntas tienen una respuesta clara: el visado es el principal documento selectivo del sistema jurídico de extranjería. En último término, en esa “isla” de territorialidad que simbolizan las autoridades diplomáticas y consulares, el extranjero es sometido a un examen que traspasa cualquier condicionante de política normativa para unificarse en la más profunda renuncia voluntaria de sus raíces; un sustrato del que debe apostatar para garantizarse al menos engrosar la lista de “parias” en las sociedades llamadas del bienestar y que se disimula bajo el velo de la seguridad nacional¹⁴⁹.

Asimismo, el legislador incide en un requisito que se reproduce en el posterior control fronterizo y que ya ha sido indicado: el requerimiento de la acreditación de medios de vida suficientes cuando no se acredite la posesión de una autorización de trabajo. Un extranjero inmigrante tendrá que demostrar que tiene solvencia económica o, en su defecto, que es apto laboralmente para no perturbar la presunta economía de mercado, en la que se va a convertir en un factor productivo más¹⁵⁰. En cierto modo, la mercantilización del inmigrante es el resultado del desinterés por el legado social y personal que trae consigo¹⁵¹. La ontología del migrante laboral está constituida sobre la clausura del Estado de bienestar. La sociedad de acogida se preocupa por el inmigrante como mercancía o, como mucho, en consideración a su capacidad de garantizar su manutención y alojamiento sin “estorbar” al Estado benefactor.

También los familiares de los “legales” saben a ciencia cierta de las muchas dificultades que tienen que salvar, cuando lo consiguen, para reunirse con su pariente en España. Nuevamente los conceptos jurídicos indeterminados que quedan a la valoración discrecional de los poderes públicos se instituyen en dogma de la admisión. Es sumamente

¹⁴⁹ La reconstrucción del valor seguridad como axioma político es inscrito en una semántica que anuncia un mundo descrito y percibido como riesgo. Pérez Cepeda, “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, *op. cit.*, 96. En sentido análogo, Brandariz García, “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, *op. cit.*, p. 141. Lo que distingue a la organización específica de las relaciones sociales derivadas de la migración es que se contempla como lo que Huysmans denomina “a social process of securitization”. “Migration and the politics of security”, *op. cit.*, p. 179.

¹⁵⁰ Incluso se llega a exigir que esos medios cubran el traslado a otro país o el retorno al país de procedencia (art. 8 en relación con el 4.1.d Regl.). Esa gama de requisitos restrictivos obedece a la necesidad de fijar criterios que permitan distinguir *a priori* las solicitudes de entrada genuinas de las que esconden fines económico-laborales, aunque entendemos que también es cierto que generalizar la presunción de fraude profundiza en la concepción del visado como el elemento natural de la selección de los extranjeros inmigrantes.

¹⁵¹ Además de otras circunstancias como el aseguramiento de la caja de la Seguridad Social, etc.

inquietante que el derecho a la unidad de vida en familia se haga depender de expresiones abstractas referentes a compromisos exteriores, interés público, etc. ¿Qué interés es mayor que el de la vida en familia?, ¿por qué la defensa de los derechos se sustituye por las cuestiones de política como criterio en la resolución de los visados? (D.A. quinta, punto 2 Regl.)¹⁵². Quizá porque el visado es un elemento más de un sistema de exclusión, de un paradigma de la indiferencia hacia los derechos de los “otros”. Tampoco el *mínimum* de garantía jurídica procesal resulta promovido desde el instante en que sólo tienen que ser motivadas las resoluciones que denieguen la concesión de visado de reagrupación familiar o de residencia y trabajo por cuenta ajena (art. 27.6 LOEXIS)¹⁵³.

Recapitulando, las puntualizaciones expuestas en este subepígrafe son prueba manifiesta de la primacía del interés público en la política de extranjería, de la cual el visado es instrumento fundamental. Dicho de otra manera, el control en el país de origen del candidato a la admisión sólo resulta vinculado por circunstancias de oportunidad. La certificación de aptitud para realizar el ingreso en la comunidad de destino documenta que el inmigrante es aceptado, entre otros aspectos, porque su estancia aprovecha a la riqueza nacional en la medida estricta en que sea necesaria, o porque no se considera políticamente incorrecto denegar la entrada a determinados nacionales, pero en ningún momento porque tenga derecho a que se aseguren sus derechos.

El Estado vindica su derecho a decidir sobre la composición del elemento poblacional desde su posición de fuerza, de dominio¹⁵⁴. Lamentablemente la política de entrada de extranjeros inmigrantes en Europa en general, y en España en particular, está estructurada sobre la presión de la política y de la opinión pública. Los derechos no ocupan un espacio decisivo en este esquema. Si el visado es en la actualidad, y creemos que seguirá siéndolo

¹⁵² Como se pregunta Arce Jiménez, ¿cómo puede ser compatible la Disposición Adicional quinta del Regl. LOEXIS con el derecho del residente legal a que se reúnan con él sus familiares? “Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar”, *op. cit.*, p. 263.

¹⁵³ La exención de la motivación de la denegación del visado, a excepción de los casos de residencia para reagrupación familiar o para trabajo por cuenta ajena, además de ser una excepción injustificada al régimen general, contribuye a fomentar la arbitrariedad administrativa. Carrió Sampedro, “Ordenamiento jurídico, competencia normativa y legislación de extranjería”, *op. cit.*, pp. 183-184; Álvarez Rodríguez, A., “Diseño de la política migratoria de España como territorio Schengen”, en Álvarez Rodríguez, A., ...[et al.], *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, 1994, p. 35.

¹⁵⁴ Habría que imponer la fuerza de la razón frente a la razón de la fuerza. Goytisolo y Nair, *op. cit.*, p. 210.

por mucho tiempo, una representación fidedigna de ese espacio vital en donde inclusión y exclusión se confunden y que encuentra en la no-renuncia a la discrecionalidad la técnica legal aliada, la estrechez de miras hacia aquel que es diferente por ser extraño a la comunidad nacional es el sustrato ideológico-sociológico de esa selección empírica¹⁵⁵.

En el plano reflexivo, como ha sido puesto de relieve *supra*, la frontera es un elemento que se erige en representación simbólica de la idea de exclusión¹⁵⁶. La frontera está omnipresente en todos los estadios por los que debe transitar el inmigrante, primero en su candidatura a ser admitido, después en su confirmación de legal y por último, aunque más debilitada, cuando pretenda tener acceso a la nacionalidad española.

Indudablemente, esta misma idea se reproduce miméticamente cuando el extranjero es objeto de coerción porque ya ha dejado de ser útil para el sistema que lo admitió. El extranjero inmigrante que es calificado de “no apto”, en el largo itinerario de temporalidad e incertidumbre a que se somete a quien no cumple los requisitos para la permanencia legal en el país, tiene dos alternativas. Primera, el abandono voluntario del territorio que lo acogió o, segundo, exponerse a un procedimiento coactivo de ejecución de la orden de abandono. Claro está, hay una tercera vía, consecuencia de una readmisión no ejecutable por imposibilidad de realización de los mecanismos de retorno. ¿Qué futuro espera a quien no puede ser expulsado del territorio español y devuelto a su país de origen? Simplemente, la perpetuación de la clandestinidad. No podemos dejar de considerar que los inmigrantes a los que no se les puede ejecutar una orden de salida forzosa quedan, tras el internamiento máximo previsto legalmente, “condenados” a la irregularidad, al menos en el corto y medio plazo, sin expectativa de que los lazos con la comunidad de destino les haga merecedores, en ese espacio de tiempo, de una normalización de su situación administrativa. Dejando a salvo ahora esta cuestión, que será objeto de análisis en el

¹⁵⁵ De este modo, para un discípulo de Schmitt como Ernst Fraenkel, el Estado contemporáneo presentaría también una dimensión la del “Estado discrecional” (desarrollo teórico de la componente “excepcionalidad” del binomio normalidad/excepcionalidad schmittiano). Dicho “Estado discrecional” se identificaría con aquellos ámbitos de actuación del complejo del poder estatal en los cuales rigen en exclusiva criterios de conveniencia u oportunidad para la consecución de los objetivos reales perseguidos por cada régimen político, sin miramientos hacia las garantías jurídicas de los ciudadanos. Campderich Bravo, “Soberanía, ‘Estado dual’ y excepcionalidad: de Carl Smith a los Estados Unidos del siglo XXI”, *op. cit.*, p. 10.

¹⁵⁶ “La ambivalencia que reina en la relación entre extranjero y grupo mayoritario es la mirada de una relación asimétrica de poder en la que ninguna de las partes no será nunca privada totalmente de su poder [...]”. Tabonni, “Le multiculturalisme et l’ambivalence de l’étranger”, *op. cit.*, p. 241.

último capítulo, en el siguiente epígrafe examinaremos el retorno del inmigrante a la situación de partida en origen como estructura de cierre de la política normativa inmigratoria de la UE en general, y de España en particular, una clausura que constata que el inmigrante es objeto de transacción en función de las necesidades de la sociedad de acogida¹⁵⁷.

IV. READMISIÓN EN ORIGEN, LA POSTRERA EXPRESIÓN DEL PODER DE ADMISIÓN

Los dispositivos administrativos analizados en este capítulo, que son fiel transposición de la política normativa en materia de entrada, se acompañan de otra parte sustancial del Derecho de extranjería que imprime a esta rama del ordenamiento su caracterización más nítidamente punitiva: los mecanismos de salida previstos legalmente ante el incumplimiento de las condiciones exigidas para la entrada. Estos mecanismos culminan el *iter* del proceso que se origina con los filtros selectivos iniciados en origen (visado), que continúa en el puesto fronterizo (con el preceptivo control de entrada) y que sigue una vez dentro con la permanente amenaza de la salida forzosa para todo aquel extranjero inmigrante que deje de cumplir las condiciones por las que fue admitido.

Un estudio completo sobre la selección de personas no puede detenerse exclusivamente en su primera manifestación (el control de entrada), por cuanto se perdería parte del sentido de toda la legislación de extranjería. En efecto, la naturaleza policial y punitiva de este sector del ordenamiento resulta fundamental para explicar la política normativa de acceso. En este sentido, los mecanismos coercitivos de salida del territorio son la expresión de cierre del sistema, un ejemplo de que la selección es una parte de la política de orden público y de seguridad que está en la génesis del ordenamiento de extranjería y que, en último término, responde a la lógica de la exclusión. Y esa política no puede comprenderse, en su justa medida, sin contemplar los instrumentos de “eliminación civil” del admitido que son las vías de salida forzosa.

¹⁵⁷ La sumisión de los flujos a los mecanismos arbitrarios del mercado, sin ningún control social, es un punto débil de la estrategia de su gestión. Goytisolo y Nair, *op. cit.*, p. 65.

Si la legislación de extranjería se provee de instrumentos sancionadores en orden a combatir el fenómeno de la irregularidad, la ejecución de los mecanismos que “condenan” a la salida forzosa del territorio no deja de resultar compleja y, en no pocas ocasiones, de difícil realización. La previsión de estos instrumentos técnicos se ha visto acompañada de una cierta improvisación en materia de ejecución. La problemática planteada por la ejecutividad de los acuerdos internacionales de readmisión suscritos, en el nivel comunitario por la UE y en el interno por España, facilita *sui generis*, en la práctica, la introducción de una nueva categoría de extranjero irregular: los “no readmitidos”, aquellos nacionales que no entran dentro del ámbito de aplicación de alguno de esos instrumentos de Derecho internacional y a los que, por ende, resulta de compleja aplicación la ejecución de la salida obligatoria de nuestro territorio.

Sin duda, a esta situación ha coadyuvado una serie de circunstancias que, según analizamos a continuación, parece que se van reparando, aunque sus efectos no podrán verse a corto plazo. ¿Qué hacer con un inmigrante en situación irregular y sobre el que pesa una orden firme de salida del territorio cuando ningún Estado quiere hacerse cargo de él?, ¿paralizamos su situación procesal y administrativa por el solo hecho de haber sido calificado como objeto de una medida de expulsión o de devolución?¹⁵⁸ Y en el supuesto de que se pueda ejecutar la medida sancionadora, ¿qué garantías existen de que no se vuelva a reintentar el acceso clandestino al territorio?, ¿no se deja a su suerte la garantía del cumplimiento de los derechos del expulsado que ha abandonado el territorio del país de acogida? Estas y otras muchas cuestiones, sin duda trascendentales, tienen que hacer pensar, no sólo a los poderes públicos, sino a la ciudadanía en su conjunto, y sus posibles respuestas son la clave de la política normativa sobre la inmigración.

Puesto que esa tesitura que trasciende lo jurídico será analizada en su momento, nos ocupamos ahora de aquellas personas que sí van a poder ser objeto de reingreso, como vía de ejecución de los mecanismos de salida forzosa para quienes de forma originaria o sobrevenida no cumplen con los requisitos establecidos para la permanencia legal en el territorio español. Este instrumento trasciende su propia naturaleza jurídica para adentrarse en el terreno de los compromisos internacionales de geoestrategia política, con una

¹⁵⁸ ¿Los dejamos en esos campos de internamiento que se han institucionalizado como herramienta de gestión de los flujos migratorios en Europa?

repercusión cualificada para los derechos de las personas: el retorno a la situación de origen, con todo lo que ello sintetiza desde el punto de vista ético.

En este sentido, apuntamos de inicio que la readmisión sintetiza el poder de admisión de los Estados en un sentido paralelo al visado. Si el visado es el principal instrumento de selección en materia de extranjería, la salida forzosa ejecutada supone situar al irregular en la misma tesitura en la que se encontraba antes de ser admitido. La política de admisión se sirve del retorno, sea voluntario o forzoso, como un instrumento más de la limitación del derecho a la libre circulación y residencia, un componente de una política que renuncia a la defensa de los derechos de las personas¹⁵⁹. En último término, la cuestión es la condición de libertad de ese derecho [a la libre circulación] o, lo que es lo mismo, la remoción de las condiciones que hacen de esa libertad una necesidad, un destino forzoso, impuesto¹⁶⁰. La Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, es la culminación de ese proceso¹⁶¹.

¹⁵⁹ La rehabilitación de la figura de la retención, presente en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM(2005)0391 – C6-0266/2005 – 2005/0167(COD)) es un claro retroceso de las libertades [consulta realizada el 20 de junio de 2008], disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0293+0+DOC+XML+V0//ES>. Como afirmara José María Ridaio, antes de que se aprobara la polémica resolución de la propuesta, en su artículo “la Comisión hará historia”, “[...] resolver mediante la abolición de las garantías jurídicas la situación de ocho millones de trabajadores extranjeros que la UE pretende deportar no es un encomiable ejemplo de realismo, sino una insensata preferencia por los atajos” [consulta realizada el 10 de mayo de 2008], disponible en www.elpais.com de 5 de mayo de 2008.

¹⁶⁰ De Lucas Martín, “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, *op. cit.*, p. 44.

¹⁶¹ Sus antecedentes más destacados los encontramos en la directriz fundamental de los criterios a seguir en la materia contenidos en el propio Libro Verde de la Comisión Europea relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, COM(2002) 175 final [consulta realizada el 10 de abril de 2006], disponible en http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/es/com/2002/com2002_0175es01.pdf (en su introducción indicaba que una política de retorno es necesaria para salvaguardar la integridad de los sistemas legales y humanitarios de admisión. Lo difícil es comprender como se anuda esa conminación a la salida del territorio de quien se encuentra de forma irregular en un Estado miembro a la garantía del respeto al Estado de Derecho [orientación 1.1, segundo párrafo]). Y, por supuesto, en la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 1 de septiembre de 2005, COM (2005) 391 final [consulta realizada el 20 de septiembre de 2007], disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0391:FIN:ES:HTML>. Las enmiendas de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior del Parlamento Europeo, sobre la citada propuesta de Directiva, de fecha 20 de septiembre de 2007, A6-0339/2007 final [consulta realizada el 12 de enero de 2008], están disponibles en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/ENPEDIRECVERG.pdf>. Además, puede consultarse la recomendación del “reconocimiento de una Política Común Europea en materia de migración que permita una mayor

1. Delimitación de conceptos

Antes de adentrarnos en el análisis de una institución que devuelve al inmigrante al punto de origen desterrando el intento de mejorar su expectativa de una vida más digna, creemos adecuado delimitar sucintamente una serie de conceptos que, de forma habitual, tienden a utilizarse en sinonimia sin una mayor precisión. Desde nuestro punto de vista, esta aclaración permitirá que la orientación en el plano teórico-normativo sea más precisa¹⁶².

En efecto, en el vasto campo de la política normativa de extranjería, repetidamente se tiende a confundir nociones como retorno, denegación en frontera, repatriación, y otros conceptos afines¹⁶³. El *rechazo en frontera* es, en el sector jurídico interno de extranjería, el presupuesto de hecho de la denegación de entrada, un control material que es realizado en frontera por los funcionarios responsables del mismo (arts. 26.2 LOEXIS y 13.1 Regl.)¹⁶⁴. El concepto de retorno supone un paso más.

cooperación y coordinación entre los Estados miembros y los países terceros” en el Dictamen del Comité de las Regiones “Plan de Política en materia de inmigración legal lucha contra la inmigración ilegal futuro de la Red Europea de Migración”, de 13 de febrero de 2007, 2007/C/146/01 (DOUE C 146, de 30 de junio) (punto 6.1.)

¹⁶² Para autores como Chueca Sancho, A., el propio término de readmisión tiene un fondo jurídico de ambigüedad: puede referirse tanto a la expulsión como al retorno voluntario. *Inmigración y tratados internacionales celebrados por la UE: los Tratados de readmisión*, septiembre de 2003, [consulta realizada el 12 de junio de 2008], disponible en http://www.unizar.es/union_europea/files/Readmision.pdf, p. 6.

¹⁶³ La “estancia ilegal” es definida en la Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 18 de junio de 2008 sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio (COM(2005)0391 – C6-0266/2005 – 2005/0167(COD), un claro retroceso de las libertades, como “la presencia en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer país que no cumple o ha dejado de cumplir la condiciones para la entrada que figuran en el artículo 5 del Código Schengen [...]” (art. 3.b) [consulta realizada el 20 de junio de 2008], disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-20080293+0+DOC+XML+V0//ES>.

¹⁶⁴ Ha sido la propia Ley la que, con una amplia gama de medidas impositivas, se ha visto atrapada en una compleja maraña cuya comprensión requiere el establecimiento de diferencias entre las distintas medidas, sin que tampoco quede claro si la denegación de entrada es en sí ya una medida, o es la causa de las medidas de devolución o de retorno. Sola Reche, E., “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en Lorenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, p. 357. El conflicto creado por la inexistencia de carta de invitación de una ciudadana brasileña el pasado mes de marzo da buena prueba de ello. La resolución amistosa del asunto en el comunicado conjunto de la reunión consular de alto nivel entre España y Brasil, de 1 de abril de 2008 [consulta realizada el 10 de abril de 2008], está disponible en http://www.maec.es/es/MenuPpal/Actualidad/Noticias%20MAEC/Paginas/20080401_not1.aspx.

El *retorno* concentra la actividad administrativa de la preparación o puesta en práctica de las medidas para el regreso al país de origen o tránsito, con independencia de que sea voluntario o forzoso, cuando el extranjero intenta entrar en España por sitio habilitado para ello, sin cumplir los requisitos exigidos por la legislación de extranjería¹⁶⁵. Para ello, permanecerán detenidos hasta que sean retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible, con las garantías judiciales previstas legalmente (art. 60.1 LOEXIS y art 156 Regl.)¹⁶⁶. Algo que no deja de resultar anecdótico en la realidad social en la que, es de presuponer, trata de poner orden el Derecho de extranjería en la actualidad¹⁶⁷. La resolución de retorno, dictada por la autoridad gubernativa competente, es consecuencia de la denegación de entrada acordada por los funcionarios policiales responsables del control de entrada (art. 156.2 Regl.)¹⁶⁸. No obstante, la conexión entre denegación de entrada y ejecución del retorno no es tan indefectible como pudiera parecer cuando se profundiza en el análisis reglamentario. Así el art. 156.1.b) Regl., en su dicción, deja abierta la posibilidad de que el retorno no se decrete¹⁶⁹. En puridad técnico-legal esta

¹⁶⁵ Véase Rodríguez Gómez, M., “Sanciones”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, 2005, p. 657; Martínez Cuevas, M., D., “La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 5, 2002, p. 159. La naturaleza no sancionadora del retorno, en Alonso Pérez, F., “Las medidas de ‘devolución’ y ‘retorno’ de extranjería: innovaciones introducidas por la STS de 20 de marzo de 2003” en *Diario La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 5, 2003, p. 1635; Monereo Pérez, J., L., y Fernández Avilés, J., A., “Art. 156. Retorno”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 895; Rodríguez Mesa, M., J., “Instrumentos jurídicos para la gestión y el control de los flujos migratorios Marruecos-España”, en *Entelequia: revista interdisciplinar*, nº 4 (ejemplar dedicado a: inmigración), junio 2007, p. 222. El retorno no es estrictamente una medida represiva, sino de restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado. Melón Muñoz, A., “La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería”, en Méndez Canseco, J., F. (dir.), *Extranjería*, Madrid, 2007, p. 97.

¹⁶⁶ Recientemente un juez de instrucción de Madrid ha calificado de “inadecuada” la sala de inadmitidos del aeropuerto de Madrid-Barajas, subrayando que los lugares de internamiento no tienen carácter penitenciario. Noticia aparecida en el diario “Público” de 8 de mayo de 2008 [consulta realizada el 12 de mayo de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/Habeas.pdf>. En este último aspecto incidía también la respuesta de la Subcomisión de extranjería del Consejo General de la Abogacía al libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, de 25 de julio de 2002 [consulta realizada el 20 de enero de 2006], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/ResLibroVerde.pdf>, p. 6.

¹⁶⁷ Cfr. García Rivas, N., “Art. 60. Retorno”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 1280 ; Santolaya Machetti, “España”, *op. cit.*, pp. 250-251.

¹⁶⁸ En puridad técnica, no podemos hablar de situación de ilegalidad de quien no ha llegado a acceder al territorio nacional, siendo el retorno la consecuencia administrativa, previa resolución al efecto, de la denegación de entrada conforme dispone el art. 156.1 del Regl. y con base en el margen de apreciación que ostentan las autoridades fronterizas para admitir la estancia.

¹⁶⁹ Asimismo hay que tener en cuenta los Convenios bilaterales suscritos por España en materia de readmisión de extranjeros en situación irregular, los firmados por la Unión Europea y los que obliguen por la aplicación del Convenio Schengen, como veremos *infra*.

institución carece de efectividad práctica puesto que ninguna persona que intenta entrar en el país de forma subrepticia –esto es, al margen de la Ley– va a hacer una comparecencia o personación pública en la frontera para aducir que desea formar parte de la comunidad española.

Por otra parte, la *devolución* afecta exclusivamente a quienes “intentan” acceder al territorio nacional fuera de los puestos legalmente habilitados para ello, y que de hecho lo consiguen, aun siendo interceptados a su llegada al territorio nacional¹⁷⁰. La delimitación aplicativa de esta institución resulta compleja¹⁷¹. Según dispone el art. 58.2 LOEXIS, incurrirán en causa de devolución: a) los que habiendo sido objeto de expulsión contravengan la prohibición de entrada en España¹⁷²; y b) los que pretendan entrar ilegalmente en el país (asimismo en art. 157.1. b Regl.). Lo preocupante es que mediante la devolución, el extranjero es “expulsado”, sin previo expediente al efecto¹⁷³. Muchas

¹⁷⁰ Comparte con la figura del retorno que ambas están concebidas como medidas de reposición de la realidad jurídica afectada siendo adoptadas por la Administración fuera de un procedimiento sancionador. Rodríguez González, M., del P., “Expulsión versus devolución en la vigente Ley sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en *Justicia Administrativa*, nº 21, 2003, p. 41.

¹⁷¹ Al respecto véase Sola Reche, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, *op. cit.*, pp. 360-363; De Lorenzo Segrelles, J., M., “Art. 28. De la salida de España”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 55; Mestre Delgado, J., F., “Art. 58. Efectos de la expulsión y devolución”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 1273. Este último autor señala como características de la medida la inmediatez tanto del supuesto de hecho como de la consecuencia aplicable, así como la celeridad en la adopción de la decisión. Las garantías jurisdiccionales en la devolución, retorno y expulsión de los extranjeros en Peces Morate, “Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso”, *op. cit.*, p. 232 y ss. Especialmente interesante es la opinión de Rodríguez Candela, J., L., y Dorado Nogueras, F., M., quienes abogaban por la aplicación del procedimiento de expulsión al ofrecer más garantías jurídicas para los derechos de los extranjeros afectados como respuesta a la pretensión de entrada ilegal en el país (que la diferencian de las conductas de consumación de la entrada). “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, pp. 866-867.

¹⁷² Para lo que será necesario que exista con carácter previo una orden judicial o gubernativa firmes de expulsión, orden adoptada por autoridades españolas o por la de algunos de los Estados con los que España tenga suscritos Convenios al respecto (art. 157.1.a, Regl.).

¹⁷³ Una vez más resulta enervante que el legislador con este instrumento jurídico, como con otros, pretenda establecer una relación de causalidad entre ejercicio de derechos fundamentales que pertenecen por la condición de persona y la legalidad administrativa, conexión que ha sido censurada por el TC en sus Sentencias 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre. Asimismo, el TS en su Sentencia de 22 de diciembre de 2005 (RJ\2006\336), ha introducido una importante puntualización interpretativa al distinguir entre la pretensión de entrar ilegalmente en el territorio español de la efectiva entrada y permanencia. Entiende el Alto Tribunal que la entrada y permanencia en territorio español en menos de noventa días no constituye una infracción tipificada en el art. 53.a) de la Ley Orgánica, a pesar de lo cual es necesario tramitar un expediente administrativo para acordarla” (FFJJ 3 y 4).

interrogantes permanecen sin resolver acerca de este mecanismo, ¿qué efecto práctico produce esta medida?, ¿que el inmigrante vuelva a intentarlo en cuantas ocasiones tenga ocasión?, ¿se puede aplicar la devolución en el contexto de presión migratoria en que vivimos?¹⁷⁴

Otra noción de cierre, directamente relacionada con las anteriores y vinculada a las exigencias de orden público y seguridad, es la prohibición de entrada contemplada en los supuestos regulados en el art. 10 del desarrollo reglamentario llevado a cabo por el RD 2393/2004, en relación con el art. 26 LOEXIS¹⁷⁵. Entre las exigencias, cuya calificación queda de manera ampliamente discrecional en poder de los Estados, se puede mencionar que un Estado podría incluso incluir en la “lista de no admisibles” a una persona por la simple sospecha de que un extranjero piense cometer un delito en el territorio de ese Estado.

Hay que advertir, a efectos aclaratorios, que denegación de entrada y prohibición de entrada son conceptos que no responden a un mismo significado¹⁷⁶. Lo que distingue a ambos es la naturaleza sancionadora, no presente en el primero, como así ha sido puesto de manifiesto reiteradamente por la doctrina jurisprudencial del TC¹⁷⁷. Su consecuencia

¹⁷⁴ Respecto a los problemas interpretativos derivados de la regulación de la devolución contenidos en la LOEXIS y la anulación parcial del art. 138.1.b) de la anterior regulación reglamentaria (RD 864/2001) por STS de 20 de marzo de 2003, véase Rodríguez González, “Expulsión versus devolución en la vigente Ley sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social”, *op. cit.*, pp. 42-45.

¹⁷⁵ La Resolución legislativa del Parlamento Europeo dispone que las decisiones de retorno deberán ir acompañadas de una prohibición de entrada si no se ha concedido ningún plazo para la salida voluntaria, o si la obligación de retorno se ha incumplido (art. 11.1). Teniendo en cuenta que el riesgo de fuga permite el no-señalamiento de plazo voluntario de salida se está conminando al inmigrante a un destierro prolongado (que puede ser superior a cinco años si el inmigrante es calificado como amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional (art. 11.2).

¹⁷⁶ El mantenimiento, en la LO 4/2000, del retorno-devolución para los supuestos de pretensión de entrada ilegal y contravención de la prohibición de entrada y la reconducción a la expulsión de la infracción de entrada ilegal (art. 49.1.d), provocaba la concurrencia de dos medidas de alejamiento distintas sobre supuestos de aplicación definidos de forma diferente, pero en la práctica casi imposibles de deslindar. Moya Malapeira, “La evolución del sistema de control migratorio de entrada en España”, *op. cit.*, p. 59.

¹⁷⁷ Este contenido no represivo o retributivo lo reafirma el Auto TC 153/2005, de 18 de abril (Sección tercera), con relación a las garantías procesales y sustantivas incluidas en el art. 24 CE inherentes a cualquier procedimiento punitivo o sancionador (FJ 2). Rodríguez Candela y Dorado Noguera inciden en el carácter no sancionatorio, la inexistencia de prohibición de entrada y el incumplimiento de requisitos para la misma como los ejes definidores de la denegación. Por el contrario, la prohibición de entrada la desglosan los autores en prohibición-sanción y prohibición-interdicción (sólo esta última carecería de naturaleza sancionadora). “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, *op. cit.*, pp. 857-858, 861. Esta división conceptual ha quedado cuestionada con la STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga), de 28 de marzo de 2008 que declara el carácter sancionador de la prohibición de entrada, en cualquier caso (FJ4).

jurídica, como hemos apuntado *supra*, es la activación de los mecanismos de retorno del extranjero a su punto de origen en el plazo más breve posible (art. 60 LOEXIS y 156.1 Regl.), lo que obviamente no quiere decir que no se exijan las garantías procedimentales y sustantivas que establece el propio apartado 2 del art. 26 LOEXIS. El problema surge, como veremos en el capítulo quinto, cuando no es determinable ese punto de salida u origen, ¿qué se hace entonces con esa persona?¹⁷⁸

La “ligereza” con la que el legislador institucionaliza una medida restrictiva del derecho a la libre movilidad como la prohibición de entrada, haciéndola extensiva a las causas legalmente establecidas [una cláusula abierta para la introducción de causas de prohibición afortunadamente todavía sin explotar] y a lo dispuesto en los convenios internacionales en los que España sea parte (art. 26.1 LOEXIS)¹⁷⁹, constituye una prueba más de un extrañamiento forzado de los “indeseables”. Además, la amplitud del lapso temporal de vigencia de la medida (mínimo de tres y máximo de diez años cuando no entre en juego el art. 89.1 CP) no permite concluir que estemos ante la más correcta aplicación del principio de proporcionalidad en razón de la sanción impuesta y las circunstancias familiares y sociales del damnificado¹⁸⁰.

Llegamos en este punto a la institución clave en el presente análisis. La *readmisión*, desde el punto de vista material, es una noción que se incardina en un estadio que simboliza la total clausura de la política migratoria. Es una decisión relativa al reingreso de un individuo en su país de origen. Requiere evidentemente de una aceptación por parte del Estado requerido¹⁸¹. En este acto están presentes tanto el hecho del traslado o

¹⁷⁸ Se analizará también la importancia de la vigencia de la prohibición de entrada como impedimento para la regularización del extranjero irregular.

¹⁷⁹ Especialmente destacan las obligaciones derivadas del Convenio Schengen, actualmente incorporado al acervo comunitario [los dos motivos principales son: a) estar incluido en la “lista de no admisibles” y b) que el extranjero suponga “un peligro para el orden público, la seguridad nacional o las relaciones internacionales de una de las Partes contratantes”, art. 5.1.d y 5.2, respectivamente], derivadas de su carácter de mecanismo de protección integral y conjunta de los Estados parte, ejemplificado en el SIS (sistema de información de Schengen), un sistema comprendido entre las medidas compensatorias que acompañan a la libre circulación en opinión de Mangas Martín, A., y Liñán Noguera, D., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 1999, p. 387 y que, desde nuestro punto de vista, es fiel reflejo del cierre exterior de fronteras de la Unión al que atiende todo el entramado policial e inquisitivo que instituye.

¹⁸⁰ Véase Recomendación del Defensor del Pueblo de España dirigida a la Subdelegación del Gobierno en Barcelona, en *Revista del Defensor del Pueblo*, núm 7, mayo 2005 [consulta realizada el 23 de febrero de 2006], disponible en http://www.defensordelpueblo.es/revista_prensa/revista_may_05.pdf.

¹⁸¹ Así aparece establecido en el art. 1 de los Acuerdos de readmisión suscritos por la UE hasta el momento. La Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 18 de junio de 2008 sólo indica en su preámbulo la

repatriación del irregular a su país de origen como el reingreso consentido en el citado país. Tiene como objeto “aliviar” la presencia de irregulares en el territorio de los Estados receptores. En este sentido, la noción de *repatriación*, siendo un elemento constitutivo de la readmisión, no la completa, toda vez que no se da automáticamente la admisión por el Estado de origen¹⁸². Por el contrario, el concepto de readmisión requiere de la aceptación de la parte que vuelve a admitir a una persona en su país¹⁸³. De este modo, la readmisión englobaría la repatriación al país de origen en situaciones voluntarias o forzosas de retorno y el mutuo acuerdo entre el Estado que ejecuta la orden de salida y el que repatría¹⁸⁴.

Es un acto compulsivo y como tal de naturaleza jurídica nada pacífica en cuanto puede colisionar fácilmente con los derechos fundamentales de la persona¹⁸⁵. Subjetivamente, se aplica a los inmigrantes en situación irregular en el territorio del Estado que requiere la readmisión, sin importar que esa irregularidad se haya adquirido desde un primer momento o con posterioridad, ya sea por una entrada, permanencia o residencia no ajustada a la norma legal¹⁸⁶.

necesidad de los citados acuerdos para facilitar el proceso de retorno (considerando 7). Por su parte, los Acuerdos de cooperación, de carácter bilateral, suscritos por España de forma individualizada, no aportan una definición al respecto, aunque en su articulado se establecen los elementos materiales que caracterizan a la misma (véase, a título de ejemplo, art. 9 y anexo del Acuerdo de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho el 9 de octubre de 2006, y cuya Aplicación provisional se publicó en BOE núm. 26, de 30 de enero de 2007).

¹⁸² La reminiscencia colonialista del término “repatriación” ha sido puesta de manifiesto en análisis sociológicos. Véase Bretell, C., B., “Repatriates or immigrants? A commentary”, en Smith, A. (edit.), *Europe’s invisible migrants*, Amsterdam, 2003, pp. 95-101. La Resolución legislativa del Parlamento Europeo de 18 de junio de 2008 sustituye el término “repatriación” por el de “expulsión”, al indicar que es “la ejecución de la obligación de retornar, es decir, el transporte físico fuera del país”(art. 3.e)

¹⁸³ La devolución de una persona en situación administrativa irregular a su supuesta patria de origen, según el sentido etimológico de la acepción, no significa que sea readmitido en su país. De ahí que el acuerdo de voluntades sea importantísimo en esta materia.

¹⁸⁴ Desde el punto de vista de la repatriación, un principio común importante, como recordaba el punto 71 de la propuesta de plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea (2002/ C 142/02), publicada en el Diario Oficial C 142 de 14. 6.2002, es la consolidación de la obligación conforme al Derecho internacional de readmitir a los ciudadanos propios.

¹⁸⁵ Son tristemente célebres algunos episodios de nuestra nada lejana historia en la que los medios de comunicación se hacían eco de devoluciones nada garantizadoras para los derechos de los repatriados.

¹⁸⁶ Este aspecto es importante porque en no pocas ocasiones se confunden los términos que se utilizan. La readmisión no se aplica sólo a las personas que, por haber accedido irregularmente al territorio, son objeto de devolución en sentido estricto. Un expulsado, en sentido técnico, también es objeto de readmisión. Por supuesto, la devolución, en sentido amplio, es un acto unilateral del Estado que ordena ejecutar la salida forzosa de una persona del territorio y no implica por sí sola la reciprocidad a la que se obligan las Partes que caracteriza a la institución de la readmisión, como ocurre cuando se pretende devolver a un nacional al que no resulta aplicable alguno de los Acuerdos suscritos y en vigor.

A continuación, y en primer lugar, vamos a realizar una visión de conjunto de la política comunitaria de retorno de los inmigrantes irregulares, una política –de reciente actualidad pública por la aprobación de la propuesta de Directiva en la materia– que se encuadra en el marco del espacio de seguridad, libertad y justicia y que tiende a “penalizar” al irregular por el simple hecho de no tener un estatuto legal. Más adelante analizaremos la institución de la readmisión, en el nivel interno, en función de los instrumentos internacionales bilaterales que ha suscrito España hasta la fecha. Terminaremos exponiendo algunas conclusiones al respecto.

2. La política comunitaria de retorno: la “criminalización” del irregular y la “Directiva de la desprotección”

La readmisión como institución empieza a consolidarse en el juego político de acuerdos internacionales suscritos en el marco de la incipiente y fragmentaria política inmigratoria de la Unión Europea. En materia de inmigración, la política comunitaria se erige fundamentalmente sobre la “criminalización” del inmigrante. El espacio comunitario se ha convertido en una fortaleza donde el inmigrante es el principal damnificado y denostado por la sospecha permanente de irregularidad¹⁸⁷. La lucha contra la inmigración irregular, el principal y diríamos casi único objetivo de la política migratoria comunitaria, tiene como perjudicado último, por mucho que se penalice el tráfico de seres humanos y se responsabilice a terceros, al inmigrante que no tiene papeles, al que se le imputa el nuevo ilícito penal de nuestros días: no ser admitido entre los “nuestros”¹⁸⁸. Esta carencia activa todos los mecanismos coercitivos con el supuesto fin de lograr una mayor eficiencia en la gestión de los flujos de personas¹⁸⁹. El ser humano

¹⁸⁷ Desde nuestro punto de vista, las palabras de Zapata Barrero de hace unos años cuando afirmaba que “el paso del tiempo ha confirmado la utopía del planteamiento de dotarse de una política común, dada la primacía de la cooperación en el ámbito UE y porque el tema está orientado por principios de seguridad y de control, sin ningún interés por introducir criterios de igualdad y de pluralismo cultural”. “El tratamiento de la Unión Europea de los inmigrantes extra-comunitarios”, *op. cit.*, pp. 113 y 120, son válidas en su segunda parte; pero no es una utopía, es una realidad, nos guste o no.

¹⁸⁸ España ha promulgado la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (BOE núm. 278, de 20 de noviembre, corrección de errores BOE núm. 310, de 27 de diciembre). El comunicado del Centro de defensa y estudio de los derechos humanos sobre el proyecto de esta Ley, de 8 de noviembre de 2007, ya indicaba que “la identificación entre inmigración ‘sin papeles’ y el ‘tráfico ilegal de seres humanos’ busca la asimilación del inmigrante irregular al delincuente. Se presenta, de modo descarnado autoritaria concepción del Derecho penal del enemigo, aplicada a la inmigración irregular [...]”. Disponible en <http://www.migrantesenlinea.org/enlinea.php?c=1675> [consulta realizada el 25 de noviembre de 2007].

¹⁸⁹ *Cfr.* Boswell, *European migration policies in flux: changing patterns of inclusion and exclusion*, *op. cit.*, pp. 119-121.

que no tiene “papeles”, o ha dejado de tenerlos, pierde su dignidad, terminando por ser tratado como un objeto de transacción.

Partiendo de estas consideraciones, y en su perspectiva político-jurídica, la apuesta por combatir todo tipo de inmigración irregular en territorio de la Unión se ha estructurado en múltiples campos de actuación, para lo que no se ha dudado en complementar la readmisión, como fase final de esa acérrima batalla por hacer de Europa un espacio selectivo de personas en donde cooperación al desarrollo, derechos humanos, situación económica, social y política del Estado que readmite, políticas de entrada, etc., sirven a un único fin: la lucha contra la inmigración irregular¹⁹⁰. La política de readmisión se ha convertido en una parte fundamental de la política de admisión de inmigrantes¹⁹¹. La idea de exclusión que manejan los Estados receptores es indubitada, pasando por la restricción del derecho a la libre circulación, en un proceso continuo que empieza y termina en origen, y de la que es una síntesis clarificadora las instituciones objeto de este capítulo. Veamos el *iter* seguido en el proceso.

La política “penalista” en materia inmigratoria se inicia a finales de la década pasada, en un momento en el que comenzaba la fuerte presión de inmigrantes en las fronteras exteriores del sur de la Unión. El art. 62 del Tratado de Amsterdam, base jurídica de las normas relativas a los controles fronterizos y la política de visados, fue completado con el art. 63.3 en cuanto a las medidas relativas a la inmigración y residencia ilegales, incluida

¹⁹⁰ Véase puntos 13 y 16 de la propuesta del plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea. De forma específica, la promoción del programa de desarrollo ha sido reafirmada por la Comisión Europea en la Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, el planteamiento global sobre la migración un año después: hacia una política global europea en materia de migración, COM (2006) 735 final, de 30 de noviembre (apartado 3). Recientemente, se ha publicado el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “Política comunitaria de inmigración y de cooperación con los países de origen para favorecer el desarrollo”, de fecha 25 de octubre de 2007 (2008/C 44/21), DOUE C 44, de 16 de febrero de 2008. De forma específica, la carencia de una política pública de envergadura es uno de los problemas más importantes de codesarrollo ligado a los flujos migratorios. Nair, *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 270. El codesarrollo forma parte del conjunto de estrategias de transnacionalización que el Estado-nación realiza con el fin de evadir el dilema global-nacional en la política migratoria. Cortés Maisonave, A., “¿Hacia qué conocimiento del otro? Los procesos de codesarrollo como construcción de alteridades”, en Santamaría Lorenzo, E. (edit.), *Retos epistemológicos de las migraciones transnacionales*, Barcelona, 2008, pp. 303.

¹⁹¹ Es cierto que la readmisión de nacionales propios de un Estado es un deber del Estado de origen, una obligación incondicionada, como recuerda Bauböck, “Lealtades rivales e inclusión democrática en contextos migratorios”, *op. cit.*, p. 48. En cambio, no hay una regla general que diga que un Estado tenga que readmitir a un nacional de tercer país que ha transitado ilegalmente por su territorio, Reermann, “Readmission Agreements”, *op. cit.*, pp. 127 y 130.

la repatriación de residentes ilegales¹⁹². El nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia instaurado en ese Tratado tenía un fundamento casi exclusivamente policial¹⁹³. El inmigrante sospechoso de irregularidad se erigió en el “nuevo delincuente” sobre el que construir todo un sistema de inmigración como el de la UE pensado para la persuasión de la renuncia a inmigrar y, en último término, para la exclusión¹⁹⁴.

En el desarrollo de este marco de Derecho originario, en el Consejo Europeo de Tampere de diciembre de 1999 los Estados miembros se comprometieron a definir una política común en materia de inmigración y asilo mediante la adopción de un marco jurídico común y un método de coordinación¹⁹⁵. El planteamiento efectuado en las Conclusiones del Consejo era intentar el retorno voluntario y, en su defecto, la readmisión obligatoria por el Estado de origen del expulsado o devuelto, abogándose por la instrumentación jurídica de acuerdos específicos en la materia o por cláusulas a estos efectos en los acuerdos que se suscriban con terceros países¹⁹⁶. Se formulaba por primera vez en el marco de la política comunitaria migratoria el reconocimiento de partida de la readmisión como instrumento coactivo hacia aquella persona que no ha sido admitida en destino, o que habiendo sido admitida no es “útil” para el sistema en un momento

¹⁹² El mandato del propio Derecho comunitario originario es claro. Como se indicara en la introducción del libro Verde, “la letra b) del apartado 3 del artículo 63 del TEC establece que el Consejo adoptará medidas sobre inmigración clandestina y residencia ilegal, incluida la repatriación de residentes ilegales”. Además, el Tratado de Amsterdam también ha integrado el –en este punto bastante reducido– acervo de Schengen sobre cuestiones relativas al retorno en la Unión Europea, en especial el artículo 23 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

¹⁹³ Véanse las indicaciones contenidas en el capítulo primero. En ese contexto, la lucha contra las redes de tráfico internacional de personas se convirtió en el pretexto perfecto para implantar los futuros planes de acción contra la inmigración ilegal como un todo.

¹⁹⁴ Evidentemente los aspectos relativos al tránsito de personas, identificación de residentes irregulares, expedición de documentos de viaje a efectos de retorno, etc., son parte de ese marco represivo de la estancia y residencia irregular.

¹⁹⁵ De “acercamiento comprensivo” es calificada esa primitiva estructuración de la política común; *cf.* Moraes, C., “The politics of European Union migration policy”, en *The Political Quarterly*, vol. 74, S1, agosto de 2003, p. 119. El 7 de diciembre de 1999 Finlandia presentó una propuesta de Reglamento del Consejo que determinaba las obligaciones recíprocas de los Estados miembros en cuanto a readmisión de nacionales de terceros países [Diario Oficial C 353 de 07.12.1999] y establecía a escala comunitaria las normas sobre readmisión de nacionales de países terceros que han entrado o que residan ilegalmente en el territorio de la Comunidad. Se trataba de determinar, cuando existan varias posibilidades, el Estado miembro responsable de la repatriación de esta persona. La citada propuesta, que mantenía la readmisión dentro de los ámbitos propios de las relaciones entre Estados, fue rechazada por el Parlamento Europeo. Véase Resolución legislativa del Parlamento, Doc. 12488/1999, de 17 de abril de 2000, Ponente Mercedes ECHERER.

¹⁹⁶ Véanse puntos nº 26 y 27 de las Conclusiones del Consejo [consulta realizada el 9 de junio de 2006], disponibles en http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_es.htm.

determinado¹⁹⁷. No obstante, hay que advertir que la práctica convencional comunitaria inmediatamente anterior a la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam ya incluía numerosas cláusulas de readmisión, a menudo incluidas dentro de compromisos de diálogo social¹⁹⁸. Aunque esas cláusulas estándar no constituyen *stricto sensu* acuerdos de readmisión, *comprometen* a las Partes Contratantes a volver a admitir a las personas en situación irregular, configurando la readmisión como un elemento más de colaboración, si bien las disposiciones operativas se dejaban a los acuerdos de aplicación que fueran adoptados de forma bilateral por la Comunidad o por los Estados miembros individualmente.

Posteriormente, en el Consejo Europeo de Laeken de diciembre de 2001 (punto nº 40 de las conclusiones) se invitó al Consejo a presentar un plan de acción global de lucha contra la inmigración clandestina, basado en la Comunicación de la Comisión de noviembre de 2001¹⁹⁹. Las Conclusiones de este Consejo reiteraban la necesidad de articular una “verdadera política común de asilo e inmigración” (párrafos 38-41) y un control más eficaz de las fronteras exteriores (párrafo 42)²⁰⁰.

¹⁹⁷ El Consejo hizo referencia en su conclusión nº 26 a la obligación internacional de los Estados de readmitir a sus propios nacionales.

¹⁹⁸ Especial mención requieren los Acuerdos de colaboración y cooperación celebrados con los países nacidos de la disolución de la URSS. A título de ejemplo, los firmados con Uzbekistán, de 21 de junio de 1996 (art. 72), BOE de 21 de agosto de 1999; con Georgia, de 22 de abril de 1996 (art. 75), BOE de 20 de agosto de 1999. Asimismo, en los Acuerdos de Asociación firmados con los antiguos países del este, entonces candidatos al ingreso en la UE, se incluían cláusulas destinadas a la cooperación contra la inmigración ilegal, aunque en los mismos no se hacía referencia expresa alguna a la futura celebración de acuerdos de readmisión entre las partes (por ejemplo, art. 102.1 Acuerdo de 12 de junio de 1995, por el que se crea una asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros y la República de Lituania, DO L 51, de 20 de febrero de 1998). Otros acuerdos en los que se insertaron algunas cláusulas de readmisión son los celebrados con Argelia, Armenia, Croacia, Líbano, Jordania, Egipto y el de Cotonú celebrado con los países ACP (países de África, Caribe y Pacífico), éste último objeto de un completo análisis por Chueca Sancho, “Inmigración y tratados internacionales celebrados por la UE: los Tratados de readmisión”, *op. cit.* Esta práctica es reiterada. Por ejemplo, en Convenios como el Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros, por una parte, y la República Argelina Democrática y Popular, por otra, publicado como Anexo a la Decisión del Consejo de 18 de julio de 2005, relativa a su celebración (DOUE L 265, de 10 de octubre de 2005). Su art. 72.3.c) incluido en el Título VI, cooperación social y cultural, establece un diálogo periódico en el ámbito social, uno de cuyos contenidos será la inmigración clandestina y las condiciones de retorno de las personas en situación irregular respecto a la legislación sobre la estancia y el establecimiento aplicable en el Estado de acogida.

¹⁹⁹ COM (2001) 672, no publicada en el DOCE [consulta realizada el 15 de junio de 2006], disponible en http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=es&type_doc=COMnal&an_doc=2001&nu_doc=672.

²⁰⁰ Las Conclusiones están disponibles en la dirección <http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cmsData/docs/pressData/es/ec/68832.pdf> [consulta realizada el 15 de abril de 2007].

Fiel a ese mandato, el Consejo adoptó el 28 de febrero de 2002 un plan global de lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea²⁰¹. Este Plan incluía una sección consagrada a la política de readmisión y retorno que considera parte integrante y fundamental de la lucha contra la inmigración clandestina (punto 69). El Plan de acción del Consejo hacía hincapié en la necesidad de progresar en materia de tránsito y readmisión, en la identificación de residentes ilegales, en la cuestión de los documentos de viaje para fines de retorno y en las normas comunes para los procedimientos de retorno²⁰².

Basándose en el citado plan se aprobó por la Comisión el 10 de abril de 2002 el denominado “Libro Verde” relativo a una política comunitaria de retorno de inmigrantes irregulares, al que se ha hecho mención *supra*. Este documento, de carácter reflexivo como su prólogo indica, se encargaba de recordar que la política de retorno está estrechamente vinculada a la elaboración de una política común en materia de asilo e inmigración²⁰³. El mencionado Libro centraba su análisis en el retorno de las personas en “residencia ilegal” que debían dejar el territorio en cualquiera de sus dos formas: el retorno voluntario y el retorno forzoso. La Comisión se encargó de recordar que, por razones de carácter humanitario, el retorno voluntario era preferible al retorno forzoso²⁰⁴. El problema era cómo incentivar a una persona para que abandonase de forma no coactiva el territorio de un país al que llega con la esperanza de lograr una expectativa de vida más digna²⁰⁵.

²⁰¹ La propuesta de este plan global para la lucha contra la inmigración ilegal y la trata de seres humanos en la Unión Europea se publicó, como se indicó *supra*, en el Diario Oficial C 142 de 14. 6.2002.

²⁰² Por cierto, España ha sido condenada por no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para transponer la Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea (DOUE L 321, de 6 de diciembre, STJCE (Sala Octava) de 14 de febrero de 2008- *Comisión de las Comunidades Europeas v. Reino de España* (DOUE C 79, de 29 de marzo).

²⁰³ Una invitación a la reflexión que tenía por objetivo presentar sugerencias para una política coordinada y eficaz basada en principios y normas comunes, respetuosas de los derechos humanos y de la dignidad de la persona.

²⁰⁴ Definida en el documento como “cualquier persona que no cumple, o ha dejado de hacerlo, las condiciones para la entrada, la estancia o la residencia en los territorios de los Estados miembros de la Unión Europea”.

²⁰⁵ La Subcomisión de extranjería del Consejo General de la Abogacía apostaba por “un retorno voluntario como un precedente favorable para un futuro regreso, en las normas sobre consecuencias legales de las solicitudes de reingreso”. Respuesta al libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, de 25 de julio de 2002 [consulta realizada el 20 de enero de 2006], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/ResLibroVerde.pdf>, p. 9.

Las expectativas en el abandono *de motu proprio* es un ejercicio de confianza utópico. Por ello, el retorno forzoso empezó a ser considerado como el mecanismo de cierre que podría permitir una mejor ordenación de los flujos, no sólo por su efecto ejecutivo sino preventivo. De esta manera, se consideraba que la definición de una política de retorno forzoso, como parte de una política inmigratoria basada en el orden público, tendría un efecto disuasorio sobre los inmigrantes clandestinos potenciales²⁰⁶. Esta línea directriz debía también tener en cuenta las obligaciones de los Estados miembros, en virtud de los acuerdos o convenios internacionales en materia de derecho de asilo y, generalmente, en materia de derechos humanos y de las libertades fundamentales²⁰⁷.

Siguiendo las directrices de Tampere, el documento recordaba que la viabilidad del retorno dependía de la cooperación con los países de origen en todas las etapas y a todos los niveles de los procedimientos de retorno²⁰⁸. La Comisión trajo a colación la práctica inexistencia de unas normas comunes de readmisión, e incluso de tránsito, entre los Estados miembros, destacando la importancia de considerar el problema migratorio en el marco de las relaciones exteriores de la Unión²⁰⁹. Cuando no fuera posible el retorno directo al país de origen, la Comisión invitaba a las partes interesadas a reflexionar sobre la posibilidad de celebrar "acuerdos de tránsito" con países terceros dispuestos a proporcionar una ayuda para el tránsito de las personas hacia su país de origen. De igual modo, considerando que el retorno forzoso representa un grave ataque a la libertad de la persona, la Comisión invitó a los Estados miembros a reflexionar sobre una serie de

²⁰⁶ Los efectos reales, de la que es fiel ejemplo la frontera sur de la UE, no han sido los esperados.

²⁰⁷ Véase apartado 2.4 (Libro Verde). En este punto radica, a nuestro juicio, la paradoja de este instrumento reflexivo, que no aportaba ninguna novedad en orden a la protección práctica de los derechos de los "retornados".

²⁰⁸ Como se indicaba en su apartado 2.5., "la voluntad de cooperar se reforzará si el hecho de readmitir a los nacionales que se encontraban en residencia ilegal en la Unión resulta en beneficio de los países interesados. Se aconseja que la Unión Europea examine también unas formas de ayuda adecuadas para la viabilidad de los procesos de retorno". Esta preocupante apelación a la peligrosa conexión entre la represión de la inmigración irregular y la ayuda a los países de origen implica una desprotección jurídica del retornado que vuelve a ver degradados sus derechos por el simple hecho de la existencia de un pacto de mutuo beneficio. El criterio de actuación fue complementado con numerosas resoluciones como la Decisión marco del Consejo, de 28 de noviembre de 2002, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares (2002/946/JAI), publicado en DOCE L 328, de 5 de diciembre de 2002.

²⁰⁹ Como se mencionaba en el apartado 3.2, "aparte del marco del Convenio de Dublín y del mecanismo para la determinación de la responsabilidad de las solicitudes de asilo y del art. 11 de la Directiva 2001/55/CE del Consejo sobre la protección temporal, la readmisión entre los Estados miembros tiene lugar solamente sobre la base de acuerdos bilaterales de readmisión o sobre la base de una cooperación informal".

cuestiones que se planteaban en el momento de la definición de una política de este tipo²¹⁰.

La Comisión preveía la posibilidad de proponer una Directiva de normas mínimas relativas al procedimiento de retorno, entre ellas disposiciones que regulen el procedimiento de expulsión además de aquellas ya fijadas por la Directiva 2001/40/CE, considerando al mismo tiempo la posición particular de algunos temas como los menores de edad, etc.; disposiciones que regulen la medida de expulsión del territorio aplicada conduciendo a la persona a la frontera; las condiciones para poder efectuar un recurso contra una medida de expulsión (con o sin efecto suspensivo); entre otras. Además, en aplicación del principio de la prioridad del retorno voluntario por el que abogaba la Comisión, podría considerarse la posibilidad de introducir una diferenciación que privilegiase a las personas que regresaran voluntariamente respecto a aquellas a las que se ha debido expulsar (3.1.6)²¹¹. Con posterioridad, y con carácter complementario, se adoptó una norma sobre vuelos conjuntos para ejecución de órdenes de expulsión y una Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el mecanismo de control y evaluación de los terceros países en el ámbito de la lucha contra la migración ilegal²¹².

²¹⁰ Se proclamaba de forma rotunda que “el retorno forzoso es una limitación muy significativa de la libertad y de la voluntad del individuo” (apartado 3.1).

²¹¹ La propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 1 de septiembre de 2005, COM(2005), 391 final sigue, en grandes rasgos, las líneas programáticas indicadas. Algún que otro autor considera que la propuesta de Directiva en materia de retorno, COM (2005) 391 final, es un importante avance en la realización del programa de la Haya y en la consecución de un equilibrio entre inmigración y asilo, dando una dimensión europea a los efectos de las medidas nacionales de retorno. Mattera, P., “Liberté, sécurité et justice (les nouvelles mesures de la Comisión en matière d’immigration et d’asile)”, en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, vol. 3/ 2005, p. 609. Incluso, se aboga por un procedimiento común europeo de retorno. *Cfr.* además, la propuesta de Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, el planteamiento global sobre la migración un año después: hacia una política global europea en materia de migración, COM (2006) 735 final, de 30 de noviembre (apartado 3.4).

²¹² Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (DO L 261 de 6. 8. 2004). La Comunicación era la COM(2005) 352 final –No publicada en el Diario Oficial–, y respondía a la necesidad de elaborar un mecanismo de evaluación para garantizar el seguimiento de las relaciones con los terceros países en cuanto a la inmigración, puesta de manifiesto por el Consejo en junio de 2003. Se trata de un informe piloto en materia de control y evaluación de la cooperación que afecta solamente a ocho países: Albania, China, Libia, Marruecos, Rusia, Serbia y Montenegro, Túnez y Ucrania [consulta realizada el 28 de febrero de 2007], disponible en <http://europa.eu/scadplus/leg/es/lvb/l14505.htm>.

Por otra parte, el programa de la Haya, aprobado por el Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004, en su orientación dedicada a la dimensión exterior del asilo y a la migración, dedica unas breves notas a la política de repatriación y readmisión²¹³. En líneas generales, no aporta nada nuevo a las recomendaciones que hizo la Comisión en el anteriormente citado “Libro Verde”. Aboga por unas normas comunes y mínimas en materia de expulsión y repatriación, unas reglas que sean compatibles con las relaciones exteriores de la Comunidad con terceros países y, por supuesto, potenciando los acuerdos de readmisión como instrumento de la salvaguardia del orden público y la seguridad²¹⁴.

En 2006 se presentó un informe de la Comisión, dictado en el marco del citado programa²¹⁵. En él se aboga por la finalización de las negociaciones en curso para la celebración de acuerdos de readmisión y por la adopción de nuevos mandatos de negociación, comenzando por los países de los Balcanes Occidentales²¹⁶. Asimismo, el programa temático de cooperación con terceros países en materia de migración y asilo de la Comisión incide en la readmisión de los inmigrantes irregulares como parte fundamental de la lucha contra la que denomina “migración ilegal”²¹⁷. Se estima que

²¹³ DOUE C 53/6 de 3 de marzo de 2005. Para sus aspectos generales nos remitimos a lo comentado en el capítulo primero. Asimismo, un sucinto comentario al respecto en Mattera P., “Liberté, sécurité et justice (le programme de La Haye)”, en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, vol. 2/ 2005, pp. 363-368; Terrádez Salom, D., “La evolución de la política comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 16, 2007, pp. 83-85.

²¹⁴ Un recordatorio de que las políticas de cooperación y ayuda al desarrollo son necesarias para conseguir efectos atenuantes de toda vía de salida forzosa de los “irregulares” del territorio de la Unión. Véase orientación 1.6.4. Aunque se sigue apostando por la potenciación de los instrumentos de readmisión, tal y como se refleja en las Conclusiones del Consejo Europeo de diciembre de 2006, parece que se abre una nueva línea de trabajo por la cooperación y el diálogo internacionales con los terceros países de origen y tránsito, para potenciar el desarrollo (apartado 24.a).

²¹⁵ Comunicación de la Comisión, de 19 de julio de 2006, sobre las prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países [COM (2006) 402 final –no publicada en el Diario Oficial]–. Esta Comunicación sobre la inmigración clandestina forma parte integrante del enfoque general y estructural adoptado por la UE en materia de gestión de la inmigración.

²¹⁶ Más recientemente, en desarrollo de esta línea programática, puede consultarse la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Aplicación del “Planteamiento global sobre la migración” a las regiones orientales sudorientales vecinas de la Unión Europea”, COM (2007) 247 final, de 16 de mayo.

²¹⁷ COM (2006) 26 final, de 25 de enero (apartado 3.2.3). Un reciente comentario sobre la relación entre cooperación y lucha contra la inmigración ilegal en Bertozzi, S., “Europe's migration policy. A comprehensive international strategy or a pressing domestic concern?”, en *Documentos CIDOB*, Migraciones 16, Barcelona, mayo de 2008 [consulta realizada el 20 de junio de 2008], disponible en http://www.cidob.org/es/content/download/7072/70584/file/doc_migraciones_16.pdf.

Frontex²¹⁸ habrá de definir las mejores prácticas en materia de obtención de documentos de viaje y retorno de nacionales de terceros países, así como la conveniencia de que se establezcan normas comunes para la formación de los agentes responsables del retorno²¹⁹.

La Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio es el punto y seguido de este largo proceso. Mucho se está discutiendo acerca de la inflexión en materia de derechos fundamentales que supone esta norma²²⁰. Partimos de una primera reflexión: muchas de sus disposiciones crean un halo de incertidumbre jurídica que pueden colisionar con las normas de Derecho internacional en materia de derechos humanos²²¹. Ahora bien, hay que reconocer que gran parte de sus reglas estaban formuladas de manera casi análoga en la propuesta de 2005 citada *supra* en

²¹⁸ La Agencia Europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea, creada por el Reglamento (CE) n° 2007/2004 del Consejo (26.10.2004, DO L 349/25.11.2004). Una entidad intermedia entre lo policial, lo semimilitar y lo humanitario. Bello Reguera, G., “La emigración y la periferia moral europea”, en *Claves de Razón Práctica*, n° 185, septiembre 2008, p. 20.

²¹⁹ *Cfr.* Illamola Dausà, M., “Hacia una gestión integrada de las fronteras. El Código de Fronteras Schengen y el cruce de fronteras en la Unión Europea”, en *Documentos CIDOB*, serie Migraciones, n° 15, 2008, pp. 31-38.

²²⁰ En su última comparecencia ante la Comisión de Trabajo e Inmigración del Congreso para presentar “la política de inmigración del Gobierno” (22 de julio de 2008), el Sr. Ministro de Trabajo e Inmigración hace alarde de buenas intenciones recordando que “se trata de una Directiva que establece mínimos comunes pero que respeta la legislación nacional siempre que su protección sea superior a la Directiva, por lo tanto no tiene por qué afectar a nuestra legislación, mucho más garantista”, y entendiendo que es “un paso adelante hacia una política común de inmigración y es otra herramienta en la lucha contra la inmigración ilegal y las mafias que trafican con seres humanos”. [Consulta realizada el 2 de agosto de 2008], disponible en <http://www.tt.mtin.es/periodico/ministro/200807/CONGRESO.pdf>, pp. 7-8. Sin embargo, no podemos olvidar que organizaciones tan nada sospechosas como Amnistía Internacional la han rechazado de plano [consulta realizada el 22 de junio de 2008], noticia de 18 de junio de 2008 disponible en <http://www.es.amnesty.org/noticias/noticias/articulo/reaccion-a-la-votacion-sobre-la-directiva-de-retorno/>. Incluso el Consejo General de la Abogacía pone de relieve la “criminalización” del inmigrante que la Directiva representa [consulta realizada el 20 de junio de 2008], noticia del 19 de junio disponible en <http://www.ecodiario.es/sociedad/noticias/608203/06/08/InmigraciOn-la-abogacia-espanola-ve-vergonzoso-que-se-apoye-una-directiva-que-criminaliza-a-los-inmigrantes.html>.

²²¹ Por mucho que el presidente del Gobierno indicase en la sesión de control al Gobierno que es “un avance importantísimo que por primera vez tengamos una directiva que marque límites, incorpore garantías y, de manera singular, vincule la política de inmigración con la Convención Europea de Derechos Humanos y con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea [...]”. En contestación, el diputado Sr. Ridao i Martín, de ERC, subraya que “[...] la Directiva es incompatible *per se* con los derechos humanos y especialmente con la protección de algunas personas, en este caso los menores [...]” y que no permite un retorno digno y seguro [...]”. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados de 25 de junio de 2008, núm. 19, pp. 26, 27 y 29 [consulta realizada el 26 de junio de 2008], disponible en http://www.congreso.es/public_oficiales/L9/CONG/DS/PL/PL_019.PDF.

nota al pie, y fue objeto de escasa discusión científica²²². En su haber, quizá debe subrayarse que es el primer posicionamiento común en materia de inmigración en el espacio de la UE y puede servir para que se impulse una política inmigratoria común más allá de las medidas represivas.

En su deber, el irregular sigue siendo tratado como un “sospechoso” permanente y es objeto de todo tipo de cauciones²²³. Aquí se apunta una lista no exhaustiva pero estimativa:

1) Hay conceptos como el de “riesgo de fuga” que, por mucho que se remitan a la existencia de motivos que se basen en criterios objetivos definidos en el Derecho, no eliminan el juicio subjetivo, en una materia que puede retrotraer al inmigrante a su posición de partida²²⁴. De igual modo, merece el mayor reproche que se afirme que “el nacional afectado podrá tener asesoramiento jurídico, representación [...]”(art. 13.3), sin que se establezca, de forma expresa, la obligación de los Estados de facilitar esas garantías jurídicas²²⁵.

2) Se dispone la posibilidad de establecer limitaciones a la información sobre los fundamentos de hecho de las decisiones de retorno en los casos en que la legislación nacional admita restricciones al derecho a la información [...] (art. 12.1. párrafo segundo), con lo que se afecta decisivamente el derecho de defensa.

3) La lista de agravios y desprecios a la persona continua con la diferenciación, a nuestro modo de ver difícil de comprender, entre “irregulares” en función de que hayan o no obtenido a continuación de su entrada ilegal autorización o derecho para permanecer en él. Respecto de los últimos, la notificación de la decisión de retorno se efectuará por medio de un “formulario normalizado”(art. 12.3, párrafo segundo).

²²² Sin ir más lejos, las normas relativas a las previas garantías a adoptar antes de la expulsión de menores no acompañados, sin discutir su posible contradicción con la propia Convención de Derechos del Niño, contenidas en su art. 10.2, se reproducían en sentido análogo en el art. 8.2.c) de la propuesta. En idéntico sentido, el periodo de vigencia de la prohibición de entrada, si bien ahora se ha añadido la causa de la seguridad nacional para completar las circunstancias que permitirán la ampliación *sine die* de la misma (art.11.2).

²²³ Por ejemplo, las establecidas en su art. 7.3. O, sin ir más lejos, la ampliación del plazo de cinco años.

²²⁴ También presente en la ampliación *sine die* del periodo de prohibición de entrada como subrayamos *supra*.

²²⁵ La propuesta de Directiva de 1 de septiembre de 2005 era más contundente al afirmar que “los Estados garantizarán [...]” (art. 12.3).

4) La suspensión de la ejecución de una decisión de retorno queda a criterio del órgano o autoridad competente para revisar la misma, a no ser que la suspensión temporal sea ya de aplicación en virtud de la legislación nacional (art. 13.2). Se elimina cualquier mención a un posible derecho del nacional del tercer país a solicitar la suspensión de la ejecución, que tendría como efecto su aplazamiento hasta su confirmación o dejaran de ser susceptibles de recurso con efectos suspensivos²²⁶.

5) Se posibilita que los Estados miembros puedan disponer que la asistencia y/o representación jurídica gratuita esté sujeta a las condiciones establecidas en el art. 15, apartados 3 al 6 de la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005, sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados miembros para conceder o retirar la condición de refugiado (DOUE L 326, de 13 de diciembre) (art. 13.4 *in fine*). Las normas al respecto permiten una serie de criterios de aplicación del derecho de asistencia jurídica gratuita que dañifican el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva²²⁷. En circunstancias como la presente, el ejercicio restringido de los derechos repele a la defensa de los derechos de la persona.

6) La compatibilidad entre la protección del interés del menor y las medidas que se establecen no es pacífica²²⁸. No parece que el interés superior del menor sea precisamente una consideración de primer orden como se subraya en el art. 17.5. ¿Por qué no se garantiza expresamente, al menos, que el menor pueda finalizar su curso académico antes de la ejecución de la orden de salida?²²⁹ Y, que decir del internamiento de menores, ¿es qué no existe otras fórmulas más conformes con la protección del interés del menor, como por ejemplo, el acogimiento temporal?²³⁰

²²⁶ La propuesta de 1 de septiembre de 2005 afirmaba que “el recurso tendrá efectos suspensivos o incluirá el derecho del nacional [...]” (art. 12.2).

²²⁷ Véase el comentario de Aguelo Navarro, P., “Directiva de Retorno: no a la criminalización de las personas migrantes”, en *Abogados* nº 51, Europa: ¿Avanza o retrocede?, septiembre de 2008, recurso electrónico disponible en www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/Abo51DRetorno.pdf, p. 14.

²²⁸ Hay que precisar que la expresión “servicios de recepción adecuados en el Estado de retorno” no significa necesariamente que el menor sea retornado a un país que no sea el de origen (art.10.2).

²²⁹ El art. 14.1 sólo garantiza el acceso a la enseñanza básica cuando se esté a la espera del retorno.

²³⁰ Si bien es cierto que sólo serán internados como último recurso y por el menor tiempo posible (art. 17.1).

7) El internamiento del irregular se convierte en la pieza central del sistema. La noción de “riesgo de fuga”, de naturaleza eminentemente penal, es su justificación dogmática. De ahí a la *criminalización* del inmigrante sólo hay un paso²³¹. Además, es una medida de “amenaza” sobre aquella persona que no delate su origen o procedencia (art. 15.1)²³².

En cuanto a su permanencia en el tiempo, se dispone irónicamente que el “internamiento será lo más corto posible” (art. 15.1) para, a continuación, establecerse un plazo máximo de seis meses, ampliable otros doce meses, si, siendo lo más habitual, el nacional de tercer país no coopera en su identificación o existe demora en la obtención de la documentación necesaria que deban expedir terceros países (art. 15, apartados 5 y 6)²³³. El castigo de privación de libertad es desproporcionado.

Además, la autoridad administrativa tiene la facultad de decidir el internamiento²³⁴. No obstante, el art. 15.2 somete la decisión a control judicial, estando los plazos de

²³¹ Cfr. Aguelo Navarro, P., y Chueca Sancho, Á., G., *La Directiva sobre retornos, la directiva de la vergüenza*, mayo de 2008 [consulta realizada el 10 de junio de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/DirectivaRetorno.pdf>, p.1. En este contexto, el Gobierno quiere someter a debate la ampliación, en veinte días, del plazo de 40 días de internamiento de inmigrantes, porque en la mayoría de los casos éste resulta insuficiente [consulta realizada el 25 de junio de 2008], noticia del 19 de junio de 2008 disponible en <http://www.la-moncloa.es/ActualidadHome/2008/190608ViceInmigracion.htm>. Como afirmara José María Ridao, antes de que se aprobara la polémica resolución de la propuesta, en su artículo “la Comisión hará historia”, “[...] resolver mediante la abolición de las garantías jurídicas la situación de ocho millones de trabajadores extranjeros que la UE pretende deportar no es un encomiable ejemplo de realismo, sino una insensata preferencia por los atajos” [consulta realizada el 10 de mayo de 2008], disponible en www.elpais.com de 5 de mayo de 2008.

²³² La única “delicadeza” del legislador comunitario es separar a estos nacionales de los presos si es necesario que sean internados en establecimientos penitenciarios (art. 16.1 *in fine*).

²³³ Como afirma Santós Juliá en su columna de opinión titulado “La Directiva de la infamia”, publicado en la edición impresa del diario El País de 13 de julio de 2008, “si para limitar el plazo de esta flagrante violación de derechos humanos [se refiere a la inexistencia de plazo máximo de internamiento prevista en los ordenamientos jurídicos de muchos Estados miembros] se aprueba una directiva que permite a todos los Estados encerrar durante 18 meses, entonces habremos reducido el nivel de infamia de unos Estados por el procedimiento de elevar el nivel de infamia de todos los demás [...]”. En sentido análogo se pronuncia el escritor Juan Goytisolo en un artículo de opinión “Europa: de las Luces al Apagón” publicado en el citado diario con fecha 29 de junio de 2008. Por último, como advierten Aguelo Navarro, P., y Chueca Sancho, Á., G., la UE práctica el lenguaje del cinismo porque defiende los derechos humanos y los niega a las personas en situación irregular. “Directiva de retorno, Directiva de expulsión (nota crítica avuelapluma desde los derechos humanos)”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 18, 2008, p. 162.

²³⁴ Circunstancia que sólo se contemplaba para casos urgentes en el art.14.2 del proyecto presentado por la Comisión en 2005.

internamiento prolongados sometidos a la supervisión de la misma. ¿Por qué no se han establecido plazos para ese control?²³⁵

Por último, otro motivo de preocupación en la defensa de los derechos fundamentales del nacional de tercer país en situación ilegal es la posibilidad prevista en el art. 18.1, de carácter excepcional es cierto, de conceder periodos más largos para el control judicial del internamiento cuando se plantee un exceso de ocupación en los centros o de carga de trabajo de las autoridades administrativas o judiciales que tienen que decidir sobre el retorno, e incluso tomar medidas urgentes en las condiciones del propio internamiento. ¿Cuáles serían?

Indudablemente, esta política de retorno necesita de la readmisión como principal mecanismo operativo. ¿De qué sirve elaborar todo un conjunto de normas que prevén el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular si no existen instrumentos que garanticen la admisión de la persona objeto de expulsión o devolución en origen o en un tercer país? La errática suscripción de compromisos internacionales de la Unión con terceros países para implantar la “cruzada” contra toda forma de presencia de irregulares en nuestras sociedades revela la inconsistencia de la política de inmigración comunitaria. Es de esperar que a raíz de la nueva Directiva se impulse la política de cooperación en materia de readmisión con terceros países²³⁶.

En el Consejo Europeo de Sevilla de junio de 2002 se clarificó la supeditación de la suscripción de todo acuerdo de cooperación, de asociación o equivalente que la Unión o la Comunidad celebre con cualquier país a la inclusión de cláusulas sobre control de flujos y sobre readmisión obligatoria (párrafo 33)²³⁷. La readmisión se convertía pues, definitivamente, en el mecanismo compensatorio por excelencia en el marco de las

²³⁵ Es cierto que ha desaparecido la mención expresa de un plazo concreto de control judicial (cada mes) que establecía el proyecto de 2005 (art. 14.3).

²³⁶ Se propone incluso “el establecimiento de incentivos para que los potenciales inmigrantes permanezcan en el propio país de origen”. Dictamen del Comité de las Regiones “Plan de Política en materia de inmigración legal lucha contra la inmigración ilegal futuro de la Red Europea de Migración”, de 13 de febrero de 2007, 2007/C/146/01 (DOUE C 146, de 30 de junio), (punto 1.18). ¿En qué consistirían esos incentivos?

²³⁷ Las Conclusiones están disponibles en la dirección http://www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/es/ec/72639.pdf [consulta realizada el 30 de noviembre de 2006].

relaciones de cooperación o asociación con terceros países, una garantía de que la deberían responder los terceros Estados que pretendiesen establecer lazos de cooperación con la UE²³⁸. El concepto de readmisión por el que se abogó en el citado Consejo supuso un punto de inflexión, escasamente discutido posteriormente. La readmisión por parte de terceros países incluiría la de los propios nacionales presentes ilegalmente en un Estado miembro y, en las mismas condiciones, la de los nacionales de terceros países de cuyo tránsito por el país de que se trate haya constancia (párrafo 34).

Hasta la fecha presente, el efecto práctico que han producido las sucesivas recomendaciones de la Comisión se ha traducido en la aprobación de progresivos acuerdos de readmisión de residentes ilegales, instrumentos normativos idénticos en su contenido y de dudosa eficacia práctica²³⁹. En líneas generales, todos estos acuerdos inciden en la

²³⁸ Como afirma Chueca Sancho, las Conclusiones de Tampere y Sevilla ponen de manifiesto que la conjunción de readmisión y cooperación al desarrollo constituye la principal componente de la política de la Unión en la materia, *op. cit.*, p. 15.

²³⁹ Aunque en la teoría sean llamados a representar un avance importante hacia la mejora del control migratorio, Reermann, "Readmission Agreements", *op. cit.*, p. 124. Un artículo, publicado el 28 de mayo de 2007, sobre la problemática del control de los flujos, donde se hace hincapié en la escasa operatividad de esos Acuerdos, titulado "Italia, España y el modelo migratorio mediterráneo en el siglo XXI", de Claudia Finotelli, puede consultarse en la página web de la bitácora Almendrán [consulta realizada el 10 de mayo de 2008], disponible en <http://www.almendron.com/tribuna/?p=15690>. Los Acuerdos adoptados han sido aprobados mediante las siguientes Decisiones: Decisión 2007/341/CE del Consejo, de 19 de abril de 2007, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Federación Rusa sobre la readmisión de residentes ilegales (DOUE L 129 de 17 de mayo de 2007); Decisión 2007/817/CE del Consejo, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la antigua República Yugoslava de Macedonia sobre la readmisión de residentes ilegales (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión 2007/818/CE del Consejo, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Montenegro sobre la readmisión de residentes ilegales (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión 2007/819/CE del Consejo, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Serbia sobre la readmisión de residentes ilegales (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión 2007/820/CE del Consejo, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Bosnia y Herzegovina sobre la readmisión de residentes ilegales (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión 2007/826/CE del Consejo, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Moldova sobre la readmisión de residentes ilegales (DOUE L 334, de 19 de diciembre de 2007); Decisión 2007/839/CE del Consejo, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y Ucrania sobre la readmisión de residentes ilegales (DOUE L 332, de 18 de diciembre de 2007) Decisión 2005/371/CE del Consejo, de 7 de noviembre de 2005, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Albania sobre la readmisión de residentes ilegales (DOUE L 304 de 23.11.2005) y que entró en vigor el 1 de mayo de 2006 según consta en la Información del Consejo (DOUE L 96/9, de 5 de abril de 2006); Decisión 2005/372/CE del Consejo, de 3 de marzo de 2005, relativa a la firma del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la República de Sri Lanka sobre la readmisión de residentes ilegales (DO L 124 de 17.5.2005) y que entró en vigor el 1 de mayo de 2005 (DOUE L 138/17, de 1 de junio de 2005); Decisión del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Región Administrativa Especial de Macao de la República Popular China sobre la readmisión de residentes ilegales (DOUE L 143, de 30 de abril de 2004); Decisión 2004/80/CE del Consejo, de 17 de diciembre de 2003, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Región Administrativa de Hong Kong de la República Popular China, sobre readmisión de ilegales (DOUE L 17, de 24 de enero de 2004). Sobre este último Acuerdo puede verse también la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa a la firma del Acuerdo entre la

extensión del alcance subjetivo de los posibles candidatos a la readmisión incluyendo, además de a los propios nacionales de cada Parte, a los apátridas y a los nacionales de terceros países que hayan entrado en territorio de la UE o en el territorio de la otra Parte desde el espacio jurisdiccional de la Parte contratante contraria²⁴⁰.

Los acuerdos de readmisión individualmente celebrados por los Estados miembros constatan la insuficiencia de las cláusulas estándar incluidas en los Acuerdos de cooperación, asociación o equivalentes suscritos por la Unión o la Comunidad con terceros países²⁴¹. Estos Acuerdos celebrados *ad hoc* son un intento supletorio de garantizar que la admisión de inmigrantes tiene unos límites establecidos²⁴². Sea como cláusula independiente o como tratado monotemático, estamos en presencia de un condicionamiento negativo de la acción exterior de la UE, que contrasta con la cláusula de “democracia y derechos humanos” estipulada en la mayoría de acuerdos de cooperación y asociación de la UE con terceros países como elemento sustantivo. La reciente aprobación del pacto Europeo de inmigración y asilo por el Consejo Europeo de Bruselas de octubre de 2008 no viene a introducir ninguna novedad significativa al respecto²⁴³.

Comunidad Europea y el Gobierno de la Región Administrativa Especial de Hong Kong de la República Popular China sobre readmisión de residentes ilegales (SEC(2002) 412 –C5-0263/2002– 2002/0092[CNS]) [consulta realizada el 5 de marzo de 2006], disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A5-2002-0381+0+DOC+PDF+V0//ES>.

²⁴⁰ La noción de apátrida y residente de un tercer país, a efectos de lo dispuesto en esos acuerdos, no se corresponde con las nociones habituales de estos términos. El nacional del tercer país será aquella persona que posea una nacionalidad que no sea ni de alguno de los Estados miembros ni de la Parte con la que se suscribe el acuerdo. Por su parte, el apátrida complementa la anterior definición incluyendo a todo aquella persona que no sea nacional del Estado con el que se suscriba el acuerdo, ni de uno de los Estados miembros, y de la que no conste que posee la nacionalidad de ningún otro Estado miembro. Por ejemplo, en el Acuerdo con Hong Kong se prevé en su art.1 que Hong Kong readmitirá en su territorio a los residentes permanentes y a los antiguos residentes permanentes que no cumplan o hayan dejado de cumplir los requisitos de entrada, estancia o residencia vigentes en el territorio de un Estado de la UE (el citado Acuerdo no resulta de aplicación a Dinamarca, en virtud de lo dispuesto en la Declaración conjunta relativa a ese país, aunque ese Estado y la región de Hong Kong deben celebrar un acuerdo bilateral en las mismas condiciones de ese Acuerdo). En el Acuerdo con los Estados ACP se subraya en su art. 13, párrafo 5,c), ii) que, a petición de una Parte, se iniciarán negociaciones para la celebración de acuerdos bilaterales que regulen las obligaciones específicas de readmisión y retorno, incluyendo las mismas, si una de las Partes lo considera necesario, disposiciones sobre la readmisión de nacionales de terceros países y apátridas.

²⁴¹ La estrecha conexión entre asociación y readmisión responde a la necesaria política cooperativa con los países de origen. *Cfr.* Reermann, *op. cit.*, p. 125 y pp. 137-138.

²⁴² El Acuerdo de readmisión es la expresión práctica de una decisión bilateral, que establece, como recordaba el glosario de definiciones en su Anexo el Libro Verde, los procedimientos prácticos y los medios de transporte para el retorno y la readmisión por las partes contratantes de las personas que residen ilegalmente en el territorio de una de las partes contratantes.

²⁴³ Disponible en <http://www.statewatch.org/news/2008/oct/eu-european-pact-imm-asy1-13440-08.pdf> [consulta realizada el 19 de octubre de 2008].

El carácter necesariamente negociado de tan peculiar figura jurídica, un auténtico pacto *de contrahendo*, viene a sancionar la complejidad de una materia como la ejecución de las órdenes de salida forzosa, que quedaría sin efecto práctico alguno sin la conjunción de voluntades. A la voluntad de repatriar de una Parte tiene que sumarse la de readmitir de la otra, por mucho que se invoque el principio general de Derecho internacional de obligación de reingreso del nacional del propio país. Sólo un acuerdo de voluntades permite en puridad hablar de readmisión. Una consecuencia lógica de esta argumentación es que, puesto que es necesario un acuerdo en virtud del cual la institución despliegue su efectividad, las contrapartidas para el logro de esos pactos pasarán a desempeñar un papel crucial en esta materia²⁴⁴.

La imposición de cláusulas de readmisión en los Acuerdos y Tratados celebrados por la UE con terceros países es una caución que, en no pocas ocasiones, está conectada *de facto* con la activación-desactivación de líneas de ayuda económica con el país de origen. El desarrollo de los países “exportadores” de mano de obra se ha convertido en una cuestión de la política de frenos y contrapesos de la UE, cuando lo que debería ser es una práctica de justicia²⁴⁵. En este “juego político y diplomático”, la readmisión sintetiza el cínico racionalismo, la contrapartida a cuya suerte de realización se conjuga todo apoyo económico en la lucha contra la pobreza de los países de origen. La celebración de acuerdos de readmisión tiene muy poco en cuenta, por no decir nada, las causas reales de la migración de las personas sin que tampoco arbitren posibles soluciones al respecto²⁴⁶.

La obligación concreta de las Partes contratantes es muy clara: readmitir, sin ninguna otra formalidad que no sea la petición de la Parte contraria, a los respectivos nacionales que se encuentren de forma ilegal en el territorio de la otra Parte²⁴⁷. En los instrumentos

²⁴⁴ Si un Estado readmite a una persona, se encontrará en una posición de expectativa de ayuda del país requirente. *Cfr. Nair, Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles, op. cit.*, p. 146.

²⁴⁵ Lo que no resulta perceptible es que en las políticas de desarrollo que se tiene hacia los países de origen pese el respeto al protagonismo de los inmigrantes.

²⁴⁶ Por ejemplo, la conexión de la política de visados comunitaria y los acuerdos de readmisión. Véase, por todos, Meloni, “The development of a common visa policy under the Treaty of Amsterdam”, *op. cit.*, p. 1366.

²⁴⁷ En resumidas cuentas, un mecanismo de externalidad del control como afirman Pisarello, G., y Aparicio Wilhemi, M., “Multiplicar las fronteras, externalizar el control”, en *Viento sur: por una izquierda alternativa*, nº 89, 2006, p. 113.

convencionales, la Comunidad se garantiza, en la posición de fuerza que le da la deriva unidireccional de los flujos migratorios, que la unión estrecha entre readmisión y cooperación para la lucha contra la inmigración ilegal se blinde con el compromiso de los terceros países de celebrar acuerdos específicos de readmisión con los Estados miembros que lo soliciten (por ejemplo, art. 72.2 Acuerdo con Uzbekistán)²⁴⁸.

De este modo, el futuro de una persona calificada como “irregular”, sus esperanzas de alcanzar algún día una vida más digna, pasan a depender de la capacidad negociadora de las partes, de las ofertas y contraofertas que se puedan trasladar. Con estos acuerdos, los Estados de origen, a cambio de hacerse cargo de los reingresados, intentan asegurarse una partida financiera para el supuesto desarrollo de su país, aunque en el fondo podamos intuir que aquella no se destinará a mejorar los derechos de sus nacionales²⁴⁹. Mientras, el Estado requirente pretenderá liquidar un problema como el de la inmigración irregular ofreciendo y “lavando su conciencia” con esa ayuda pecuniaria sin preocuparse de la suerte futura de los derechos de las personas que van a ser objeto de repatriación. En todo caso, de forma indirecta, la mayor o menor satisfacción de la contraprestación ofertada será un elemento decisivo para que se pueda o no culminar el proceso con la suscripción de un acuerdo de cooperación, o específico de readmisión. En último término, determinará que el extranjero inmigrante pueda seguir teniendo o no expectativas de transitar por ese espacio de continua inseguridad jurídica, precariedad social y explotación económica que es la irregularidad administrativa.

Para que la ejecución de la salida forzosa pueda completarse, la prueba de la nacionalidad se convierte en un elemento importante, aunque no el único, para el proceso de readmisión²⁵⁰. Con ese objetivo, se establece una lista amplia de documentos idóneos

²⁴⁸ La conjugación de la técnica convencional multilateral con la bilateral confirma que la readmisión se convierte en el elemento de cierre del sistema de lucha contra la inmigración ilegal.

²⁴⁹ Algunas normas son más explícitas y pretenden que se vigilen los puestos fronterizos vecinos de forma subvencionada. Véase RD 845/2006, de 7 de julio, por el que se regula la concesión de una subvención extraordinaria al reino de Marruecos para la mejora del control de sus fronteras y lucha contra la inmigración ilegal (BOE núm. 162, de 8 de julio).

²⁵⁰ En muchos Acuerdos se contienen cláusulas de admisión de nacionales de terceros Estados siempre que se acredite que accedieron a territorio comunitario desde el país con el que haya suscrito Convenio. No obstante, “la falta de documentación continua siendo un obstáculo para el retorno efectivo de migrantes ilegales”. Comunicación de la Comisión Europea sobre prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, COM (2006) 402 final, de 19 de julio (apartado 3. g. 47). Asimismo véanse las observaciones apuntadas *supra* respecto a la denominada Directiva de retorno recientemente aprobada por el Parlamento Europeo.

para la activación de la ejecución. La Unión Europea no ha dejado nada al azar, y en su afán de evitar que la institución quede sin efecto práctico por la indocumentación voluntaria o forzosa de la persona que va a ser repatriada, ha establecido un catálogo amplio de documentos acreditativos del vínculo jurídico-político del nacional objeto del procedimiento de readmisión, sea de forma explícita o indirecta²⁵¹. Por último no deja de resultar desconcertante que en la Resolución aprobada por el Parlamento Europeo con fecha 18 de junio de 2008 no se articule línea de actuación alguna en la materia.

3. Los instrumentos convencionales de readmisión concluidos por España y terceros Estados

En el contexto de lucha contra el flujo clandestino de personas, España ha concertado una serie de acuerdos con diversos Estados para la readmisión en el territorio del Estado que ha servido de “vía de acceso” a la entrada ilegal en nuestro territorio o, en su caso, con el Estado correspondiente a la nacionalidad del extranjero, y que técnicamente se constituyen como acuerdos de cooperación²⁵². Mayoritariamente, se ha utilizado la fórmula de la inserción de cláusulas específicas en los tratados de cooperación celebrados hasta la fecha²⁵³. Con estos instrumentos se pretende combatir la inmigración “ilegal” ante la todavía tímida implantación de la práctica comunitaria al respecto²⁵⁴. O, en otras

²⁵¹ Normalmente esta lista de documentos se establece en los Anexos de los respectivos Acuerdos. Incluso se admite hasta la declaración escrita de testigos, que introduce matices quasi-inquisitoriales en este proceso. Por todos, véase art. 3.1 Acuerdo de readmisión entre la Comunidad Europea y la Federación Rusa, de 25 de mayo de 2006 (DOUE L 129 de 17 de mayo de 2007).

²⁵² La terminología no es uniforme: en algunos instrumentos se habla de “extrañamiento” y de “readmisión” de forma indistinta (Véase Acuerdo con Rumania, de 29 de abril de 1996, BOE núm. 150, de 21 de junio de 1996). En otros se alude a “repatriación” (Acuerdo con Guinea-Bissau, de 7 de febrero de 2003, BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2003); (Protocolo entre el Gobierno de España y el Gobierno de la República Argelina Democrática y Popular sobre circulación de personas, hecho ad referendum en Argel el 31 de julio de 2002, BOE núm. 37, de 12 de febrero de 2004) o se apuesta por la locución “readmisión” (Acuerdo con Bulgaria, de 16 de diciembre de 1996, BOE núm. 51, de 28 de febrero de 1997); (aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1991, BOE núm. 100, de 25 de abril de 1992), (Acuerdo entre el Gobierno Español y el Gobierno Macedonio relativo a la readmisión de personas en situación irregular, hecho “ad referendum” en Skopje el 6 de febrero de 2006, BOE núm. 280, de 23 de noviembre). Hay que tener en cuenta que desde el 1 de enero de 2007 la aplicación de los Acuerdos con Rumania y Bulgaria, por lo que respecta a los nacionales de esos países, resulta cuestionable jurídicamente.

²⁵³ Esos acuerdos de cooperación son de especial importancia porque van dirigidos fundamentalmente a regular la ordenación en origen de la selección de trabajadores inmigrantes.

²⁵⁴ A título enunciativo, así se refleja por ejemplo, en el Preámbulo del Acuerdo con Guinea-Bissau, de 7 de febrero de 2003 (BOE núm. 74, de 27 de marzo). Estos Acuerdos consisten básicamente en un compromiso

palabras, “favorecer” la salida de las personas que han entrado irregularmente en nuestro país²⁵⁵. El plan África 2006-2008, un importante documento de nuestra política exterior, sugiere que estos acuerdos poseen un contenido no limitado a las cuestiones migratorias, aunque el mismo documento contempla “la conclusión y, en su caso, potenciación de Acuerdos Marco de Cooperación Migratoria y Readmisión” con los países de origen de tales flujos. Junto a ellos prevé “en tanto entran en vigor los Acuerdos de Cooperación Migratoria, o incluso en su defecto”, los “esfuerzos” del Gobierno español para consolidar en aquellos la voluntad política y la “capacidad administrativa” para combatir la inmigración ilegal y aceptar la repatriación²⁵⁶.

No deja de resultar paradójica la escasa vocación, hasta hace poco tiempo existente, de suscripción de estos acuerdos con los países del África subsahariana, procedencia de gran parte de las personas que intentan entrar clandestinamente en España²⁵⁷. Es importante subrayar que la aleatoriedad que supone no ser un nacional de un tercer país al que sea de aplicación uno de esos acuerdos introduce una línea divisoria de progresión de posibilidades de quedarse en el país, aunque sea “sin papeles”, al no preverse mecanismos bilaterales internacionales de repatriación. Por ejemplo, un nacional congoleño que intente

de las autoridades fronterizas para readmitir en su territorio, a petición formal del Estado requirente, a sus propios nacionales y/o los de países terceros que han entrado ilegalmente en el territorio procediendo del Estado requerido. Santolaya Machetti, *op. cit.*, p. 249.

²⁵⁵ La propia Disposición adicional sexta de la LOEXIS, con la redacción dada por la Ley 14/2003, remite expresamente a esos tratados internacionales para la citada readmisión. No obstante, estos convenios internacionales no afectarán a las obligaciones de admisión o readmisión de los extranjeros impuestas a las Partes Contratantes por otros Acuerdos Internacionales (Véase por ejemplo, art. XIV Guinea-Bissau).

²⁵⁶ Plan África 2006-2008 del Ministerio de Asuntos Exteriores y Cooperación [consulta realizada el 13 de octubre de 2007], disponible en <http://www.mae.es/NR/rdonlyres/2931C11A-CA1D-4A45-B928-7C1FFD0B5000/0/LIBROPLANAFRICA.pdf>, p. 72.

²⁵⁷ Las no muy lejanas oleadas de cayucos a las Islas Canarias en mayo de 2006, impulsó al Gobierno a emprender una ofensiva diplomática en la zona para intentar llegar a acuerdos con los citados países. Sin embargo, no deja de resultar contraproducente que la lucha contra la inmigración ilegal se ha saldado en los últimos seis años, en los que ha aumentado el problema, con un número no muy elevado de acuerdos en vigor con países subsaharianos. Los únicos acuerdos suscritos con países de esa área que no tengan naturaleza laboral han sido el Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania en materia de inmigración, hecho en Madrid el 1 de julio de 2003, cuya aplicación provisional fue publicada en BOE núm. 185, de 4 de agosto de 2003; el Acuerdo entre el Reino de España y la República de Guinea-Bissau en materia de inmigración, hecho en Madrid el 7 de febrero de 2003, publicado en BOE núm. 74, de 27 de marzo de 2003. Los restantes son acuerdos de cooperación en materia laboral que incluyen cláusulas específicas de readmisión (los más recientes los acuerdos marcos de cooperación con Níger, cuya aplicación provisional se publicó en BOE núm. 160, de 3 de julio de 2008 o la aplicación provisional del Acuerdo con Mali publicada en BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008). Además, con carácter específico, se ha celebrado un acuerdo con Senegal para la protección, repatriación y reinserción de menores no acompañados, publicado en BOE núm. 173, de 18 de julio de 2008. Mientras se han suscrito Convenios con países como Suiza, Francia, etc., de los que difícilmente provendrán indocumentados.

acceder al territorio nacional desde su país tendrá más posibilidades de no ser repatriado que uno que sea nacional caboverdiano. Es sintomático que el destino personal y social de una persona quede en manos de los azarosos compromisos internacionales del momento.

La aplicación subjetiva de la institución de readmisión es, como advertimos *supra*, uno de los aspectos de ejecución más compleja, y los acuerdos bilaterales suscritos por España no son una excepción. La readmisión afecta a los nacionales del Estado requerido, pero puede hacerse extensiva a nacionales de terceros países que hubiesen entrado ilegalmente en el territorio español desde el Estado requerido²⁵⁸. También, si así se estipula, sólo se aplicará a nacionales de los que se pruebe o presuma que *poseen* la nacionalidad de la Parte requerida (*inter alia*, art. I, Acuerdo Guinea-Bissau)²⁵⁹. La readmisión sólo será posible si se demuestra que el extranjero proviene efectivamente del territorio del Estado requerido (art. 2, párrafo inicial, Marruecos), aspecto que puede resultar difícil de acreditar para evitar la repatriación, cuando los intentos de entrada son, en su mayoría, marítimos²⁶⁰.

La aleatoriedad de la nacionalidad, presente en este instituto restrictivo, tiene su punto complementario en la compleja aplicabilidad práctica de estos convenios. Su causa es la dificultad de la prueba del origen del inmigrante indocumentado. Si complicada es la prueba de la nacionalidad en estos casos, aún más dificultad probatoria ostenta el reconocimiento del origen territorial del inmigrante irregular. Es lógico que el extranjero que pretende entrar clandestinamente oculte las pruebas que puedan delatarlo; está en juego su futuro vital²⁶¹.

²⁵⁸ Por todos, art. 1 del Acuerdo con Marruecos. En el art. 5.1 de los Acuerdos con Suiza y Francia se prevé la readmisión del nacional de tercer país siempre que se acredite que dicha persona entró en el territorio de esa Parte después de haber residido o transitado por el territorio de la Parte requerida.

²⁵⁹ Para facilitar la prueba y presunción de la nacionalidad, los acuerdos prevén, a excepción del de Marruecos, ya que el objeto de demostración es distinto, una serie de documentos, que entendemos en lógica jurídica no deberían actuar procesalmente como *numerus clausus*, sino a título enunciativo (art. 2). En el Convenio con Guinea-Bissau se especifica una cláusula abierta para la acreditación de la nacionalidad, “cualquier otro documento reconocido por el Gobierno de la Parte Contratante requerida que permita la identidad de esa persona” (art. V, 3 f).

²⁶⁰ Por supuesto también hay que acreditar la entrada irregular en el Estado requirente y que se produjo desde el territorio del Estado requerido.

²⁶¹ Muchos inmigrantes se “indocumentan” a sabiendas para eludir el retorno, aspecto que los países de origen aprovechan.

Los diversos instrumentos incorporan en su articulado, en previsión de la dificultad de acreditación documental de la nacionalidad del extranjero, elementos que hagan posible comprobarla (art. VI, Convenio con Guinea-Bissau o art. 2 del Anexo Acuerdo con Guinea). Esa lista potestativa de medios probatorios no puede hacernos olvidar que la discrecionalidad, en éste como en otros procedimientos de extranjería, es una pauta de actuación administrativa al servicio de una causa unilateral: la selección de inmigrantes²⁶².

La determinación de los mecanismos que puedan hacer presumir la nacionalidad de la persona sujeta al procedimiento de repatriación alcanza unas cotas de inseguridad jurídica extrema cuando, en ausencia de prueba documental y existencia de elementos que hagan posible presumirla, se admite la posibilidad de pedir a los agentes diplomáticos y consulares de la Parte requerida su colaboración en la comprobación de la nacionalidad de la persona objeto de readmisión (art. 3.2, Rumania; art. 3.3 Bulgaria, por todos). El requerimiento de colaboración se articula mediante una entrevista personal. ¿Qué garantías se establecen para que el procedimiento se ajuste a la más elemental defensa de los derechos fundamentales del interesado, a no declararse culpable y a la presunción de inocencia, entre otros? Tiene que ponderarse que la entrevista personal que se habilita en los respectivos textos convencionales es un instrumento al servicio de la política de repatriación, pero que no se puede impeler la confesión de la nacionalidad de origen a menos que se respeten, en todo momento, los derechos fundamentales, especialmente el derecho a la defensa y a no declarar²⁶³. El silencio en los respectivos acuerdos es cuanto menos una abdicación a la defensa de los derechos de los afectados. Al menos *de lege ferenda* se podría incluir la posibilidad de que un representante del Estado español estuviera presente en la práctica de esa prueba.

El fin último, como se indicó en su momento, es que se identifique a la persona objeto de repatriación por cualquier medio de prueba, aunque se trate de documentos que hayan

²⁶² ¿Cuáles son las garantías de una persona objeto de un procedimiento de repatriación y que enuncian los acuerdos respectivos cuando la acreditación suficiente de la nacionalidad es una potestad que queda al criterio discrecional de la Parte requirente?

²⁶³ Estos instrumentos internacionales han sido objeto de críticas al suponer una disminución objetiva de garantías, y por su eventual incidencia sobre el principio de *non refoulement* de la Convención de Ginebra. Santolaya Machetti, *op. cit.*, p. 249.

perdido su validez, para que la misma no quede sin efecto²⁶⁴. El Estado español quiere garantizarse que la prueba insuficiente de la nacionalidad no se constituya en prórroga permanente de la situación de irregularidad del inmigrante.

Además, la existencia de fecha de vencimiento para la solicitud de readmisión presente en un acuerdo emblemático y crucial como el concluido con Marruecos – diez días posteriores a la entrada ilegal (art. 2, párrafo segundo) – es un impedimento más a la correcta aplicación de la readmisión, una institución cuya petición ha de ser formulada, en este concreto caso, en un corto plazo de tiempo desde la entrada ilegal del extranjero. Este plazo no consta en los restantes convenios, aunque sí se prevé plazo para la respuesta a la solicitud y para la readmisión aceptada (art. 4, Acuerdo con Rumania; arts. 3.4 y 3.5 Bulgaria).

En lo que respecta a la entrada y el tránsito por el territorio de cada Parte Contratante respecto de los nacionales de terceros Estados expulsados por la Parte requirente, está prevista cuando la continuación de viaje de los nacionales de terceros países expulsados y su admisión en el Estado de destino estén plenamente aseguradas (art. 6, primer párrafo Marruecos)²⁶⁵. Eso sí, el Estado requirente se obliga a readmitir al extranjero cuya expulsión esté en curso cuando el país de destino rechace la entrada de los expulsados (art. 6, párrafo tercero Marruecos). Asimismo, resulta sintomático que los gastos de transporte hasta la entrada en el territorio del país requerido (art. 10, Marruecos) –y de regreso en el supuesto previsto anteriormente– serán por cuenta del Estado requirente (gastos ocasionados hasta la frontera, según arts. 5 y 9, Rumania; arts.4 y 8, Bulgaria y art. 7.3 Suiza, por todos; y hasta el aeropuerto del Estado requerido según art. IX, Guinea- Bissau, art. XIII Mauritania). En la práctica, será el Estado español, como receptor de inmigrantes

²⁶⁴ Incluso se restringe el alcance de los acuerdos comunitarios de readmisión, como ocurre en materia de prórroga de plazos de respuesta o la necesaria motivación de la denegación de las solicitudes de readmisión. Véase al respecto, Aplicación provisional del Protocolo de Ejecución entre el Reino de España y la Federación de Rusia, relativo a los plazos de respuesta a las solicitudes de readmisión de conformidad con el Acuerdo sobre readmisión entre la Comunidad Europea y la Federación de Rusia de 25 de mayo de 2006, hecho en Moscú el 1 de febrero de 2007 (BOE núm. 269, de 9 de noviembre de 2007).

²⁶⁵ El tránsito, a efectos de la medida de extrañamiento, podrá denegarse si el extranjero corre riesgo de persecución en el Estado de destino por raza, religión, pertenencia, nacionalidad u opiniones políticas y si corre riesgo de ser acusado o condenado en un Tribunal Penal del Estado de destino por hechos anteriores al tránsito (art. 8 Acuerdo con Rumania). En idéntico sentido se pronuncian todos los demás Acuerdos. Sirva a título de ejemplo el art. 7 del Acuerdo con Bulgaria, con el añadido de los que tengan prohibida la entrada en el territorio de la Parte requerida o si constituyesen una amenaza contra la seguridad nacional, el orden público y la salud pública, o el art. 17 del Acuerdo con Suiza.

que intentan entrar irregularmente en territorio nacional, el que tenga que sufragar los mismos.

Aunque el principio de reciprocidad está presente en todos los instrumentos convencionales suscritos al efecto, la unilateralidad de los flujos migratorios y la problemática de la admisión de personas en las sociedades de destino convierten a la readmisión en el cierre del sistema²⁶⁶. En todo caso, lo que no garantiza esta institución es que el proceso de candidatura al reingreso en la sociedad de destino se reinicie. La readmisión resuelve en falso el problema de los indocumentados, con una sospechosa carencia de preocupación por las garantías de los derechos que el repatriado pueda tener en origen²⁶⁷. Nuevamente reaparece la divergencia ostensible entre la teoría y la práctica de un Derecho como el de extranjería que no atiende en su justa medida al sujeto para el que se aplica. ¿Qué medios económicos dispone un candidato a la repatriación para solicitar la suspensión cautelar del acto de ejecución de la orden de salida?, ¿cómo se asegurarán los derechos de los repatriados cuando sean enviados a su Estado de origen, en la medida que no tengan derecho a permanecer en el territorio del Estado requerido?, ¿qué posibilidad de prosperar tiene un recurso cuando el recurrente se encuentra a miles de kilómetros de distancia? Éstas y otras cuestiones plantean serias dudas respecto al voluntarismo programático que se expone, de forma casi mimética, en los Preámbulos de los distintos acuerdos suscritos.

Como hemos adelantado *supra*, la readmisión también se contempla en los acuerdos de regulación y ordenación de flujos migratorios laborales que España ha suscrito con

²⁶⁶ El principio de reciprocidad se reviste en los respectivos Preámbulos bien como espíritu de cooperación (Aplicación Provisional del Acuerdo entre España y Rumania relativo a la readmisión de personas en situación irregular, firmado en Bucarest el 29 de abril de 1996; BOE núm. 150, de 21 de junio) o de la sempiterna invocación de los lazos históricos (Aplicación Provisional del Acuerdo entre España y Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992; BOE núm. 100, de 25 de abril). Más directa es la apelación en los Acuerdos con Bulgaria, hecho en Sofía el 16 de diciembre de 1996 (BOE núm. 51, de 28 de febrero de 1997) con Lituania, hecho en Madrid, el 18 de noviembre de 1998 (BOE núm. 94, de 19 de abril de 2000), o con Suiza, hecho en Madrid el 17 de noviembre de 2003 (BOE núm. 17, de 20 de enero de 2005), a título enunciativo.

²⁶⁷ La *externalización* de la política de control de flujos tiene en la firma de estos Acuerdos bilaterales uno de sus más claros exponentes. López Sala, "Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada", *op. cit.*, p. 80. Es el efecto mediático con el que suele responder el Estado desarrollado a la fractura "Norte-Sur", cada vez más desplazada en el espacio geográfico. La unilateralidad de los flujos es contrarrestada por los Estados requirentes con una despreocupación total por las garantías jurídicas de los extranjeros en sus países de retorno, *ibidem*, p. 81.

algunos países²⁶⁸. Sólo mencionaremos tres notas al respecto. Todos los acuerdos incluyen la readmisión dentro de las normas sobre retorno de los trabajadores inmigrantes, algo que va en consonancia con la política de descreimiento de la integración. Segundo, estos acuerdos no contemplan su extensión a nacionales de terceros países que no cumplan o hayan dejado de cumplir los requisitos vigentes de entrada o residencia (art. 11.1. Acuerdo con República Dominicana; art. 13.1. Acuerdo con Colombia). La especialidad entre comillas, en este punto la presenta el Acuerdo con Ecuador que prevé la aplicación de la readmisión al nacional de tercer Estado, incluso al apátrida, que no cumpla o haya dejado de cumplir las condiciones vigentes de entrada o de permanencia en la Parte Contratante requirente, siempre que se pruebe o se presuma que dicho nacional ha entrado en el territorio de esta Parte después de haber permanecido, residido o transitado por el territorio de la Parte Contratante requerida (art. 15.1). Por último, reseñar que la admisión en la UE como miembros de pleno derecho de Rumania y Bulgaria han dejado sin sentido la cláusula de readmisión prevista en el Acuerdos de regulación y ordenación de flujos migratorios laborales que España suscribió con Rumania²⁶⁹.

²⁶⁸ Aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales entre ambos Estados, hecho en Nuakchott el 25 de julio de 2007 (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 2007; corrección de errores BOE núm. 298, de 13 de diciembre de 2007); aplicación provisional del Acuerdo de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Guinea, hecho “ad referéndum” en Conakry el 9 de octubre de 2006 (especialmente su art. 9 y su Anexo I) (BOE núm. 26, de 30 de enero de 2007); aplicación provisional del Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Gambia, hecho “ad referéndum” en Banjul el 9 de octubre de 2006 (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 2006); entrada en vigor del Acuerdo entre el Reino de España y la República Dominicana relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 17 de diciembre de 2001, cuya aplicación provisional se publicó en BOE núm. 31, de 5 de febrero de 2002 (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2007); entrada en vigor del Acuerdo entre España y Colombia relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 21 de mayo de 2001, cuya aplicación provisional fue publicada en el Boletín Oficial del Estado núm. 159, de fecha 4 de julio de 2001 (BOE núm. 111, de 9 de mayo de 2002); aplicación provisional del Acuerdo entre el Reino de España y la República del Ecuador relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios, hecho en Madrid, el 29 de mayo de 2001 (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001); Acuerdo Marco de cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Cabo Verde, hecho “ad referéndum” en Madrid el 20 de marzo de 2007 (BOE núm. 39, de 14 de febrero de 2008); Aplicación provisional del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Mali, hecho en Madrid el 23 de enero de 2007 (BOE núm. 135, de 4 de junio de 2008); Aplicación provisional del Acuerdo Marco de Cooperación en materia de inmigración entre el Reino de España y la República de Níger, hecho en Niamey el 10 de mayo de 2008 (BOE núm. 160, de 3 de julio de 2008).

²⁶⁹ Art. 10.2. del Acuerdo entre el Reino de España y la República de Rumania relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 23 de enero de 2002 (BOE núm. 289, de 3 de diciembre de 2002). El Acuerdo entre el Reino de España y la República de Bulgaria relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid el 28 de octubre de 2003 (BOE núm. 299, de 15 de diciembre de 2003), no contempla la readmisión.

4. El readmitido, el gran damnificado en la encrucijada de la política inmigratoria

Todo el entramado normativo sobre el que se erige la readmisión descansa en la desigualdad material existente entre la Comunidad y sus Estados miembros, por una parte, y los países terceros, por otra. Los primeros pueden condicionar todo el desarrollo de la cooperación imputando la responsabilidad de la dificultad de implantación de las políticas en cuestión a los gobiernos en origen. Los segundos no tienen nada que ofrecer y nada que perder que ya no tengan. La suerte del futuro de los derechos para millones de personas está conectada a la diligencia o ineficacia de los gobiernos de los países exportadores de potencial mano de obra irregular, que pasan a convertirse en policías forzosos impidiendo la salida de la población de su territorio²⁷⁰. Los Estados de origen son conminados a erigirse, con carácter pragmático, en guardianes de sus poblaciones en una extraterritorialidad del espacio comunitario, un desplazamiento de la vigilancia inherente a la noción de frontera que se desliza al país de origen del inmigrante²⁷¹.

Se les exige de forma categórica que impidan la salida masiva de irregulares, prometiéndoles fondos al desarrollo “si hacen los deberes”, cuando lo cierto es que el tiempo de los derechos y de la democracia de esos países se ha detenido definitivamente²⁷². ¿Qué importancia tiene para los Estados europeos la suerte de los derechos en esos países subdesarrollados? La readmisión sintetiza el fracaso de la Europa de los derechos o, lo que es lo mismo, el triunfo de la clausura de los derechos de la “Europa fortaleza”, la regresión del Estado democrático de derecho en una materia donde el respeto de los derechos del inmigrante que va a ser readmitido no se puede dejar a la suerte de los países de origen.

²⁷⁰ Como señala Gil Araujo, S., “de manera silenciosa, los países que conforman las fronteras exteriores de la Unión están creando las precondiciones para un nuevo régimen fronterizo localizado fuera de la UE [...] transfiriendo competencia y responsabilidades hacia enclaves ubicados en país de dudoso prontuario en lo referente a derechos, al margen de cualquier tipo de control legal y social”. “Redefiniendo las fronteras de Europa. Sobre la deslocalización del control migratorio comunitario”, en Markez, I. (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Donostia-San Sebastián, 2006, p. 60.

²⁷¹ Afortunadamente desde la doctrina científica se nos recuerda que las obligaciones de España como frontera terrestre y marítima de la UE siguen existiendo. Un interesante análisis sobre las obligaciones en materia de desembarco y repatriaciones del Estado español, desde el punto de vista del Derecho marítimo, en Oliva Martínez, J., D., “Derecho del mar e inmigración irregular”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 17, 2008, pp. 265-289.

²⁷² La política de convenios parece orientada al objetivo de asociar a esos países exclusivamente en su función de policía de fronteras, conforme a la prioridad de esta política, que es la lucha contra la inmigración ilegal, De Lucas Martín, “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, *op. cit.*, p 129.

La carencia de bilateralidad material es un impedimento con el que nacen y se desarrollan todos estos convenios internacionales hasta el punto de que lo que se trata de prevenir no se soluciona sólo con la devolución en masa de personas que legítimamente intentan escapar de las penurias indignas en las que subyacen sus vidas. Empezar a estructurar la reciprocidad como mutua cooperación paritaria entre las partes implica que los Estados en origen introduzcan mecanismos que aseguren la defensa de los derechos de sus ciudadanos y que los Estados requirentes faciliten medios *in situ* (mecanismos que el Derecho sólo no puede proporcionar)²⁷³ para esa transformación paulatina; y que no simplemente alivien su conciencia facilitando el transporte humanitario de esas personas y suscribiendo mayor número de acuerdos²⁷⁴. La readmisión y la perpetua desestructuración forman una ecuación diabólica que se genera a sí misma desde sus aporías para alimentar el drama humano de la huida colectiva.

La salida masiva en origen responde a múltiples condicionantes estructurales cuyo análisis no es materia objeto de estudio en este trabajo. No obstante, el déficit o carencia de derechos fundamentales es el punto de confluencia de todos los males que acucian a esas sociedades. No actuar sobre esa realidad significa que cada vez que haya que hacer uso de la readmisión estemos certificando la incompetencia y fracaso del denominado Primer Mundo por defender para otros lo que para unos pocos es el sustrato fundamental de la civilización auto-denominada ilustrada²⁷⁵.

El catálogo de acuerdos o cláusulas específicas de readmisión pone de manifiesto que, aunque formalmente se abogue por la defensa de los derechos de las personas, en el fondo lo único que importa es que los “indeseados” no perturben el orden interno cuando al Estado miembro respectivo no le convenga²⁷⁶. Si se desarrollase una verdadera –y no

²⁷³ Eso sí, como sugiere Bauböck, la alternativa al principio de reciprocidad es el principio de complementariedad de intereses, “Migración y ciudadanía”, *op. cit.*, p. 155.

²⁷⁴ Es de esperar que el desarrollo de acuerdos de readmisión y la cooperación multilateral con los países de origen y de tránsito ofrezca garantías en la devolución, una garantías similares a las que impone el régimen legal español en frontera. López Sala, *op. cit.*, p. 95.

²⁷⁵ De esos derechos que constituyen, a la vez, el fundamento sólido y la garantía de la autonomía personal. Rubio Carracedo, *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, *op. cit.*, p. 17.

²⁷⁶ En el intento de protección y blindaje de las fronteras exteriores, y desaparición de las interiores, se aprecia el estrecho vínculo entre seguridad, orden público y control de los flujos migratorios asumido por todos los Estados, que hace que las medidas de carácter restrictivo y limitador de los derechos de los extranjeros primen en las legislaciones de los Estados miembros. Solanes Corella y Cardona Rubert, *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, *op. cit.*, pp. 128-129.

artificial— política de derechos en los países de origen, instituciones como la que es objeto de análisis en este epígrafe no se constituiría en el elemento de cierre de la política migratoria europea en general y de los Estados en particular²⁷⁷.

Por desgracia, en esta “cruzada” contra la inmigración no deseada, quien es imputado de “irregular” es el que va ser penalizado con la salida forzosa del territorio del Estado de destino como si sólo fuera un número²⁷⁸. Es quién más tiene que perder porque ve reducidas sus expectativas de una vida más digna. El readmitido pierde sus pocos derechos en el momento en que reingresa a su situación de aspirante a la huída al primer mundo. Esa circunstancia explica, en parte, que vuelva a reincidir en su intento de ingresar en la sociedad del bienestar.

El uso de los derechos como contraprestación a la gestión eficiente de los flujos de personas en origen no tiene legitimidad moral alguna. La lucha contra la inmigración irregular tiene que edificarse sobre los derechos²⁷⁹. Esa prescripción no será el fin de todos los males que acucian a esos países, pero sin duda será el primer y fundamental tránsito hacia unas sociedades donde el huir al precio que sea de la penuria no sea la única salida²⁸⁰.

El irregular es el “chivo expiatorio” del aseguramiento de la gestión más eficiente de los flujos migratorios. La conminación a la persona para que abandone el territorio del Estado en el que se encuentra de forma irregular es un requerimiento hacia quien por no

²⁷⁷ Los últimos avances no son demasiado optimistas. *Cfr.* el artículo publicado por Sorroza Blanco, A., *La Conferencia Euroafricana de migración y desarrollo: más allá del espíritu de Rabat*, 28 de agosto de 2006, en la web del Real Instituto Elcano de Estudios internacionales y estratégicos [consulta realizada el 25 de enero de 2008], disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/1028.asp>.

²⁷⁸ El Gobierno lanza “orgulloso” las cifras. En 2007 las repatriaciones aumentaron un 6 % a pesar de que la llegada de inmigrantes ilegales disminuyó un 54% [consulta realizada el 25 de enero de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=1448>. El ministro Rubalcaba dice que España es quién más y mejor repatria. Noticia disponible en www.europapress.es, de fecha 1 de octubre de 2008 [consulta realizada el 15 de octubre de 2008].

²⁷⁹ Unos derechos que tengan en cuenta la naturaleza moral del extranjero inmigrante, porque “hablar sobre el sujeto de los Derechos humanos, un sujeto universal y abstracto, no implica hablarlo todo del sujeto real cuya identidad moral le sigue perteneciendo en exclusiva”. López García, J., A., “Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho”, en López García, J., A., y Del Real, A. (edit.), *Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho*, Madrid, 2000, p. 22.

²⁸⁰ El Sr. Ministro de Asuntos Exteriores publicó en la web del Real Instituto Elcano en diciembre de 2005 un artículo en que abogaba por el compromiso ético y político con África [consulta realizada el 15 de marzo de 2006], disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/868.asp>. ¿Podremos dar el paso decidido desde la palabra a los hechos?

ostentar estatuto legal alguno pierde el derecho a decidir su futuro²⁸¹. El pleno respeto de los derechos humanos y de la dignidad personal de los emigrantes por el que se aboga como principio irrenunciable no puede ser garantizado una vez se cruza la frontera que separa el bienestar de la penuria, el mundo del no-mundo. La persona readmitida reingresa no sólo físicamente en su país de procedencia sino que vuelve a situarse en un estado de naturaleza, de pérdida del sentido de autonomía personal para la realización de sus derechos²⁸². Por todo ello, la asistencia mutua de las Partes a la cooperación para el desarrollo de capacidades para facilitar la reinserción de las personas repatriadas no deja de ser una utopía cuando no un sarcasmo (por ejemplo, art. 6.3 Anexo del Acuerdo con Guinea).

Ya lo proclaman la mayoría de acuerdos. El fenómeno de las migraciones requiere un tratamiento pragmático, integral y cooperativo²⁸³. En este marco normativo, los derechos humanos pierden valor sustantivo, en la práctica, en beneficio del utilitarismo más desmedido²⁸⁴. Todavía sigue siendo una excepción que un gobierno de un Estado destinatario de ese flujo de personas inmigrantes paralice una decisión de repatriación por el daño que a los derechos del repatriado pudiera producir la misma²⁸⁵. La vuelta del “buen salvaje” a su mundo de partida es un precio a abonar por la causa de la supuesta modernización de los países de origen²⁸⁶.

²⁸¹ No podemos dejar de recordar que la democracia es la voluntad y el Estado de derecho es el límite (también así lo ve Ferrajoli); ambos están inmersos en campos diferentes, aunque estrechamente relacionados: uno es el cambio y otro es la seguridad y la estabilidad. Moreno Cruz, “Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli” [consulta realizada el 25 de febrero de 2007], *op. cit.*, p. 30.

²⁸² La articulación de la autonomía en las libertades básicas del sujeto (conciencia, expresión, decisión, etc.) es el núcleo esencial de esa postulación pública de las potestades subjetivas fundamentales, y por ello universales. Saavedra López, “La universalidad de los derechos humanos en un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas”, *op. cit.*, p. 255.

²⁸³ Por todos, Preámbulo del Acuerdo de Cooperación celebrado con la República de Guinea.

²⁸⁴ “Que las clases dirigentes de la UE sostengan, al mismo tiempo, que los inmigrantes ‘son necesarios’ y que es preciso ‘blindarse’ frente a ellos, sólo se explica si se atiende a la dinámica de exclusión selectiva y de inclusión subordinada generada por su modelo de desarrollo económico”. Pisarello y Aparicio Wilhemi, “Multiplicar las fronteras, externalizar el control”, *op. cit.*, p. 112.

²⁸⁵ Sería oportuno recordar que el *non refoulement* [obligación o principio por el que todos los Estados de la comunidad internacional están obligados a no expulsar, extraditar o rechazar en la frontera a ninguna persona cuya vida o libertad puedan correr peligro como consecuencia del acto de devolución] protege también a toda persona frente a aquellas consecuencias del acto de devolución que puedan equipararse a una violación de sus derechos básicos. Peral Fernández, L., “Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 11, 2006 [consulta realizada el 18 de febrero de 2008], disponible en [http://www.reei.org/reei%2011/L.Peral\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/L.Peral(reei11).pdf), p. 5.

²⁸⁶ Resulta hipócrita que se invoque la más absoluta decisión de aprovechar todo el potencial de las migraciones como factor autónomo de desarrollo y de modernización de las sociedades de origen y destino (a

En definitiva, resulta complejo compatibilizar la lucha contra la inmigración ilegal por la que se aboga, tanto en el nivel supranacional como interno, como posología del problema migratorio, por un lado, y el aseguramiento de los derechos fundamentales de las personas, por otro²⁸⁷. Hay que recordar que la readmisión reintroduce al extranjero en el sórdido mundo de los *sin derechos*, por mucho que se intente revestir de asistencia mutua en materia de inmigración, una ayuda que escasamente garantiza un futuro digno a los repatriados²⁸⁸. De todas formas, aún siendo conscientes de lo problemático y nada pacífico de las soluciones plausibles, la complejidad de las causas de la presión migratoria requerirá, desde nuestro criterio, que los citados mecanismos convencionales, de apariencia disuasoria, se complementen con políticas y ayudas al desarrollo, reales, no programáticas, de los países de origen. Es decir, que incidan en los aspectos económico-sociales, pero también, de manera más decisiva, en la apertura democrática y la garantía de los derechos²⁸⁹. Indudablemente, la conexión indefectible entre readmisión y admisión de trabajadores que se infiere de los acuerdos de ordenación de flujos suscritos hasta la fecha no refleja esa preocupación por los derechos de los repatriados en origen²⁹⁰.

Sin perjuicio de que en el capítulo quinto de este trabajo se aborde la incidencia del arraigo a efectos de suspensión cautelar de la ejecución de la medida de expulsión en sede judicial, la ejecución de la orden de salida constituye un estatuto punitivo que pone en serio riesgo el futuro personal y social de los afectados, sobre todo por las incertidumbres que acompaña a los procesos de readmisión en los países de origen o procedencia. A fin

título enunciativo el Preámbulo del Acuerdo con la República de Guinea) cuando se sabe el destino trágico de los derechos de miles de personas.

²⁸⁷ ¿Dónde se sitúa el equilibrio entre el derecho a conceder o rechazar la admisión y el deber de proteger a aquellos que realmente necesitan protección internacional que prescriben propuestas como el plan global contra la inmigración ilegal y trata de seres humanos en la Unión Europea (2002/C 142/02) en su punto 11?

²⁸⁸ En todo caso, como recordara Martínez Abascal, lo que parece cierto es que el retorno forzoso significa, además de la resolución de la libertad de emigrar en una simple declaración cosmética, el regreso a la miseria. “Ciudadanía social y políticas migratorias de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 64.

²⁸⁹ No transfiriendo la gestión de los riesgos como artefacto de presión para que los terceros Estados cumplan con las obligaciones previstas de manera unilateral por la UE, como recuerda Gil Araujo, *op. cit.*, p. 67. Y teniendo presente, como subraya Peral Fernández, que la vinculación entre la ayuda financiera y técnica a terceros Estados y el alivio de la presión migratoria que soporta Europa puede dar lugar, en efecto, a la reasignación de los fondos de cooperación al desarrollo en relación con el cumplimiento de fines que le son completamente ajenos [consulta realizada el 20 de febrero de 2008], *op. cit.*, p. 9.

²⁹⁰ Sin la utopía, todo pensamiento convierte en imposible el movimiento de sus aspiraciones. Castilla Vallejo, *Hacia un multiculturalismo de la complejidad*, *op. cit.*, p. 85.

de cuentas impone una suerte de instrumento proveedor para la “depuración” de extranjeros en situación irregular. No deja por ello de resultar habitual que el expulsado, en sentido lato, del territorio español reitere su intento de alcanzar la sociedad del primer mundo porque en su perspectiva existencial es mejor ser clandestino en una tierra promisoría que en teoría al menos respeta los derechos, que un ser sin dignidad y con escasas posibilidades de vida en un mundo desestructurado y alienante.

A este respecto, la salida obligatoria y el reingreso en origen representa el fracaso del Derecho en un problema que trasciende los límites jurídicos. ¿Es que con el efecto compulsivo de la repatriación a un país de origen que no garantiza ni los más elementales derechos básicos de la persona, especialmente en lo que atañe a su dignidad, se soluciona el problema existencial de las personas que llaman al “norte”? ¿pretende el Estado racionalizar esos flujos masivos que responden a la desesperanza y a la pobreza con un exhaustivo catálogo de convenios de readmisión con cada nuevo país que se incorpora a esta “sangría” humana con el sobrenombre de Derecho humanitario?²⁹¹

La readmisión en origen es un claro exponente de la retroalimentación de un proceso que se reiniciará casi indubitadamente en el país de origen, y expresión del rechazo a un extraño que es condenado al “peregrinaje” fuera de las fronteras del desarrollo. ¿Por qué vuelven a intentar la entrada en el país de forma reiterada en el tiempo? No hay respuesta unilateral como hemos indicado, pero sin duda un problema de esta naturaleza traspasa el mundo del Derecho para adquirir matices del más elemental respeto a la dignidad de las personas. Por supuesto una simple respuesta administrativa a un asunto tan trascendental como el futuro de una persona cuestiona seriamente el calificativo de Estado de “los derechos”²⁹².

²⁹¹ La repatriación no resuelve el problema de la inmigración. Esta afirmación es del propio ministro español de Exteriores en la Conferencia Euroafricana de Inmigración y Desarrollo celebrada en Rabat en julio de 2006. Noticia difundida por el diario la Vanguardia, [consulta realizada el 15 de marzo de 2008] y disponible en <http://www.ucm.es/cgi-bin/show-prensa?mes=07&dia=12&ano=2006&art=56&tit=b>.

²⁹² Compartimos la siguiente proposición de Rubio Lorente: “la justicia material no puede ser el fin del Estado, porque hoy, menos que nunca, no hay una ‘idea’ de justicia que el Estado pueda imponer a todos sus ciudadanos. Por ello, el Estado de Derecho no es un Estado de ‘justicia’ sino un Estado de ‘derechos’”. “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”, *op. cit.*, p. 209.

CAPÍTULO IV

EL MERCADO LABORAL Y LOS LAZOS FAMILIARES COMO CRITERIOS MATERIALES DE SELECCIÓN DE LOS INMIGRANTES

I. EL CRITERIO LABORAL: LA CONVERGENCIA DE LOS DISCURSOS DE LA SEGURIDAD Y EL PRAGMATISMO

1. Proyección ético-normativa de los criterios materiales de admisión: un avance

En el capítulo primero pusimos de manifiesto que la lógica del interés nacional está presente detrás del denominado derecho de “reserva” que los Estados ejecutan en uso de una de sus últimas prerrogativas soberanas. Como advertimos entonces, la inexistencia de un derecho de entrada, con refrendo jurídico internacional e interno, habilita a los Estados a establecer, desde el punto de vista de política normativa, las reglas de admisión en la comunidad. Esas normas constituyen todo un cuerpo jurídico selectivo que, a los efectos de este estudio, hemos dividido en tres bloques temáticos relacionados con su proyección ético-normativa: alcance subjetivo, instrumentos procedimentales y criterios materiales de admisión, a los que el ordenamiento interno de extranjería ha dado vigencia.

Examinados los dos primeros en la primera parte de este estudio, se inició la segunda analizando los mecanismos institucionales de apertura y cierre que articulan el ejercicio de la libertad de circulación y residencia desde el punto de vista jurídico-político. En el capítulo tercero expusimos una tesis principal: la frontera, a partir de la que se articula todo el entramado selectivo que institucionaliza la legislación interna de extranjería, se ha transformado en un espacio que trasciende su contenido material para adquirir una vigencia que profundiza en la idea de exclusión, constituyéndose desde el punto de vista simbólico en ese límite a partir del cual no existe derecho alguno porque las posibilidades de realización son mínimas. La política normativa interna de extranjería es una apelación a este paradigma y, como pusimos de manifiesto, se expresa fundamentalmente en dos dispositivos de clausura, el visado y la readmisión en origen. Ambos sitúan al inmigrante fuera del mundo de la libre realización de los derechos. También incidimos en que esa divisoria era especialmente onerosa para el no beneficiario del Derecho comunitario, para

esos nuevos *barbaroi* de nuestra época, con toda la carga de negatividad presente en esa noción. La línea de separación es radical y tan simple como la existente entre quienes ostentan un derecho con carácter constitutivo y quienes sólo lo pueden ejercer previa autorización pública.

Si en el mencionado capítulo se puso de relieve la importancia de los mecanismos generales de la política de admisión de inmigrantes como ejemplo de la clausura de los Estados de la UE en general, y de España en particular, en éste se avanza en ese sentido evolutivo, profundizando en los criterios materiales que completan y dan sentido pleno a la cultura del control y del dominio que informa esta materia, lo que nos permitirá proporcionar una visión de conjunto de la idea selectiva que se infiere de nuestro ordenamiento interno¹. Los criterios materiales son quizá el aspecto más importante a la hora de delimitar la naturaleza propia de la política de admisión interna. Es el momento de preguntarse por las consecuencias en el plano ético de los criterios materiales de admisión que el Derecho interno formula. Articularemos el discurso en torno a los dos criterios por los que el legislador ha optado: el laboral y el familiar. Se atenderá a las consecuencias que, para el discurso ético-normativo, se derivan de ese marco legal concreto jurídico-político para todos aquellos extranjeros inmigrantes que intentan acceder a la sociedad de destino sin incurrir en causas de ilegalidad. Este análisis se completará en el último capítulo con los criterios de admisión para quienes parten o están en situación irregular en nuestro país.

La selección es una cuestión que se encuentra en el centro de dos lógicas, la representada por el interés nacional y la constituida por los derechos, lógicas que informan los criterios de admisión de los extranjeros inmigrantes². El enfrentamiento de las bases del poder punitivo con el discurso universal de los derechos humanos se vislumbra en la compleja relación existente entre el ser humano inmigrante –sus necesidades y derechos– por un lado, y el Estado, como organizador y gestor del poder, por el otro³.

¹ Los criterios de admisión son un instrumento de la política restrictiva de migración; sirven para estructurar la composición de la llegada de inmigrantes. Monar, “Comprehensive migration policy, the main elements and options”, *op. cit.*, p. 71.

² Véase Joppke, C., *Selecting by origin. Ethnic migration in the liberal State*, Harvard, 2005, p. 2.

³ Anitua, “La inmigración y los discursos de la seguridad”, *op. cit.*, p. 135.

Desde el punto de vista ético-normativo, las interrogantes que se plantean están abiertas. Quizá la más discutida es la que cuestiona la legitimidad de la potestad soberana de los Estados-nación para determinar quiénes pueden formar parte de la sociedad, quiénes pueden ser miembros de la misma. ¿Puede el Estado privilegiar la entrada de determinados extranjeros inmigrantes?, ¿en base a qué criterio o título?, ¿es moralmente legítimo admitir preferentemente a quien “comparte” algún rasgo con la identidad cultural mayoritaria de un país? Los criterios que se adoptan para efectuar una elección –la selección de los miembros de una comunidad– es una cuestión que afecta decisivamente a la construcción de la identidad europea y a su propia morfología⁴. La política de inmigración de los Estados liberales y, más en concreto, la política normativa de admisión presente en ella, puede ser un mecanismo que provea una ciudadanía en la que todos tengamos las mismas posibilidades de desarrollo o una ciudadanía clausurada y estratificada en función de la calificación administrativa de la persona⁵.

Partimos de la premisa de que la admisión es una cuestión compleja en todos los órdenes. Una vez admitido, el extranjero inmigrante tendrá que transitar posteriormente por el mundo de la “preciudadanía” como “prueba de fidelidad” para poder llegar al estadio de la adquisición de la nacionalidad española, resultando condicionado por una acción legislativa pensada más en términos policiales que sociales⁶. Este gravamen terminará por consolidar un sistema discriminatorio.

Los criterios materiales de selección de inmigrantes han sufrido una evidente transformación, quizá acorde con la nueva naturaleza de los flujos como hemos querido

⁴ Martiniello, M., “Inmigración y construcción europea: ¿hacia una ciudadanía multicultural de la Unión Europea?”, en Lamo de Espinosa, E. (edit.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, 1995, p. 236.

⁵ Partiendo siempre de la premisa, como advierte Zapata Barrero, de que, en la realidad discursiva sobre la inmigración, se está abusando tanto del término “ciudadanía” que la misma noción corre el mismo peligro que el de “integración”, es decir, que termine por convertirse en un instrumento conceptual que forme parte no tanto de la solución sino de un problema adicional que gestionar. “La retórica de la ciudadanía y la inmigración”, *op. cit.*, p. 32. A nivel legislativo, véase la Posición Común (CE) nº 26/2006 aprobada por el Consejo el 25 de septiembre de 2006 con vistas a la adopción de la Decisión nº .../2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de ..., por la que se establece el programa “Europa con los ciudadanos” para el período 2007-2013 a fin de promover la ciudadanía europea activa (DOUE C 295/E, de 5 de diciembre).

⁶ El desafío de los flujos migratorios actuales a las tradicionales categorías de la política pública y el orden del Estado-nación, a la que alude Wihtol de Wenden, C., “Admissions Policies in Europe”, en Massey, D., S., y Taylor, J., E. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, Oxford, 2004, p. 293, puede explicarnos esta obsesión securitaria.

destacar en la parte introductoria de este estudio⁷. Si las migraciones de finales del XIX-principios del XX se definían por un predominio del elemento étnico, que se desplazaba desde la antigua metrópoli hacia los “nuevos países”, en unas sociedades europeas occidentales que se han convertido en demandantes, deseados o no, de inmigrantes predominan tres criterios principales: el laboral o económico; los lazos familiares y, en menor medida, la necesidad de protección humanitaria⁸.

Sin embargo, no todo es tan fácil como en un primer momento pudiera parecer y analizaremos a lo largo de este capítulo. El elemento de afiliación étnica no ha desaparecido del todo, apareciendo en cierta medida, aunque sea de forma subrepticia, en el criterio laboral⁹. A modo de avance, como veremos posteriormente, nuestra política interna de selección obedece generalmente al patrón definido. Se establecen dos claros criterios, el laboral y el familiar aunque, desde nuestro punto de vista, el criterio familiar resulta ser complementario del primero¹⁰. Además, existe una peculiaridad. En la admisión de los trabajadores inmigrantes se establecen una serie de preferencias marcadas por una especie de oportunidad política, que se dirige hacia aquellos países con mayor presión migratoria, pero que no rehúsa del todo la afiliación histórico-cultural.

En este contexto, seguridad y necesidad se complementan. De este modo, el tratamiento de la migración como una cuestión de Estado hace que el inmigrante económico pueda acceder de forma legal al territorio nacional lo mismo que puede ser

⁷ Es más, las políticas migratorias han llegado a convertirse en una esfera de intervención indefinida y cambiante en el terreno de la selección de inmigrantes. López Sala, A., M., y Esteban, V., “Las políticas migratorias en las sociedades occidentales”, en López Sala, A., M., y Esteban, V. (coord.), *Zona Abierta 116/117, Las políticas migratorias*, Madrid, 2006, p. 7.

⁸ Joppke, “Selecting by origin. Ethnic migration in the liberal State”, *op. cit.*, p. 2. La reunificación familiar, la migración laboral y las razones humanitarias son puestas de relieve por autores como Hailbronner, K; Martín, D; y Motomura, H., en las conclusiones de la obra *Immigration admissions and immigration controls*, *op. cit.*, p. 260 y ss.

⁹ Respecto al alcance teórico-normativo de la noción de “étnico”, véase el análisis en profundidad que realiza Joppke, 2005, *op. cit.*, pp. 3-8.

¹⁰ De Asís Roig considera como criterio de selección laboral a la situación nacional de empleo y añade los vínculos históricos como un criterio más. “Derechos Humanos, Inmigración y solidaridad razonable”, *op. cit.*, pp. 75-77. También disponible en <http://www.uv.es/CEFD/7/deasis.doc>. Para De Lucas Martín, el acotamiento de los inmigrantes integrables hace de las necesidades del mercado de trabajo y la proximidad o fácil asimilación cultural los dos condicionantes exigidos en el diseño racional de las políticas comunitarias. “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, *op. cit.*, p. 8.

rechazado si no es necesario para el sistema productivo¹¹. Toda la política normativa de extranjería bascula en la dependencia existente entre control de entrada y permanencia y la naturaleza eminentemente utilitarista con la que el extranjero inmigrante es calificado jurídicamente.

2. El inmigrante económico en el intersticio del dilema seguridad-necesidad

A. La autorización para trabajar, un acto de tolerancia

En este trabajo se ha ido apuntando una idea principal, que se desarrolla en esta sede, y que es acorde con la política normativa de admisión que establece el ordenamiento de extranjería español: el tipo de migrante que se desea en la sociedad receptora responde a un perfil laboral, un trabajador que atienda la demanda de mano de obra barata y no cualificada que se requiere en destino¹². Este ideal regulativo se hace presente en las instituciones que analizaremos a continuación. En ellas se estructuran posibles respuestas a preguntas como hasta dónde llega la capacidad de admisión, qué oportunidades van a tener los distintos candidatos a formar parte del mercado de empleo interno, etc.¹³ En el frontispicio de este subepígrafe hacemos nuestra la interrogante formulada por Zapata Barrero: ¿es justo que los Estados legitimen sus políticas de admisión sobre la base de unos criterios económicos?; una incógnita que se sintetiza en torno a la cuestión de la justicia de la política de extranjería¹⁴.

¹¹ En estos tiempos de crisis económica, precisamente se han lanzado mensajes desde los poderes públicos de retorno voluntario (con propuestas como el abono completo de las prestaciones de desempleo a cambio del abandono del territorio), como método de “eliminación” económica de inmigrantes. Véase noticia disponible en www.elperiodico.com, de 28 de abril de 2008 [consulta realizada el 30 de abril de 2008]. Su plasmación jurídica no ha tardado en llegar. El Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen (BOE núm. 228, de 20 de septiembre), cuyo acuerdo de convalidación se contiene en la Resolución de 2 de octubre de 2008, del Congreso de los Diputados (BOE núm. 248, de 14 de octubre) y que ha sido desarrollado mediante RD 1800/2008, de 3 de noviembre (BOE núm. 272, de 11 de noviembre de 2008).

¹² Aunque las políticas migratorias dependen mucho de las distintas prioridades nacionales, de la situación económico y social y de las tradiciones de cada país, Monar, *op. cit.*, p. 74, es evidente que el factor económico atrae a oferentes y demandantes de empleo en ese mercado precario. En la doctrina española, ante la pregunta “¿a qué inmigrantes queremos admitir?” De Lucas Martín es contundente al afirmar que los que se ajusten a las demandas de nuestro mercado de trabajo y además que sean fáciles de integrar porque no presentan diferencias culturales relevantes. “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, *op. cit.*, pp. 3-11.

¹³ En todo caso, es evidente que las razones por las que los gobiernos acogen a los inmigrantes no implican obligaciones morales para éstos, Wihtol de Wenden, “¿Hay que abrir las fronteras?”, *op. cit.*, p. 50.

¹⁴ Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, *op. cit.*, p. 160.

En su formulación actual, y como venimos analizando en este estudio, la política de extranjería está definida principalmente por la coerción del desarrollo de la libertad de circulación¹⁵. En este contexto, la política de acceso se estructura fundamentalmente en torno a la necesidad de que “el candidato” de perfil laboral se provea, con carácter general, de la preceptiva autorización de trabajo; es decir, que no suponga una carga añadida al bienestar de los ciudadanos del país que lo acoge¹⁶. El acceso al mercado de trabajo constituye la piedra angular de la imputación normativa, pues es en ese estadio o momento donde se teje la urdimbre del “acceso a la ciudadanía”¹⁷.

Uno de los principales elementos que definen el carácter selectivo del Derecho de extranjería reside en el tratamiento del *derecho al trabajo*¹⁸. La tutela administrativa del derecho al trabajo se constituye en uno de los signos definitorios por excelencia del Derecho de extranjería. Un derecho constitucional que es reconocido para los españoles en el art. 35 CE, aunque no tenga la categoría de fundamental, resulta sometido a tutela en función de un criterio administrativo, de lo aleatorio de que una persona entre o no dentro del ámbito de aplicación de las normas de extranjería. Este derecho no garantiza el acceso a un puesto de trabajo, pero sí la facultad de hacerse acreedor de él en condiciones de igualdad para quien no está tutelado.

¹⁵ Por mucho que el legislador intente ocultar este fin principal en un planteamiento global que incluiría también la integración de los residentes o el desarrollo de los países de origen (punto uno de la Exposición de Motivos de la LO 8/2000 y puntos uno y dos de la Exposición de la LO 14/2003). El intento de coordinación jurídica de las políticas de inmigración en el espacio de la UE se asienta, básicamente, en tres principios: el control de flujos, la lucha contra las redes de tráfico de inmigrantes y contra la inmigración clandestina, y la integración. Solanes Corella, “La ‘paradoja’ del principio de control de flujos migratorios”, *op. cit.*, p. 405; Solanes Corella y Cardona Rubert, *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, *op. cit.*, p. 129. La vinculación existente entre lo que se ha convenido en denominar “políticas de control de flujos” y el Estado democrático de Derecho, en Carrió Sampedro, A., “La ciudadanía como fundamento del resurgimiento de una sociedad de clases”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, 2004, p. 217.

¹⁶ Un estudio estadístico de la evolución de la estructura poblacional y de empleo del mercado de trabajo de inmigrantes, en Cachón Rodríguez, L., “Los inmigrantes en el mercado de trabajo en España (1996-2004)”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.). *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, 2006, pp. 175-201.

¹⁷ Ramos Quintana, M., I., “Una política de inmigración para un modelo de inmigración: la integración a través del empleo”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 24. En sentido análogo, Torres Pérez considera la identificación entre residencia legal y contrato formal de trabajo (lo que denomina como “frontera del trabajo formal) y sus consecuencias como un obstáculo para el proceso de integración, “La integración de los inmigrantes y algunos de los desafíos que nos plantea”, *op. cit.*, p. 65.

¹⁸ Los procesos de modernización recientes han estado dominados por el modelo de racionalización que tiene como valores el predominio de lo pragmático, utilitario, eficiente, rentable, en la que desaparece la capacidad práctico-moral. Mardones Martínez, “El multiculturalismo como factor de modernidad social”, *op. cit.*, p. 45.

La aplicación del principio de libre circulación de personas, como pusimos de manifiesto en el capítulo segundo, no tiene el mismo alcance para todos los residentes en el espacio de la UE. Los españoles, los nacionales de los Estados miembros de la UE, los nacionales de los Estados firmantes del EEE y los suizos e, indirectamente sus familiares aunque sean nacionales de terceros países¹⁹, tienen reconocido el derecho al trabajo y su realización *sin* previa autorización administrativa²⁰. Sin embargo, cuando entran en juego las reglas de la legislación de extranjería contenidas en la LOEXIS y disposiciones de desarrollo, lo que tendría que ser un ejercicio de libertad de búsqueda de empleo, sin importar ámbitos geográficos o sectoriales, se transforma en una intervención manifiesta e incisiva en una voluntad autónoma como la de querer trabajar²¹.

Es más, nos atreveríamos a decir que el trabajo ha terminado por constituirse sólo en un deber para la mayoría de inmigrantes, por cuanto es la principal garantía para el libre ejercicio de los derechos. Por ello, el desarrollo de una actividad laboral de forma legal, con carácter general, es el medio principal para que el extranjero inmigrante pueda seguir transitando por el universo de la “preciudadanía” jurídica hasta que adquiera el estatuto de residente permanente²². Su emancipación, en materia de libre ejercicio del derecho al trabajo, sólo podrá llegar si alcanza ese estadio jurídico²³.

La metamorfosis de un derecho en un acto de tolerancia es un atentado contra todo principio de justicia y un signo de degradación ética. Y es que, ¿cómo puede calificarse el

¹⁹ Y los familiares nacionales de terceros países de españoles que se indican en la Disposición adicional vigésima punto uno del RD 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005), en relación con la Disposición final tercera del RD 240/2007, de 14 de febrero (BOE núm. 51, de 28 de febrero).

²⁰ Estas personas poseen como denominador común que no son objeto de aplicación de las normas generales de extranjería, salvo que les sean más favorables. Los familiares tendrán derecho a trabajar por cuenta ajena o propia si son beneficiarios del derecho de residencia o de residencia permanente en un Estado miembro (art. 23 Directiva 2004/38/CE). Solamente razones de orden público, de seguridad pública o salud pública pueden justificar la limitación del derecho, al ser un derecho derivado de la libertad de circulación y residencia (art. 27.1 Directiva 2004/38/CE).

²¹ En el capítulo siguiente se analiza cómo ese derecho al trabajo simplemente es una “servidumbre” para el irregular.

²² El acceso al trabajo constituye el núcleo de la normativa de extranjería no solamente porque establece los requisitos para convertirse en inmigrante regular sino porque, al mismo tiempo, crea la figura del irregular. Aparicio Wilhemi, “Los derechos sociales de las personas inmigradas en España”, *op. cit.*, p. 72.

²³ Evidentemente, siempre que reúna los requisitos para que no se extinga la vigencia de la autorización de residencia permanente (art. 76 Regl.).

consentimiento de la autorización en términos éticos? En materia de extranjería se invierte la máxima de que la tolerancia no debe ser la medida de la ética, sino la ética la medida de la tolerancia²⁴. La estrecha conexión entre los derechos es una quimera para el legislador. La legislación interna no reconoce, pues, al extranjero inmigrante no beneficiario del Derecho comunitario un auténtico derecho subjetivo al trabajo para el que, en todo caso, queda condicionado formalmente por la voluntad del Estado y, en la práctica, por la voluntad de contratar del empresario o empleador²⁵. El “otro” no puede aspirar, con carácter general, más que a una concesión administrativa discrecional para poder ejercer su derecho al trabajo (art. 36.1 LOEXIS y 49 y ss. Regl.).

Incluso podría argumentarse que la identidad del inmigrante económico está definida por la autorización de trabajo. No obstante, ese permiso no es un cheque en blanco. La realidad del inmigrante en situación legal en general, y del trabajador extranjero legal, en particular, es que su tránsito por el mundo de la candidatura a la ciudadanía no va a resultar fácil²⁶. Para el inmigrante no existe contrato de ciudadanía alguno, y por ello el Estado lo mismo que concede una autorización, tiene el poder de su revocación si se carece de ese medio de realización de los derechos²⁷. Por eso, el extranjero inmigrante sabe bien que el trabajo, además de medio de subsistencia, es principalmente su única posibilidad de redención, de ser una persona con derechos en la práctica. Ésta es la fisura más importante que diferencia al incluido excluido y al “nosotros”²⁸.

²⁴ Díaz Hernández, “Problemas de convivencia en la sociedad pluralista y multicultural”, *op. cit.*, p. 210.

²⁵ Rueda Valdivia, “Art.10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, *op. cit.*, p. 239 y ss; Molina Navarrete ...[et al.], *op. cit.* p. 157. Esa voluntad apela a razones de orden público con una finalidad concreta: proteger el derecho de la mano de obra nacional, López Gandía, J., “El acceso al empleo de los extranjeros”, en Serrano García, J., M., y Mendoza Navas, N. (coord.), *Estudios sobre extranjería*, Albacete, 2005, p. 91. Como recuerdan, entre otros, Aznar López y Serrano Alberca, el TC en su Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre, dejó claramente sentado que “no existe tratado ni ley que establezcan la igualdad de trato entre nacionales y extranjeros para el acceso a un puesto de trabajo”; Aznar López, “Los derechos sociales de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 140; Serrano Alberca, “Comentario al artículo 13”, *op. cit.*, p. 238.

²⁶ Sin embargo, el trabajo es también un mecanismo de acceso paulatino a la ciudadanía. De constituir una condición imprescindible pasa a ser condición obligatoria de estancia, pero no de ciudadanía. *Cfr.* Miquel Novajra, “La negación de la ciudadanía: movimientos migratorios y extranjería”, *op. cit.*, pp. 255 y 267.

²⁷ La no renovación de las sucesivas autorizaciones no sólo afecta al estatuto jurídico del inmigrante, sino que supone una merma moral de la persona, retrotrayéndola al punto más profundo de la exclusión.

²⁸ Lo que realmente subyace bajo el velo de la tolerancia es el interés desmedido por la selección de personas aptas para servir al sistema económico imperante. Souto García, “Algunas notas sobre la función del derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, *op. cit.*, p. 295.

La política normativa de extranjería está fundamentada en la idea simple pero paradigmática de que los “regulares” podrán ejercer sus derechos, entre ellos el del trabajo, sólo en cuanto la sociedad que lo acoge lo siga permitiendo, lo “tolere” en definitiva²⁹. La concatenación de presupuestos legales, la acumulación de reglas jurídicas sin fin para ejercer el simple derecho a buscar un trabajo, a los que se somete a una persona calificable en este estadio personal, pone de manifiesto la línea de separación existente entre el Derecho de extranjería y las normas generales del ordenamiento jurídico.

Este Derecho que califica la progresión de los derechos de la persona en función de su calificación administrativa introduce, además, un componente elitista para decidir cuándo puede admitirse a un trabajador inmigrante sin autorización de trabajo. Por ejemplo, en aquellos casos en los que se requiere una especial cualificación docente o investigadora³⁰. La aptitud de la persona, un criterio que ha sido denostado como forma de atribución de derechos, se restituye por el simple hecho de que el Derecho de extranjería es una justificación para ejercer el monopolio del derecho de reserva de admisión. Esta puntualización nos confirma que la idea de los derechos en el mundo de la extranjería está deslegitimada por la discriminación que oculta³¹. Lo que para unos se presenta como mecanismo de tolerancia (los inmigrantes no cualificados que son necesarios para el mercado de trabajo), para otros es un derecho indiscutible, una especie de pertenencia a una clase de “privilegiados”. Evidentemente, el concepto jurídico de extranjero es más

²⁹ Por supuesto, otra cuestión son los derechos laborales de los extranjeros ya incorporados al mercado de trabajo interno. No puede negarse que el principio general de igualdad y la prohibición de tratamiento discriminatorio alcanza, desde el punto de vista constitucional, con toda su extensión a los extranjeros desde el momento en el que ya han accedido al mercado de trabajo. Cruz Villalón, “Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros”, *op. cit.*, p. 159.

³⁰ *Cfr.* Resolución de 28 de febrero de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo de Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural (BOE núm. 65, de 16 de marzo de 2007).

³¹ *Stricto sensu*, no se trata de garantizar que todos tengan las mismas oportunidades de éxito, sino que todos tengan razonables oportunidades de éxito, es decir, que el mayor número de personas tengan garantizadas la satisfacción de sus necesidades básicas, de manera que estén en condiciones de poder desarrollar sus propios planes de vida. Campoy Cervera, “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, *op. cit.*, p. 154. Entendiendo que los intereses básicos son aquellos que implican las necesidades esenciales de la gente para sobrevivir como ser autónomo. Shapiro, I., “Democratic Justice and Multicultural Recognition”, en Kelly, P. (edit.), *Multiculturalism reconsidered: “Culture and equality” and its critics*, Cambridge, 2002, p. 175.

flexible de lo que se piensa³². La alienación que introduce el factor de extranjería en la ontología de los derechos discurre de forma paralela a la enorme distancia moral que existe entre el ideal de igualdad y su realización³³.

La política normativa de extranjería es todo un compendio de la defensa de una política de acceso restringido³⁴. El inmigrante económico tiene que venir con su autorización de trabajo y en cuanto la conserve podrá seguir perteneciendo al mundo de los “legales”³⁵. Expuesta esta idea general, o sea, la vinculación entre contrato como *causa efficiens* de la autorización y ésta como medio jurídico para el ejercicio material del derecho, hay que considerar que no todos tienen análoga posición de partida cuando resulta de aplicación la legislación general de extranjería. O, lo que es lo mismo, para unos será más fácil que para otros superar la prueba de admisión para el ejercicio de su derecho al trabajo representado en la preceptiva autorización³⁶.

En el paradigma de la tutela del derecho al trabajo, no todos los extranjeros tendrán las mismas oportunidades para reunir las condiciones necesarias para acceder a la situación de “legal” por medio del trabajo en España, porque se establecen *preferencias* para la obtención de la autorización. La aplicación subjetiva de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena contiene tal cantidad de matices que, sin duda, imposibilitan que podamos concluir acerca de la posibilidad de que la consecución de la autorización sea uniforme. Es más, la diferencia podría ser incluso rayana en algunos

³² Nos remitimos a lo indicado en el capítulo segundo de este trabajo.

³³ Quizá habría que considerar que lo que se reclama es equidad, ese reencuentro de la metáfora de la “carrera” desde el conocimiento del handicap de los participantes. Martucelli, D., “Les contradictions politiques du multiculturalisme”, en Wieviorka, M. (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, París, 1997, p. 66.

³⁴ A pesar de la retórica del control y de la política de “inmigración cero”, sería más adecuado hablar de la implantación a lo largo de las últimas décadas de políticas de acceso condicionado y selectivo. López Sala, “Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada”, *op. cit.*, p. 74.

³⁵ Sería tener sólo a los que queremos tener, mientras los queramos tener y en las condiciones en los que los queremos tener, como afirma De Lucas Martín, “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, *op. cit.*, p. 129.

³⁶ Otra cuestión es la no necesaria vinculación que se produce entre contrato y tiempo de la autorización y la circunstancia de que el contrato no es causa imperativa a los efectos de renovación de la autorización, algo que, sin duda, mejora la situación legal del inmigrante y, por consiguiente, supone un avance hacia su integración social. Moya Escudero, M., “La autorización de trabajo por cuenta ajena”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 995.

casos con la discriminación³⁷. Cualquier conclusión que se pretenda acerca de la admisión laboral como criterio de admisión se antoja una tarea compleja que no puede simplificar la realidad jurídica existente en el Derecho de extranjería español. Lo único en común en todos los casos es que, a efectos de acceso al mercado laboral, el extranjero inmigrante sólo es titular de una expectativa, la de obtener una autorización, para lo que, en primer lugar, deberá acreditar una oferta en firme o un contrato formal³⁸.

A partir de aquí, es necesario distinguir que no se encuentran en las mismas circunstancias quiénes no se hallen ni residan en España y solicitan una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena en relación con quiénes poseen, con carácter general, una previa situación de permanencia legal en nuestro país, con las matizaciones que indicamos *infra*. La cosa se complica más con las especificaciones introducidas por el régimen de contratación en la modalidad de contingente, que será analizada en el siguiente subepígrafe, lo que no permite aseverar que estemos ante un proceso selectivo homogéneo.

En primer término, tendríamos que valorar la permanencia fuera del territorio nacional. En el nada pacífico “régimen general” de autorización individualizada, el aspirante a “trabajador legal” en nuestro país se encuentra con un obstáculo, a menudo insalvable: cómo obtener el contrato “a distancia”³⁹. El segundo mecanismo, el contingente, como veremos seguidamente, salva esa circunstancia, erigiéndose en un procedimiento de calculado análisis de los puestos disponibles y de necesaria cobertura. Lógicamente, el empresario tendrá más propensión para acudir a este segundo procedimiento en su provisión de mano de obra en el extranjero, sabiendo que su oferta

³⁷ Más contundente se muestra Moya Escudero. Para la autora, “la discriminación económica, reverso de la protección del nacional, es una de las claves sociales del tratamiento del problema de la inmigración, y ello obliga muchas veces al trabajador extranjero a intentar por cualquier medio la adquisición de la nacionalidad del Estado en que permanece”. “Inmigración y ciudadanía de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 8, en prensa.

³⁸ Exceptuando los particularísimos casos de excepción de provisión de la autorización de trabajo contenidos en el art. 41 LOEXIS, lo que no exime de la obtención de una resolución de reconocimiento de esa excepción. Véase al respecto el comentario de Puerta Vilchez, J., M., “Art. 40. Supuestos específicos”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, pp. 1072-1092.

³⁹ Tal y como se ha estructurado el mecanismo de contratación en origen mediante el régimen general, no es nada fácil para el candidato a “legal”, en el mejor de los casos, ni siquiera proveerse del visado procedente o, al menos, es discutible que tenga las mismas facilidades de obtención que otro aspirante seleccionado por la modalidad del contingente.

está garantizada con una planificación y selección que la administración española en el exterior le facilita⁴⁰.

En segundo lugar, tampoco los que permanecen en territorio nacional de forma legal parten de las mismas condiciones para la efectiva admisión en el mercado de trabajo. Por un lado, los residentes temporales sin realización de actividad lucrativa y los que están en situación de estancia por estudios están exentos de dos requisitos determinantes: la situación nacional de empleo y la provisión de visado. La razón de esa “ayuda” a la remoción de obstáculos para la admisión laboral de este colectivo de personas podría radicar en la circunstancia de que el ordenamiento de extranjería acusa una mejorable pero cierta tendencia, con carácter general, a establecer gradaciones en la situación jurídica de los extranjeros en función de la existencia o inexistencia de una permanencia previa legal. Sin embargo, esta regla no es conclusiva porque el resto de personas en situación de estancia deberán retornar a su país de origen una vez obtenida la autorización de residencia y trabajo para solicitar el visado correspondiente y someterse al procedimiento general o al contingente.

Por último, estaría la situación de quien permanece de manera “irregular” en territorio español que, si reúne los requisitos, podrá solicitar la correspondiente autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en alguno de los supuestos contenidos en el art. 45 Regl. Esta autorización lleva aparejada *ope legis* la autorización de trabajo en los supuestos de arraigo, con la excepción de los menores de edad, y también en los términos previstos en el art. 31.3 Regl. Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (art. 45.7 Regl. LOEXIS).

Sin perjuicio de los matices que se pueden introducir, ninguna de esas especificaciones se puede equiparar en su filosofía a la pretensión de renovación de la autorización de trabajo. Para ser justos, al contrario de la primera admisión, que está sometida a una prolija enumeración de requisitos, contenidos de forma general en el art.

⁴⁰ Una selección por parte de los empresarios o sus representantes en el país de origen de los empleados que resulta cuanto menos sospechosa desde la óptica del principio constitucional de igualdad, puesto que traslada el problema del eventual trato desigual al ámbito de acceso al empleo, donde es mucho más difícil que existan justificaciones válidas. Álvarez del Cuervo, A., “La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros”, en *Revista de Derecho Social*, nº 23, 2003, pp. 118 y 127.

50 Regl. y que actúan como panoplia del mercado interno, la decisión de renovación puede conceptuarse como un acto administrativo formalmente de trámite⁴¹. Es un acto donde la discrecionalidad es “derrotada” por el derecho a la continuación en el ejercicio del derecho al trabajo⁴². Siempre claro está, que el trabajador disponga, con carácter general, de una nueva oferta de empleo o contrato, que pasaría a constituirse en único requisito exigible para la concesión de esa continuación en la postulación de “ciudadano”⁴³.

Renovación y primera admisión laboral terminan por constituirse en dos expresiones de una misma política normativa, la que aboga por la apertura hacia el que ya ha trabajado en el mercado laboral interno y la que se postula como defensora de la protección de ese mercado, para lo que no se duda en emplear incisivamente la técnica de la selección. Solamente hay un reparo, y es que ese “ejemplo” de trato “de favor” que es la renovación de la autorización de trabajo se vincula, especialmente la que sigue al fin de la primera autorización, a la situación del solicitante en un momento muy concreto, la existente cuando se solicita la renovación, sin una valoración global de la situación vivida por el extranjero y de sus expectativas reales de integración en nuestro mercado laboral⁴⁴. Esta vinculación resulta peligrosa por las altas tasas de temporalidad y de inestabilidad presentes en este mercado de trabajo en particular. Quizá *de lege ferenda* habría que abogar por introducir un tipo legal de renovación condicional para aquellos que han acreditado una relación laboral en el año anterior a la solicitud de renovación, y que no

⁴¹ Comenta Ballester Pastor al respecto que, aunque no puede decirse que el RD 2393/2004 haya alterado totalmente los cimientos de la política migratoria en España, ha introducido algunos elementos que apuntan en una dirección que permite una consideración de la permanencia del extranjero más desvinculada de una estricta relación contractual, uno de cuyos ejemplos sería el tratamiento otorgado al mecanismo de renovaciones de las autorizaciones de residencia y trabajo. *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, *op. cit.*, p. 280.

⁴² Sin limitaciones de actividad o geográficas y con duración de dos años (art. 54.7 Regl.), lo que facilita la futura consecución del estatus de residente permanente.

⁴³ En todo caso, también se renovará la “confianza” cuando se sea beneficiario de prestación contributiva por desempleo, por su tiempo de duración económica, o se sea beneficiario de prestación económica asistencial de carácter público (art. 38.3 LOEXIS y en los supuestos previstos en el art. 54 en sus apartados 3, 4 y 5). Sobre la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo, *cfr.* la Orden TAS/711/2008, de 7 de marzo, por la que se modifica la Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre (BOE núm. 66, de 17 de marzo de 2008).

⁴⁴ Afortunadamente la práctica jurisprudencial está corrigiendo esta situación. La Sentencia 89/2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 4 de Zaragoza, de 26 de febrero, estima como procedente una segunda renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo al haber estado el demandante más de 180 días de alta y haber perdido involuntariamente el puesto de trabajo (FJ 2).

cumplan con ninguno de los requisitos establecidos en el art. 38.3 LOEXIS en el momento de la renovación, con un plazo de carencia para búsqueda de empleo de seis meses⁴⁵.

Este conjunto de matizaciones, que viene a multiplicar el efecto discriminatorio presente en la imperativa provisión de la autorización de trabajo, termina por deslegitimar toda la política normativa de extranjería⁴⁶. Si a esto añadimos la línea divisoria que se establece en función de la norma jurídica aplicable se comprenderá la naturaleza selectiva del proceso de admisión de extranjeros inmigrantes. Como hemos advertido, la manifestación más expresa de que la Unión es un espacio de “privilegiados” la constituye la circunstancia de que los trabajadores comunitarios y sus familiares, sea cual sea su nacionalidad, gocen en España del derecho a acceder a cualquier actividad, sea por cuenta propia o ajena (art. 3.2, párrafo primero RD 240/2007)⁴⁷. Se favorecen los derechos de sus nacionales y de las personas que tengan una relación directa con los nacionales de los Estados miembros porque hay un ejercicio desigual de la libre circulación comunitaria de personas⁴⁸.

Por otra parte, la autorización de trabajo es un presupuesto necesario pero no suficiente en el largo itinerario de la candidatura a “admitido”. Aunque no garantiza *de suo proprio* la entrada legal en territorio nacional, como pusimos de manifiesto en el capítulo anterior, no puede obviarse que el común de los extranjeros tiene que ganarse la

⁴⁵ En la doctrina científica, autores como Cabellos Espiérrez, M., Á., y Roig Molés, E, cuya opinión compartimos, abogan *de lege ferenda* por una autorización inicial de mayor duración, retrasando el examen de renovación, lo que sin duda podría tener más en cuenta la integración social del extranjero. “El tratamiento jurídico del extranjero en situación regular”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, 2006, p. 123.

⁴⁶ Y es que el horizonte moral del inmigrante se acaba en las necesidades de la economía española. Unzurrunzaga y Aierbe “Desigualdad y discriminación a través de la normativa de extranjería”, *op. cit.*, p. 79.

⁴⁷ No gozan del derecho los ascendientes directos a cargo (art. 2.d) o descendientes mayores de veintinueve años que vivan a cargo, aunque quedan fuera del ámbito de aplicación de las normas comunes de extranjería, salvo en lo que pudiera serles más favorables (art. 1.3 LOEXIS y artículo único Regl. desarrollo).

⁴⁸ Incluso, en el peor de los casos, los familiares de los ciudadanos de la Unión que cesen en su condición podrán obtener, si cumplen los requisitos establecidos al efecto, a excepción del visado, y sin atención a la situación nacional de empleo, una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o cuenta propia, del tiempo que corresponda, en función de la duración de la tarjeta de residente de la que fuera titular (art. 96.5 RD 2393/2004). Además tienen la posibilidad de obtener la residencia comunitaria permanente en los supuestos previstos en el art. 17 Directiva 2004/38/CE, regla que reproduce el art. 10 RD 240/2007, de 16 de febrero. La ambigüedad reglamentaria en el establecimiento de la duración de la autorización contenida en el art. 96 Regl., por todos, en Polo Sánchez, M., C., “Art. 96. De la situación de residencia a la de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 593.

vida, ese momento del imaginario colectivo en el que cualquier “otro” tiene que iniciarse como primera etapa en su peregrinar por la candidatura a la ciudadanía en destino⁴⁹. La autorización de residencia y trabajo, en un modelo de inmigración estructurado sobre el mercado de trabajo, va a terminar por convertirse, por cuestión práctica y vital, en el principal presupuesto de permanencia en la situación de legalidad para su poseedor⁵⁰. Por consiguiente, la tenencia de trabajo para un inmigrante al que resulta de aplicación la legislación común de extranjería se constituye en “salvoconducto” de su situación jurídico-administrativa⁵¹. Sin embargo, la dependencia de la autorización y sus sucesivas renovaciones a la adquisición real o a la expectativa de un trabajo, hace que el trabajador legal esté amenazado en ese peregrinaje, con todas sus consecuencias, por la posible pérdida del citado requisito de permanencia.

La significación de la posesión de ese documento trasciende su inherente eficacia jurídica⁵². Si tienes autorización de trabajo, al menos no eres un sempiterno candidato a ser admitido, aunque la salida del primitivo “estado de naturaleza” sea precaria e inestable⁵³. Los identificadores de estatus social se transforman continuamente y se

⁴⁹ En la práctica, ¿qué extranjero extracomunitario que viene a este país forzado por la penuria económica en origen está en condiciones de acreditar medios de vida suficientes, como establece el art. 35.2. d) RD 2394/2004 en relación con el art. 31.2 LOEXIS, sin tener que realizar una actividad laboral? Nos remitimos al análisis que de la nueva función del visado y su relación con la autorización de trabajo se realizó en el capítulo anterior.

⁵⁰ La política normativa de extranjería niega la condición de inmigrante a buena parte de los inmigrantes reales, imponiendo una reducción que consiste en identificar inmigrante con trabajador inmigrante y de éstos sólo los oficialmente necesarios porque no hay oferta nacional. De Lucas Martín, “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, *op. cit.*, pp. 35-36.

⁵¹ La relación residencia y trabajo, el acceso al mercado laboral como el más importante instrumento de política de control. Marie, *Preventing illegal immigration: juggling economic imperatives, political risks and individual rights*, *op. cit.*, p. 51. *Cfr.*, a nivel UE, la Comunicación de la Comisión Europea que aprueba el plan de política en materia de migración legal, COM (2005) 669 final, de 21 de diciembre (apartado 2.2).

⁵² La variedad tipológica de autorizaciones de trabajo previstas normativamente en consonancia con la heterogénea consideración de circunstancias, influyen en la citada autorización administrativa, un estudio que sobrepasa los límites de este estudio. Sobre la simultaneidad de la autorización de residencia y trabajo puede verse un excelente análisis en Moya Escudero, “De la autorización de trabajo y regímenes especiales”, *op. cit.*, p. 883 y ss; de la misma autora, *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Granada, 1999, pp. 53-54.

⁵³ En su momento afirmaba Locke, J., que “los hombres se hallan naturalmente en un estado así [para referirse al estado de naturaleza], y que en él permanecen hasta que, por su propio consentimiento, se hacen a sí mismos miembros de alguna sociedad política [...]”. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, 2002, p. 45. Pues bien, en la situación actual, ¿no se da la situación contraria? ¿No es la sociedad política la que presta su consentimiento al cuándo y cómo quiere que el extranjero inmigrante pueda ser miembro de la misma?

diversifican en cada “microespacio social”. De forma general, la posesión de la autorización de trabajo es una forma de reafirmación de su poseedor. Al menos puede decir que le va a permitir ocupar una posición social en su propio “submundo” que le faculta para adoptar otra perspectiva respecto al “sin papeles”, aunque siempre con la amenaza permanente de la vuelta al estado primitivo si no está en condiciones de seguir con la habilitación concedida. Desgraciadamente, la táctica del “divide y vencerás” es una clara apelación a la maximización del beneficio de la sociedad de destino⁵⁴: yo te doy lo estrictamente necesario para que reproduzcas el ideal de exclusión que se ha creado mientras nos seas útil⁵⁵.

En esta “obsesión utilitarista”, el inmigrante es obligado a “mendigar” sus derechos, es impelido a aceptar las condiciones del empresario o empleador que aparece como el último oferente de su anhelada legalidad⁵⁶. La *potestas decidendi*, la última palabra para que un inmigrante pueda hacer efectivos sus derechos, la tiene un particular⁵⁷. El conjunto de instituciones que dan sentido a la inmigración económica, desde el punto de vista interno, tienen en el empleador a su destinatario natural como agente promotor de riqueza

⁵⁴ El núcleo central del “problema de la inmigración” no es si podemos o no convivir con la diferencia, sino si podemos o no convivir con el escándalo de la explotación humana masiva. Delgado Ruiz, “Nuevas retóricas para la exclusión social”, *op. cit.*, p. 11. Incidiendo en la materia, Silveira Gorski afirma que es muy difícil avanzar hacia una convivencia no violenta con los *otros* extranjeros si las personas, en el marco de una sociedad regida por la lógica del beneficio, no son más que objetos para el sistema. “Desarraigo y democracia de las diferencias”, *op. cit.*, p. 75.

⁵⁵ En una sociedad más plural y menos segura de sí misma, sin embargo, la “inseguridad ontológica” del sujeto le hace más proclive a la exclusión del otro. Ortiz de Ubina Gimeno, I., “¿Y ahora qué? La criminología y los criminólogos tras el declive del ideal resocializador”, en *Revista de libros*, nº 111, marzo 2006, p. 6.

⁵⁶ Cuando el mercado es considerado como prioritario y condicionante de la regularización del estatus de los extranjeros estamos enfrentándonos con prácticas de dudosa justicia. ¿Es justa la selección de inmigrantes con base a lo que pueden contribuir económicamente?, ¿es justo dejar a las organizaciones empresariales en su función de grupo de presión más bien que a los gobiernos decidir qué grupos de inmigrantes son susceptibles de contribuir a la producción nacional?, ¿es justa la política de cuotas favorecida por los Estados liberales para regular el acceso de los extranjeros? Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, *op. cit.*, p. 168-169.

⁵⁷ El papel del empresario en el procedimiento es crucial. Interviene tanto en la iniciación del mismo, presentando, con carácter general, la solicitud de contratación que, a su vez, lo es de autorización de trabajo del extranjero (art. 80.2 Regl.), en la posible presentación conjunta de visados para los trabajadores cuya contratación se pretende para el mismo período (art. 80.5), en la potestativa participación en los procesos de selección en origen, ya sea de forma directa o indirecta (art. 80.3), *inter alia*. Sobre la función garantizadora del empresario de la situación del extranjero en España, por todos, Ballester Pastor, *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, *op. cit.*, p. 143. En el Derecho comparado, *p.e.* la situación en el ordenamiento francés no es mucho mejor. *Cfr.*, Guimezanes, N., “Le statut légal des migrants”, en *Revue internationale de Droit comparé*, nº 2, 2006 (ejemplar dedicado a: Etudes de droit contemporain), p. 606 y ss.

que es⁵⁸. El poder institucional delega en el agente oferente de trabajo la ejecución del escrutinio de las personas, la implementación de la elección de los trabajadores, rol congruente con la calificación económica de la migración admitida por las sociedades de destino⁵⁹. El oferente de empleo se convierte, en último término, en la clave para el acceso al mercado laboral legal del trabajador inmigrante, en esa pieza que culmina el universo de la selección⁶⁰. En este “Leviatán”, “cada cual blande su autoridad, ejerce su poder y goza de su gloria, en una distribución general de la legitimidad”⁶¹.

Dicho esto, cabe preguntarse qué hay detrás de esta preterición del derecho al trabajo en función de una calificación administrativa. Desde el punto de vista ético-normativo, incidimos en una idea: los mecanismos selectivos de orden laboral son expresión del particularismo presente en la noción de Estado-nación⁶². No resulta paradójico que la idea de selección sea una parte constitutiva de la categoría epistemológica del Estado-nación⁶³. Liberalismo, defensa del orden interno, ciudadanía, etc., son nociones inherentemente unidas al particularismo de cada Estado-nación que dan sentido a la idea de selección. Si en la más pura tradición liberal los derechos universales son realizables en la comunidad jurídico-política que es el Estado, sólo la pertenencia a la comunidad posibilita la plena realización de los derechos individuales, entre ellos lógicamente el derecho a la libre

⁵⁸ Véase Puerta Vilchez, “El contingente de trabajadores extranjeros”, *op. cit.*, pp. 366-370. Sin embargo, como recuerdan Adam Romero, M., y Alconada de los Santos, M., la decisión de contratar a un trabajador extranjero obliga al empresario a recorrer un camino complejo, repleto de trámites que varían en función de los diversos supuestos y que no está en consonancia con la agilidad que demandan las empresas. “Contratación de trabajadores extranjeros”, en *Iuris: actualidad y práctica del derecho*, nº 123, enero 2008, pp. 28-29.

⁵⁹ Es indudable que el trabajador tiene que luchar no sólo por la adaptación en la comunidad de destino. Lo más preocupante es que *de iure* se obstaculice el penoso camino de la integración, asignándole a estas personas el rol de itinerantes potenciales, en constante estado de alerta e inseguridad en su anhelo de encuentro de un espacio de puesta en común con los demás, de su derecho al desarrollo personal, familiar y social.

⁶⁰ Cabe preguntarse como hace De Lucas Martín, ¿dónde queda la *free choice* como límite, como triunfo frente a la mayoría? “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, *op. cit.*, p. 43.

⁶¹ Giner de San Julián, S., “Lo privado público: altruismo y politeya democrática”, en *Revista de estudios políticos*, nº 88, 1995, p. 18.

⁶² Una expresión más de lo que Sassen denomina “renacionalización” de la política. Sassen, *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, *op. cit.*, pp. 73-75.

⁶³ Una de las cuestiones básicas en este asunto es si es moralmente aceptable tratar de modo diferente a los inmigrantes como las políticas selectivas hacen. Monar, “Comprehensive migration policy, the main elements and options”, *op. cit.*, p. 60.

circulación. La pertenencia determina quién es querido y quién no⁶⁴. De ahí a la legitimación de la limitación de los derechos derivados de la libre circulación de los que son considerados extraños a esa comunidad nacional, sólo hay un paso. El “nuevo” nacionalismo sitúa el referente identitario en las lógicas de la seguridad y la necesidad. Estamos en presencia de un proteccionismo que responde al orden teleológico del pragmatismo⁶⁵.

El principio de primacía del Derecho comunitario certifica el ideal regulativo expuesto, al hacer preciso que el ofrecimiento de un puesto a un no beneficiario del Derecho comunitario se subordine que *a priori* nadie perteneciente a ese mercado “privilegiado”, donde se desarrollan el conjunto de libertades comunitarias, pueda ocupar el mismo⁶⁶. El principio de preferencia comunitaria, efecto de la característica transposición en el nivel europeo del particularismo propio del Estado-nación, termina por proveer de fundamento a la institucionalización de este nuevo “proteccionismo”, abrogando las libertades que hacen extensible a los beneficiarios de Derecho comunitario⁶⁷.

⁶⁴ Cfr. Spencer, P., “Civic nationalism, civic nations and the problem of migration”, en Ghatak, S., y Showstack Sassoon, A. (edit.), *Migration and mobility. The European context*, Palgrave, 2001, p. 102.

⁶⁵ Los mecanismos de cierre desarrollados por los países de acogida son de carácter “proteccionista”. El primero vinculado con el objetivo de la preservación de la identidad colectiva. El segundo, ligado al mantenimiento de los bienes colectivos que dicha comunidad proporciona en los regímenes del bienestar. López Sala, “Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada”, *op. cit.*, p. 75.

⁶⁶ Resolución del Consejo, de 20 de junio de 1994, en relación con el Reglamento (CEE) núm. 1612/68, del Consejo. El Tratado de adhesión de Rumania y Bulgaria, de 25 de abril de 2005, concede preferencia a los trabajadores nacionales de los Estados miembros sobre los nacionales de terceros países en lo que respecta al acceso al mercado laboral de sus Estados miembros; en análogo sentido se pronuncia la propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia (COM, 2001, 386). Respecto a la posible preferencia de trabajadores extracomunitarios que cuentan con autorización de trabajo en vigor sobre los que solicitan por primera vez la misma, en el Libro Verde sobre “El planteamiento de la UE sobre la gestión económica”(COM, 2004, 811 final) se recomendaba que a partir de 2006, los residentes de larga duración gozasen de preferencia sobre los recién llegados en cuanto a traslado y establecimiento en otro Estado miembro, una apuesta por la armonización a la que la UE debe aspirar. Sin embargo, estamos en un momento en que ni siquiera se ha traspuesto a nivel interno la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, una transposición que debió haberse producido con anterioridad al 23 de enero de 2006.

⁶⁷ La admisión del trabajador de tercer país pasa, pues, el previo examen de la desocupación forzosa o voluntaria del puesto de trabajo. Martínez Abascal lo denomina “criterio institucional”, presente en la construcción de un mercado común como una prioridad acorde con la dimensión económica de la UE, lo que por sí predetermina a un concreto perfil de selección de inmigrantes. *Ciudadanía social y políticas inmigratorias de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 67. Por su parte, Torres Pérez apunta a la proporcionalidad directa entre esa orientación preferencial y la “segmentación étnica”. La integración de los inmigrantes y algunos de los desafíos que nos plantea”, *op. cit.*, pp. 58- 60.

En el estadio actual, y en relación con la extranjería, el Estado liberal de Derecho no se caracteriza precisamente por su neutralidad a la hora de regular los derechos⁶⁸. No existe un igualitarismo de partida, en la práctica, cuando un derecho sólo puede ejercerse en función de criterios de dudosa legitimidad ético-política, como la situación nacional de empleo, que no se caracterizan precisamente por garantizar la seguridad jurídica de los interesados, como veremos a continuación. Se ha terminado por desigualar las condiciones para la realización de los derechos, entre ellos el acceso al trabajo, cuando se introduce el elemento de extranjería. Podríamos decir que la “posición original” rawlsiana, un principio fundamental del liberalismo, queda vacío de contenido con la aparición del extranjero en la escenografía nacional⁶⁹. ¿Qué sentido tiene la neutralidad que se oculta tras el “velo de ignorancia”, que equipara a todos en capacidad de elección de los principios de justicia, cuando la realización de los derechos de los extranjeros es deudora de la apreciación de una serie de formulaciones jurídicas de calificación administrativa?

La “posición original” se ha revelado como un insuficiente punto de partida para la realización de los derechos⁷⁰. Precisamente si por algo se define el Derecho de extranjería es por la carencia de neutralidad⁷¹. El extranjero es considerado como distinto y, en función de esa calificación, el ordenamiento jurídico define las condiciones de ejercicio de cada derecho; es decir, el derecho del extraño sólo podrá realizarse mediando el

⁶⁸ El dilema liberal quedaría formulado con la expresión “lo que es bueno para todos no es necesariamente bueno para cada uno”. En esta formulación teórica, la requerida ignorancia acerca de las propias ideas del bien y de la propia situación en la estratificación social lleva a garantizar las posibilidades de pensar a los hombres como libres e iguales. Rodríguez Zepeda, J., “Identidades, demandas de igualdad y Estado de Derecho”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, 2001, p. 104.

⁶⁹ Está desarrollado en Rawls, J., *Teoría de la justicia*, Madrid, 2002, pp. 119-184. La posición original es un intento de representación de la igualdad entre los seres humanos como personas morales, y a partir de la misma, los principios de justicia resultantes son los que las personas consentirían sin favorecimiento de circunstancias naturales o sociales. Kymlicka, W., *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, 1995, p. 77. Una crítica al respecto en Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, 2002, pp. 268-275. Por supuesto, su neutralidad se cifra en la constatación empírica de una ausencia de consenso social sobre la valía moral de los distintos modos de vida y que Rawls denomina “el hecho del pluralismo”. Colom González, “El nacionalismo y la quimera de la homogeneidad”, *op. cit.*, p. 17.

⁷⁰ La igualdad elimina las diferencias a través del concepto de universalidad, una concepción global y común de la sociedad desde la abstracción del individuo. Véase Martucelli, “Les contradictions politiques du multiculturalisme”, *op. cit.*, pp. 64-65.

⁷¹ Los principios de justicia implícitos en la neutralidad liberal descansarían sobre una “concepción moral mínima”. Colom González, *op. cit.*, p. 17.

consentimiento del Estado⁷². Ese intervencionismo debilita el sistema liberal de Derecho y sus principios básicos de autonomía personal, igualdad y no-intromisión en la esfera privada de los derechos⁷³.

La incisiva fiscalización del derecho al trabajo, lejos de su impronta socio-económica, tiene unas raíces identitarias muy sólidas. La estricta sujeción del goce y disfrute de este derecho a permisiones del poder público es un claro exponente de la “jaula de hierro” presente en todo elemento de extranjería⁷⁴. De este modo, al inmigrante trabajador, en especial a aquel que no cuenta con antecedentes inmediatos de “legalidad” en nuestro país, se le impone un rol identitario que oponer al resto y que se define por su nomenclatura: contingente, autorización de trabajo, situación nacional de empleo, etc.

Sin duda, la finalidad de la ordenación jurídica “calculada” de los flujos migratorios actuales –y en el plano interno no resulta una excepción– estriba en la sistemática operativa y funcional de las economías y el desarrollo de los países que se convierten en receptores de personas de otras nacionalidades con el objeto cualificado de la “ganancia” socioeconómica interna⁷⁵. Es un aprovechamiento del inmigrante económico cuyo proyecto migratorio pasa irremediamente por la búsqueda de trabajo⁷⁶. Los Estados “importan” –o, al menos, pretenden poner “coto”– a aquellas personas estrictamente necesarias para garantizar el progreso del sistema productivo⁷⁷. Dentro de esta vorágine

⁷² Como afirma Elbaz, M., “el ascesis que nos incumbe consiste en desprendernos de nosotros mismos pensando [...] en el sufrimiento del Otro y en mi responsabilidad hacia él”. “El inestimable vínculo cívico en la sociedad-mundo”, en Elbaz, M., y Helly, D. (dir.), *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*, Granada, 2002, p. 37.

⁷³ Si se parte de la existencia de grupos minoritarios y mayoritarios, como aduce Kymlicka, W., un sistema de derechos de las minorías que respete la libertad dentro del grupo minoritario y la igualdad entre los grupos minoritarios y mayoritarios es impecablemente liberal. *Ciudadanía multicultural, una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona, 1996, p. 212.

⁷⁴ “Una falsa utopía realizada en que los derechos supuestamente universales les son vedados a los calificados como “extranjeros”, o como mucho, en la práctica resultan concesiones que una parte de la población no se va a poder pagar [...] todo ello en el seno de una burbuja conceptual dominante contra la que no se podría combatir ideológicamente, puesto que estaría constituida por invocaciones a principio considerados indiscutibles [...]”. Delgado Ruiz, “Nuevas retóricas para la exclusión social”, *op. cit.*, p. 20.

⁷⁵ Como subraya Pomed Sánchez, lejos de su incorporación, el título legitimador de la presencia de los extranjeros en la comunidad nacional no es otro que su consideración como fuerza de trabajo, *op. cit.*, p. 77.

⁷⁶ Trinidad García y Martín Martín, *op. cit.*, p. 68.

⁷⁷ Todas las cuestiones inherentes a las consecuencias económicas y sociales derivadas de la inmigración laboral son analizadas, por todos, en Solé, C. (coord.), *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, Barcelona, 2001.

racional-productiva y garantizadora de la supervivencia del sistema, el principal vector de la idiosincrasia del proceso selectivo de extranjeros es la falta de realización efectiva de los derechos⁷⁸. En este sistema, las personas terminan por convertirse en instrumentos o medios de superación –un factor mercantil más– de las rigideces, reales o pretendidas, de un mercado laboral, en donde las reticencias de los trabajadores autóctonos para ocupar ciertos perfiles de puestos de trabajo se salva con la mano de obra extranjera, admitida laboralmente pero no tanto socialmente y que la legislación interna no hace sino corroborar⁷⁹.

B. La “situación nacional de empleo”, una expresión del particularismo nacional

La disposición de un puesto de trabajo en el mercado laboral para el candidato a ser admitido, como principio de orden material, y la preceptiva provisión, con carácter general, de la autorización de trabajo como mecanismo aplicativo de la ordenación de la migración económica, son los dos ejes que estructuran la naturaleza laboral de la política inmigratoria actual en las sociedades europeas en general y, en la española en particular⁸⁰.

Indudablemente esta idea se ha articulado jurídicamente. ¿Qué institución sirve a este fin peculiar? El legislador interno introduce el concepto indeterminado de la *situación nacional de empleo* como el factor que determina en qué sectores y en qué territorios se puede utilizar la mano de obra de extranjeros no beneficiarios del Derecho comunitario⁸¹. La ausencia de una definición legal o reglamentaria del contenido material de la citada figura no hace sino profundizar en el carácter discrecional de un concepto llamado a

⁷⁸ Una visión instrumental, un presupuesto metodológico que el pragmatismo político recibe encantado. De Lucas Martín, “Globalización, migraciones y derechos humanos. La inmigración, como *res política*”, *op. cit.*, p. 16.

⁷⁹ Véase Molina Navarrete ...[et al.], *op. cit.*, p. 147 y ss; Aparicio Wilhemi, “Los derechos sociales de las personas inmigradas en España”, *op. cit.*, p. 69; Goytisolo y Naïr, *El peaje de la vida: integración o rechazo de la emigración en España*, *op. cit.*, p. 139; Zubero, “El reto de la inmigración: acoger al otro y ampliar el nosotros”, *op. cit.*, pp. 142-143.

⁸⁰ *Cfr.* por todos, el Dictamen del Comité de las Regiones sobre el “Libro Verde: el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica”(2006/C 31/09) de 7 de julio de 2005 (DOUE C 31, de 7 de febrero de 2006) (apartado 1.10).

⁸¹ Un elemento clave del actual sistema de extranjería. Fernández Collados, M., B., “La valoración de la situación nacional de empleo y el Tratado de amistad entre España y Uruguay: comentario a la STS de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 7693)”, en *Aranzadi Social*, nº 19, 2007, p. 38. Ballester Pastor lo denomina estrictamente *situación de empleo* considerando el criterio provincial de determinación de los puestos de difícil cobertura, *op. cit.*, p. 101.

constituirse en el factor principal sobre el que formular el acceso a la legalidad para un inmigrante laboral⁸². Es un filtro o “prueba de admisión” que se hace pasar por empírico, pero que está sujeto a interpretaciones como todo concepto jurídico indeterminado⁸³. La situación nacional de empleo, una capacidad que tiene la economía de una determinada nación para dar empleo a los trabajadores extranjeros que lo soliciten⁸⁴, se convierte en uno de los dos ejes fundamentales de la política de admisión⁸⁵. Esta institución es el referente jurídico de la observancia del principio de preferencia de ocupación laboral de quien ya ha sido admitido⁸⁶. Veamos algunas cuestiones significativas que determinan su calificación de requisito de orden selectivo⁸⁷.

⁸² Véase Esplugues Mota, C., y De Lorenzo Segrelles, J., M., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España. Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4 /2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Valencia, 2001, p. 309; Moya Escudero, “La autorización de trabajo por cuenta ajena”, *op. cit.*, p. 1017; San Martín Mazzucconi, S., “El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: régimen general y contingente”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 141-145. Un resumen de los antecedentes legislativos en la materia en Ballester Pastor, *op. cit.*, p. 83 y ss.

⁸³ El art. 38.1 LOEXIS se encarga de vertebrar todo el mecanismo de admisión al mercado laboral por cuenta ajena, dando carta de naturaleza a esta condición fundamental que habrá de tenerse en cuenta, con carácter general, para la concesión inicial de la autorización de trabajo. Esta causa principal de denegación de la autorización laboral por cuenta ajena que delimita el cómo, el cuándo y el quién de la selección de personas que pretenden acceder al mercado de trabajo interno por cuenta ajena es “justificada” en la Exposición de Motivos del RD 2393/2004, en la que después de declararse que “la admisión de nuevos inmigrantes en nuestro país está fundamentalmente basada en la necesidad de cobertura de puestos de trabajo en el ámbito del tratamiento de la inmigración legal y la regulación de los flujos migratorios”, se explicita que “se ha reformulado la determinación de la situación nacional de empleo para convertirlo en un diagnóstico del mercado laboral más riguroso y más efectivo y ofrecer una perspectiva más cercana a la realidad del mercado de trabajo”.

⁸⁴ Puerta Vilchez, J., M., “Art. 41. Excepciones a la autorización de trabajo”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 1073.

⁸⁵ Trinidad García y Martín Martín, *op. cit.*, pp. 17-18. El otro es la provisión, con carácter general, de visado, cuyo análisis realizamos en el capítulo anterior.

⁸⁶ Evidentemente, para la apelación normativa a la situación del mercado de trabajo interno es indiferente el procedimiento seguido para la concesión de la autorización: obedezca a oferta individual o colectiva por medio de los cupos. Quizá, por lo que concierne al procedimiento de acceso al mercado de trabajo por la modalidad de contingente, la especificidad más relevante responde a la lógica finalista de la institución: la situación nacional de empleo se valora en la fase previa de la elaboración del contingente, por lo que no resulta preciso volver a acreditar esa circunstancia en el momento de presentación de la solicitud de contratación/autorización. Véase Cavas Martínez, F., y Fernández Collados, M., B., “Sistemas de acceso de los extranjeros al mercado nacional de trabajo”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, 2005, p. 476.

⁸⁷ Siempre dejando claro, como subraya Fernández Collados, que la difícil valoración de la SNE suscita una cuestión compleja. “La valoración de la situación nacional de empleo y el Tratado de amistad entre España y Uruguay: comentario a la STS de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 7693)”, *op. cit.*, p. 35.

En primer lugar, la delimitación subjetiva de lo que constituye “situación nacional de empleo” introduce un primer filtro selectivo. La protección en el empleo del trabajador nacional se ha extendido, por mor del Derecho comunitario, beneficiando a los nacionales de alguno de los Estados de los restantes Estados miembros y asimilados y los familiares de éstos y de los españoles siempre que se encuentren inscritos como demandantes en las oficinas de empleo⁸⁸. Todos ellos tienen como denominador común la titularidad del derecho al trabajo, sin dependencia de una concesión pública.

Pero hay más, a los efectos de la consideración de la situación nacional de empleo también se incluye, entendemos que como circunstancia limitativa de la existencia de puestos disponibles, a los nacionales de terceros países residentes siempre que también se encuentren inscritos como demandantes en las oficinas de empleo⁸⁹. Hay que tener en cuenta que, para constituir la situación nacional de empleo, estas personas deberán aparecer inscritas en los servicios públicos de empleo correspondientes.

En este contexto, en segundo lugar, conceptos jurídicos como la “idoneidad” y la “disponibilidad” de un puesto son uno más de los infinitos impedimentos que indican al trabajador inmigrante en origen, que sólo será “invitado” después de un largo proceso⁹⁰.

⁸⁸ A la postre se da por hecho que los nacionales tienen derecho, sin más paliativos o condicionantes, a insertarse en el mercado de trabajo interno. García Murcia, J., y Ceinos Suárez, Á., “Art. 50. Requisitos”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 333.

⁸⁹ Con carácter general, para la determinación de ese elemento regulador se computarían a los titulares de una autorización inicial o renovada de residencia y trabajo, a los titulares de una autorización de estancia por estudios en las condiciones establecidas en el art. 90 Regl., a los apátridas, a los que ostentan la condición de refugiado, y a los titulares de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales concedida por los supuestos de arraigo, con excepción de la que se conceda los menores de edad, o que estén en las circunstancias previstas en el art. 31.3 del reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado (art. 45.7, primer párrafo Regl.).

⁹⁰ Véase Moya Escudero, “La autorización de trabajo por cuenta ajena”, *op. cit.*, p. 990. Como subraya la autora, la calificación de los conceptos de idoneidad y disponibilidad y su hermenéutica es compleja, hasta el punto de plantearse la interrogante de si las circunstancias tenidas en cuenta a efectos de prestación por desempleo en la LGSS son las más apropiadas para que un Servicio de Empleo determine la concurrencia o no de la adecuación y disponibilidad. La Resolución de 14 de noviembre de 2005, del Servicio Público de Empleo Estatal (BOE núm. 292, de 7 de diciembre) establece un nuevo procedimiento de elaboración del Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura, en desarrollo de lo dispuesto en el apartado a) art. 50 RD 2393/2004, a los efectos de determinar o concretar, como requisito para la concesión de autorizaciones de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena a trabajadores extranjeros (aplicable evidentemente a todos los trabajadores extracomunitarios cualquiera sea la modalidad de acceso al mercado de trabajo nacional), si la situación nacional de empleo permite la contratación de dichos trabajadores. Por supuesto, se espera una ejecución técnica de mayor racionalidad y transparencia. *Cfr.*, exposición de motivos de la citada reglamentación. De todas formas, habrá que estar expectante a una posible reordenación de este cuerpo normativo con el cambio de circunstancias producido por la crisis actual y que, de momento, ha reducido sensiblemente los puestos disponibles (véase nota *infra*).

Los conceptos de “difícil cobertura”, “idoneidad” y “disponibilidad”, como todos los demás de interpretación abierta, por su carácter indeterminado y de gran complejidad técnica, constituyen el principal indicador de discriminación⁹¹. Estas nociones delimitan cuándo el mercado interno está en disposición de admitir al trabajador que no tiene la suerte de escapar al juicio previo a la admisión⁹². En último término, este complejo e impreciso acervo, cuyas ramificaciones jurídicas no pueden ser debatidas en este estudio, podemos resumirlo en la siguiente proposición: la relación causal entre conceptos que remiten a razones de mercado es una excusa jurídica para legitimar el proceso de admisión laboral. El trabajador extranjero en origen queda habilitado o inhabilitado profesionalmente por causas ajenas a su aptitud profesional. Aquí la lógica del mercado domina sobre la cualificación profesional del trabajador⁹³. Lo que interesa es la ocupación efectiva de aquellos puestos que se demandan por los empresarios, en su mayoría de baja

⁹¹ La “difícil cobertura” no tiene por que implicar necesariamente la inclusión en el Catálogo. A efectos de la consideración de la situación nacional de empleo, la acreditación de la dificultad de contratación del puesto que pretenda cubrirse mediante la respuesta negativa o el silencio a la gestión de una oferta de empleo presentada en el Servicio de Empleo correspondiente tiene la misma validez jurídica y probatoria que la propia calificación administrativa de inclusión de un puesto en el Catálogo. Véase Orden TAS/1745/2005, de 3 de junio, por la que se regula la certificación acreditativa del requisito establecido en el artículo 50.a) del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 140, de 13 de junio de 2005).

⁹² Bien por escasa demanda de empleo en ciertos sectores o expreso rechazo de los nacionales hacia esos puestos. Desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial, en la exegética de este concepto se aboga mayoritariamente por una suficiente acreditación de la no-disponibilidad de mano de obra española para enervar la categoría jurídica de la situación nacional de empleo. Entre las más recientes, STSJ de Andalucía de Sevilla, de 23 de marzo de 2008 (RJ 2007\704) (FJ3); la STSJ de Madrid, de 4 de octubre de 2007 (RJ2008\139764) (FFJJ 3 y 4) deniega esa consideración en función de la existencia de vacantes no cubiertas; STSJ de Andalucía de Sevilla, de 23 de marzo de 2008 (RJ 2007\704) (FJ3); la STSJ de Cataluña, de 10 de mayo de 2007 (RJ 2007\304432) (FJ 2); la STSJ de Canarias, de 3 de abril de 2007 (RJ 2007\350551) (FJ4). Curiosamente, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 8 de Valencia, de 7 de mayo de 2008, considera que la oferta formal del Servicio de Empleo de un puesto de “doncella” no permitía equiparar el puesto al de “empleada de hogar” a efectos de considerar que existía suficiente demanda de mano de obra interna (FJ 3). La doctrina sobre la discrecionalidad sobre la denegación por razones de empleo, aunque referida a la LO 7/1985, la resume la STS de 10 de junio de 2002 (RJ 2003\170114) (FJ3). Más recientemente, la STS de 25 de julio de 2006 (RJ 2006\4652) (FJ4), reitera la doctrina de que “la solicitud de un permiso de trabajo por cuenta ajena que haya de fundarse en la situación nacional de empleo debe deducirse de forma genérica, no nominativa, esto es, no referida a un concreto ciudadano extranjero que el empresario haya elegido, y debe estar amparada en el contingente anual de trabajadores extranjeros o en las propuestas que lo complementan”, anteriormente recogida *grosso modo*, entre otras, en las SSTS de 23 de junio de 2005 (RJ 2005\5325), (FJ1); 22 de diciembre de 2005 (RJ 2006\755) (FJ 2). Véase además la STS 24 de junio de 2003, sobre la peculiar situación de los deportistas en atención a “singularísimas” características de la prestación, que la hacen escapar de la situación nacional de empleo.

⁹³ Y, evidentemente, de nada le servirá al que tenga la suerte de ser admitido la demostración de una cualificación académica o profesional en su país de origen.

preparación⁹⁴. Por ello, el trabajador no tiene más que dos alternativas, o quedarse en su país de origen o degradar su dignidad personal y profesional y someterse a la compulsión del mercado⁹⁵.

La lógica de la exclusión no deja lugar a la improvisación. La continuidad del carácter instrumental de la inmigración vuelve a poner de relieve que la lógica normativa de extranjería mantiene una amnesia preocupante en cuanto a la realización de los derechos de las personas⁹⁶. Esta especificidad es contraria al ideal del Estado de Derecho porque renuncia a lo que ha sido la esencial conquista de la modernidad jurídica: la protección de los derechos. Con la sempiterna invocación de razones objetivas de interés público, la necesidad puramente materialista de mantener el sistema productivo se erige en acreedora de una decisión humana tan trascendental como es la odisea de emprender la búsqueda de una identidad nueva. La realización efectiva de los derechos se va a dejar en manos de quien se aprovecha de la irrefutable ley del mercado que demanda una mano de obra de ínfima calidad pero que es necesaria para la riqueza nacional⁹⁷. ¿No viene esta circunstancia a establecer una nueva servidumbre, negando su opción vital a un trabajador inmigrante por el simple hecho de no haber sido declarado “apto” en el juicio de extranjería al que es sometido para el acceso al mercado laboral de destino porque un empresario le ha dicho “no”?

⁹⁴ Principalmente la construcción para los hombres y el servicio doméstico para las mujeres [sin olvidar la agricultura para ambos], parecen haberse convertido en las únicas salidas laborales para personas a las que se niega cualquier otro acceso profesional. Es ingente la información disponible al respecto. A título enunciativo, hasta hace una década el trabajo doméstico se identificaba con mujeres mayores sin formación académica que prácticamente se veían abocadas a realizar estas tareas. El perfil ha cambiado y ahora son inmigrantes, algunas con un buen nivel de estudios, que encuentran en esta profesión la posibilidad de obtener techo, comida, refugio, ahorro y, en muchas ocasiones, el inicio para regularizar su situación en nuestro país. Noticia aparecida en el portal www.terra.es en febrero de 2006 [consulta realizada el 20 de marzo de 2006], disponible en http://actualidad.terra.es/provincias/malaga/articulo/empleadas_hogar_extranjeras_contrato_cuadruplican_858093.htm. Un interesante análisis socio-jurídico en Casal, M., y Mestre i Mestre, R., “Migraciones femeninas”, en De Lucas Martín, F., J., y Torres Pérez, F. (edit.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, 2002, pp. 126-132.

⁹⁵ El catálogo correspondiente al cuarto trimestre de 2008 ha sido aprobado por Resolución de Resolución de 1 de octubre de 2008, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se publica el catálogo de ocupaciones de difícil cobertura para el cuarto trimestre de 2008 (BOE núm. 254, de 21 de octubre).

⁹⁶ Este carácter instrumental es reflejo de la figura ética del *egoísmo ilustrado*, que no necesita apelar a otros recursos morales diferentes del interés y el beneficio propios. Zamora, “Inmigración, ciudadanía y multiculturalidad”, *op. cit.*, p. 232.

⁹⁷ *Cfr.* Torres Pérez, *op. cit.*, p. 58 y ss; Harris, *Thinking the unthinkable. The immigration myth exposed*, *op. cit.*, p. 57 y ss.

En todo caso, es evidente que la existencia de mano de obra interna y la dependencia práctica de los derechos de un agente privado son criterios fundamentales que exteriorizan la frontera material entre el admitido y el excluido en la política migratoria. En este sentido, la autorización de trabajo contiene, desde el punto de vista documentario y acreditativo, ese imperativo e incluso lo supera en aquellos supuestos en que la situación nacional de empleo permite la admisión de trabajadores inmigrantes y no se exime de ese preceptivo reclamo.

La soberanía del mercado laboral nacional opera como razón suficiente para condicionar el acceso legal del extranjero inmigrante al mercado laboral⁹⁸. La preferencia por el trabajador nacional, en sentido lato, es una circunstancia que se erige en la principal causa de denegación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o, lo que es lo mismo, en el más importante requisito para la concesión de la misma⁹⁹. Sin embargo, su inaplicación para determinados extranjeros termina por instituir una clase de “privilegiados”, aquellos que no tienen que estar sometidos al imperativo del mercado para el acceso a un trabajo, y lo que es lo prácticamente lo mismo, para la realización de sus derechos. Delimitemos, no obstante, esta afirmación, al objeto de no confundir los términos del discurso.

La situación nacional de empleo, como muchos conceptos de la legislación española de extranjería, sirve para discriminar entre las personas. ¿Por qué un marroquí que solicita el acceso al mercado laboral legal desde una situación previa de residencia temporal sin realización de actividad lucrativa, por ejemplo, no tiene que estar sometido a este requerimiento y sí un marroquí que encadena tres años naturales de contrato de duración determinada y diligentemente retorna a su país al finalizar cada relación laboral? El problema reside, desde nuestro punto de vista, en la elasticidad de un concepto que está al servicio del utilitarismo de la sociedad de destino. El mercado de trabajo interno permitirá

⁹⁸ Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, *op. cit.*, p. 173.

⁹⁹ Las siguientes palabras de De Lucas Martín, F., J., son ilustrativas: “su horizonte [refiriéndose al trabajador inmigrante] es, en el mejor de los casos, romper con la doctrina de la ‘preferencia nacional’ que permite una discriminación supuestamente *justificada* en el estatus de los trabajadores según su origen. Pero en realidad nunca llega a alcanzar el lugar de los trabajadores nacionales [...], el inmigrante arrastra el estigma de haber nacido mal, a destiempo, en el lado malo de la geografía”. “Hacia una ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes”, en *Revista CIDOB d’affers internacionals*, nº 53, dedicado a Ciudadanía europea e inmigración, 2001, p. 67.

o no la contratación de trabajadores extranjeros sólo cuando interese social, política y económicamente. La formulación jurídica contenida en el art. 40 LOEXIS y art. 50 *in fine* Regl., con carácter general, y los arts. 95.1, 96.1 y 98.3 Regl., con carácter especial, es una sinopsis asistemática de este conjunto de intereses. La indefinición, o al menos, la inexistencia de una causa unívoca y explícita que sirva como principio rector a la hora de aplicar o desaplicar un requisito tan importante para el acceso al mercado laboral español, es una causa más de la inseguridad jurídica que plantea ese sector del ordenamiento jurídico¹⁰⁰.

La contratación en origen, vía régimen general, forma parte de este esquema surrealista¹⁰¹. Para los que están fuera del territorio y pretenden acceder al mercado laboral por la vía individualizada de contratación, ¿qué se oferta? Ni más ni menos que la “situación nacional de empleo” como presupuesto de una autorización inicial sujeta a una renovación en un plazo de un año¹⁰². En todo caso, la posición jurídica y ética del extranjero estará limitada mientras no adquiera un mayor tiempo de “legalidad”.

La necesidad de cobertura de puestos es el dogma de esta representación jurídica. Las leyes del mercado imponen su fuerza como mecanismo de cierre y apertura de fronteras¹⁰³. Todo termina siendo un ejercicio de voluntarismo. Se abren, en mayor o menor medida, las fronteras si se requieren personas extranjeras en origen porque existe un déficit de puestos a cubrir. Se clausuran, en análogas condiciones, si la mano de obra interna es suficiente para cubrir esa oferta o se está inmerso, como en la actualidad, en una crisis

¹⁰⁰ Un lugar común [el de la inseguridad en su estatus jurídico] de los extranjeros inmigrantes. *Cfr.* De Lucas Martín, F., J., “La dimensión política de la inmigración. Una reflexión pendiente”, en Alemany, J., M.,...[et al.], *La inmigración, una realidad en España*, Colección Actas 57, Zaragoza, 2002, p. 284.

¹⁰¹ *Cfr.* Aparicio Wilhemi, “Los derechos sociales de las personas inmigradas en España”, *op. cit.*, pp. 64-65. Posteriormente veremos la modalidad del contingente que reproduce, con sus particularidades, este ideario.

¹⁰² Una forma *sui generis* de autorrealización de la persona, en la que además la autoridad tiene la potestad de limitar la concesión *inicial* de residencia y trabajo por cuenta ajena a un determinado territorio, sector o actividad (art. 49.2 Regl.).

¹⁰³ Afirma Zapata Barrero, R., que “el vínculo entre inmigrante y mercado es tan importante para el discurso proactivo, como es el vínculo entre inmigrante/Derecho para el Discurso reactivo”. “Política del discurso sobre la inmigración en España: discurso re-activo y discurso pro-activo en los debates parlamentarios”, en *Discurso y Sociedad*, vol. 1 (2), 2007 [consulta realizada el 12 de abril de 2008], *op. cit.*, p. 332. Nosotros añadiríamos: ambas lógicas responden al mismo patrón de pensamiento y son perfectamente incardinables en la cultura del control y del dominio hacia el extranjero inmigrante.

económica de repercusiones tan graves¹⁰⁴. Complementemos estas observaciones con la oportunidad de admitir al mercado laboral a quiénes han superado el “primer curso” de los estudios a ciudadano y tendremos algunas claves explicativas al respecto.

¿Hasta qué punto se convierte en inviable la contratación de trabajadores extranjeros estables por el régimen general? Se busca un perfil, a ser posible de trabajador temporal, para el que se ha arbitrado una modalidad específica de autorización de residencia y trabajo, precisamente porque esa es la necesidad del mercado laboral español para aquellos puestos con vocación de inestabilidad en el empleo, con sometimiento a la situación nacional de empleo (art. 56 Regl.), excepto en los supuestos previstos en las letras d) y l) del art. 40 LOEXIS¹⁰⁵. El trabajador temporal o de campaña es un prisionero de la falta de crédito moral de la sociedad que lo contrata¹⁰⁶. El retorno se constituye, en esta modalidad de acceso al mercado de trabajo para extranjeros inmigrantes en origen, en una cláusula imperativa. Y, por supuesto, está establecida unilateralmente en ese “ficticio” contrato de extranjería que forman la solicitud del interesado y las condiciones establecidas y que resuelve sobre el futuro personal del candidato a inmigrante¹⁰⁷. La amenaza en caso de incumplimiento es rotunda: el extrañamiento del afectado, en lo que se refiere al acceso al mercado de trabajo, con una carencia de tres años contados desde la concesión de la autorización (art. 56 Regl.).

¹⁰⁴ Una de las primeras consecuencias de la crisis es que el Estado español “disuade” al trabajador extranjero desempleado en situación legal (exceptuando nacionales comunitarios, nacionales de países pertenecientes al EEE y suizos) ofreciéndole el abono anticipado y acumulado del importe de las prestaciones por desempleo que le corresponda a cambio del compromiso de no retornar en tres años (artículo único, punto cuatro RD-Ley 4/2008, de 19 de septiembre). Triste recompensa para quien ha contribuido con su esfuerzo al mantenimiento del Estado de bienestar. El interesado que acepte sabe que vuelve a su situación de origen y además con un extrañamiento, desde nuestro punto de vista, excesivo. Eso sí, se le “compensa” permitiéndole tener un derecho preferente para incorporarse al contingente de trabajadores, siempre que acrediten que cumplen los requisitos establecidos para ello, y podrán continuar su situación de residencia a los efectos del cálculo del plazo legal para obtener, en su caso, la residencia permanente, si bien no se computará el periodo de ausencia (art. 3.2 y 3.3 RD 1800/2008).

¹⁰⁵ Respecto al último supuesto, escasa recompensa es la no consideración de la situación nacional de empleo cuando el trabajador haya cumplido sus “deberes”, o sea, permanece en la precariedad laboral durante cuatro años naturales y tiene que haber retornado a su país en cada ocasión. Del mismo modo, el citado periodo de tiempo será un elemento más a valorar en la resolución de concesión de la autorización.

¹⁰⁶ Su “desahucio” tiene la fecha de caducidad máxima de un año, en los supuestos previstos en los párrafos b), c) y d) del art. 55.2 Regl., sin posibilidad de renovación, aunque sí de prórroga según la legislación laboral (art. 55.3 *in fine*).

¹⁰⁷ Onerosidad de la que tampoco quedan excluidos los empleadores que son obligados a convertirse en aseguradores del regreso del trabajador a su país de origen (art. 56.1. b).

Distinta es la circunstancia de quienes no están sujetos a la “situación nacional de empleo” para la concesión de la autorización¹⁰⁸. La no-consideración de este requisito facilita el proceso de autorización, algo que agradecen no sólo los propios afectados sino los propios empleadores que no tendrán que someterse en esos casos al farragoso sistema material de determinación establecido, con carácter general, en el art. 50.a) Regl. para la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena¹⁰⁹. ¿Qué lógica existe en la inaplicación de un factor tan decisivo en el sentido de la resolución administrativa que se dicte? Todo parece indicar que, con carácter general, el legislador aboga por un tratamiento más “condescendiente” con la persona que ha permanecido cierto tiempo de forma legal en nuestro país. Así, de manera destacada, los titulares de una autorización de residencia (art. 96 Regl.)¹¹⁰ o de una autorización de estancia por estudios (art. 95) pueden solicitar una autorización de residencia y trabajo, sin necesidad de instar el visado, siempre que cumplan las condiciones previstas legalmente, con la importante excepción del no sometimiento a la “situación nacional de empleo”.

Con carácter general, es necesario permanecer durante al menos un año en la situación de residencia para acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena¹¹¹, incluso cuando se posea la autorización de residencia por circunstancias excepcionales en los supuestos previstos en el art. 47 Regl. Considerando que el titular de la autorización de estancia por estudios ha debido permanecer en esa situación durante un mínimo de tres

¹⁰⁸ En su redacción dada por la LO 8/2000, *statu quo* mantenido por la LO 14/2003, los supuestos legales de no-consideración pasan a ser considerados como “factores preferenciales” (en la redacción primitiva dada por la LO 4/2000, eran calificados como “excepciones al contingente”) adquiriendo una tipificación especial más que excepcional en cuanto a su alcance aplicativo y una no-vinculación exclusiva respecto al procedimiento del contingente. Cfr. por todos, Puerta Vilchez, J., M., “El contingente de trabajadores extranjeros (art.39)”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, p. 382; Moya Escudero, “La autorización de trabajo por cuenta ajena”, *op. cit.*, p. 1029. Desde nuestro punto de vista, se está ante una inaplicación de un criterio modulador del mismo “la situación nacional de empleo”, que ciertamente influye en su desarrollo pero no exime del cumplimiento del resto de requisitos legales.

¹⁰⁹ De “apertura encubierta” son calificadas estas situaciones exceptuadas. Ballester Pastor, *op. cit.*, p. 109.

¹¹⁰ En posesión de una autorización de residencia sin realización de actividad lucrativa (art. 96 Regl.), de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales (art. 98), a los que entendemos habría que equiparar, al menos en cuanto a plazo de permanencia en esa situación, a los titulares de una autorización de residencia como ciudadano comunitario o familiar, cuando haya cesado en esa condición (art. 96.5).

¹¹¹ Excepcionalmente no será necesario ese plazo mínimo cuando el extranjero acredite una necesidad por circunstancias sobrevenidas de trabajar para garantizar su subsistencia (art. 96.1 *in fine* Regl.). Tampoco lo será, aunque sin carácter excepcional, para los titulares de una autorización de residencia por reagrupación familiar y el cónyuge que accede a una autorización de residencia independiente por la vía prevista en el art. 41.2 Regl.

años,¹¹² parece que la permanencia legal se arbitra como factor de integración, aunque sea de forma implícita, en ese itinerario a recorrer por quien aspire a ser miembro de pleno derecho de la comunidad.

Esta distinción entre los que están en expectativa de obtener una autorización de residencia y trabajo en su país de origen y los que ya han sido admitidos previamente en nuestro país es más compleja de lo que pudiera parecer. Cualquier afirmación tiene que ser matizada. La simplificación no es precisamente la característica principal del proceso de selección que instaura la legislación de extranjería española¹¹³.

Partiendo de la divisoria que introduce la afirmativa o negativa consideración de la “situación nacional de empleo” y siendo conscientes de que la falta de requerimiento de tan oneroso presupuesto facilita las cosas para el extranjero que pretende acceder al mercado legal de trabajo, hay que advertir que la *extensión* temporal de la autorización no es la misma para los que son poseedores de una autorización de residencia temporal o son titulares de una autorización de estancia por estudios y desean conseguir la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena. En efecto, la autorización de trabajo puede tener una calificación temporal distinta en función de la situación administrativa previa de que se parta. Mientras que para los titulares de una autorización de residencia prevista en los arts. 35 y 38, en relación con el art. 96, que pretendan conseguir la autorización de trabajo, la autorización se concederá, si procede, en función del tiempo que hayan residido previamente en España (art. 49. 3, párrafo primero, *in fine*)¹¹⁴, los titulares de una

¹¹² Sin perjuicio del cumplimiento de los otros requisitos establecidos en el art. 95.1 Regl. y de que, excepcionalmente, pueda reducirse ese plazo por la relevancia de los méritos profesionales y científicos acreditados (art. 95.3 *in fine*).

¹¹³ Una situación asimilable, en la práctica, a la de los que esperan en su país de origen la oportunidad legal de obtener la autorización de residencia y trabajo la constituyen las personas que han visto caducada su autorización de estancia con carácter general. Su escasa presencia temporal entre nosotros parece ser la causa legal esgrimida para que se instaure el retorno forzado al país de origen para proveerse del visado correspondiente como única alternativa a su no consideración de “irregular”. Menos comprensible resulta la situación de los titulares de una autorización de estancia por estudios con permanencia de menos de tres años en esa situación (*a sensu contrario* art. 95.1.a Regl.) y los titulares de una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena de duración determinada, estos últimos salvo los trabajadores necesarios para el montaje por renovación de una instalación o equipos productivos y los que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada durante cuatro años naturales y hayan retornado a su país (letras d y l art. 40 LOEXIS, respectivamente), que habiendo permanecido más tiempo se ven forzados a regresar a su país e iniciar los trámites generales.

¹¹⁴ A los que hay que añadir los titulares de una autorización de residencia por circunstancias excepcionales (art. 98.4 Regl.) y a los extranjeros titulares de una autorización de residencia como ciudadano comunitario o familiar, cuando haya cesado en tal condición (art. 96.5 *in fine*).

autorización de estancia por estudios sólo podrán obtener una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena con la calificación de inicial, es decir, con un plazo de un año, renovable cumpliendo los requisitos establecidos al efecto (art. 95.2 Regl. en relación con el art. 49.3).

Es evidente que esta diferenciación trasciende el plano jurídico. Teniendo en cuenta que el plazo para conseguir la residencia permanente es de cinco años, con carácter general, una persona que haya residido, por ejemplo dos años y medio y consiga un empleo, en el primer supuesto indicado, no dependerá de futuras renovaciones. De esta manera, tendrá garantizada una estabilidad social que le conducirá a ese estadio previo a la ciudadanía jurídica que es la residencia permanente, circunstancia que no se puede asegurar plenamente en el segundo caso.

En este sentido, tampoco se puede afirmar rotundamente que el criterio a seguir sea siempre la presencia legal del extranjero en nuestro país, ni tampoco el periodo temporal de la permanencia¹¹⁵. Sin embargo, una circunstancia es cierta. La presencia legal es un criterio de valoración a tener en cuenta en el juicio de aptitud a que es sometido el trabajador extranjero. La acreditación de la mínima integración que se presupone a quien lleva en nuestro país de forma legal un periodo de tiempo, por regla general un año¹¹⁶, complementado con la calificación administrativa, es un elemento que no se puede despreciar, con todas las cautelas que hay que adoptar, como principal causa de la eliminación de este presupuesto en el proceso de admisión al mercado laboral.

Tener la condición previa de “legal” es un requisito que mitiga la desconfianza con que el sistema concibe al inmigrante, sin perjuicio de los lazos de sangre con un nacional contenidos en el art. 40 i) LOEXIS¹¹⁷. La incertidumbre proteccionista que está detrás de

¹¹⁵ Por ejemplo, los nacionales rumanos y búlgaros durante el periodo transitorio –que para España, en principio, se extiende hasta el 31 de diciembre de 2008– que residieran legalmente en territorio español a 1 de enero de 2007, sin carencia mínima de un año, no están sometidos a la situación nacional de empleo. Tampoco tendrán restricción sectorial o geográfica alguna las autorizaciones que, en su caso, se concedan. Véase las Instrucciones DGI/ SGRJ /08/2006, sobre régimen de entrada, permanencia y trabajo en España de los trabajadores por cuenta ajena nacionales de los Estados que se incorporan a la UE el 1 de enero de 2007, y de sus familiares [consulta realizada el 25 de marzo de 2007], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/INSTMedidasTrans2.pdf>.

¹¹⁶ Sin perjuicio de la excepción que establece el art. 96.3 Regl. para los supuestos de reagrupación.

¹¹⁷ Si el régimen general de acceso al mercado de trabajo marca la residencia, salvo especificidades, en determinados supuestos es la situación de residencia o estancia la que permite acceder a la autorización para trabajar.

la “situación nacional de empleo” sólo cede cuando se pretende modificar un previo estatuto “tolerado” por la sociedad que lo acoge. En definitiva, se trata de facilitar el proceso a personas que tienen *de lege data* la suficiente vinculación como para considerarlos excluidos de la restricción cuantitativa y cualitativa de la existencia de mano de obra interna. No obstante, la suavización del *rigor iuris* del acceso a la condición inicial de “trabajador residente”, mediante la omisión del requisito que mejor referencia la idiosincrasia nacional, lejos de aminorar el efecto discriminatorio lo multiplica porque alienta nuevas preferencias entre los que pretenden ser recién llegados y los inmigrantes ya instalados en el país¹¹⁸.

Paradójicamente, el gran colectivo de beneficiados por la eliminación de la necesidad de que el mercado laboral interno disponga de puestos de trabajo para los trabajadores inmigrantes (los nacionales de países con los que existe acuerdo de regulación de flujos en vigor) no se caracteriza precisamente por ese “salto” de nivel que produce el disfrute de una previa situación legal en nuestro territorio. La existencia de convenios internacionales con países con fuerte presión migratoria está al servicio de una presunta potenciación de la fórmula del contingente o cupos de trabajadores en origen como modalidad de acceso al mercado laboral. Esta circunstancia no hace sino delimitar claramente el perfil nacional de aquellos candidatos a ingresar en el club de los extranjeros admitidos sin pasar la prueba general de la previa permanencia o la carencia de mano de obra nacional, como veremos a continuación¹¹⁹.

La adecuación de un español, comunitario o residente legal de tercer país para la ocupación de un puesto que se le oferta, como criterio a tener en cuenta en la delimitación de la elección, es un ejercicio de egoísmo que atenta contra la dignidad de quien la sufre. Las aptitudes personales y profesionales de una persona ceden el protagonismo al interés

¹¹⁸ Algunos supuestos no encuentran otra justificación que el elitismo laboral. Por ejemplo, la cobertura de puestos de confianza, prevista en el apartado a) del art. 40 LOEXIS y D.A. 12ª del RD 2393/2004, en referencia a puestos de alta cualificación vinculados posiblemente por una relación laboral especial y que escapan al control de la accesibilidad de un mercado sumamente selectivo cuando se trata de admitir a no cualificados, pero generoso cuando se trata de “captar” a mandos directivos y gerenciales.

¹¹⁹ *Cfr.* Delgado Castañeda, A., “Procedimientos para la incorporación de los extranjeros al mercado de trabajo. Consecuencias del trabajo sin autorización”, en *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 11, mayo 2006, disponible en www.iustel.com; Moya Escudero, M., “Una visión de conjunto. ‘Nacionalidad, extranjería y acceso al mercado de trabajo’ ”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, 2005, pp. 85-88.

materialista de una sociedad. Si a esa circunstancia añadimos que, con las cautelas indicadas, en líneas generales, el que está “dentro” de forma legal tiene más expectativa de que se le pueda reconocer la realización de su derecho al trabajo, no podemos ser muy optimistas con el sistema de admisión al mercado laboral interno¹²⁰. A unos se les presume cierta voluntad de integración y a otros se le prejuzga como “competidores” de un surrealista juego de aptitudes e inaptitudes de los que forman parte del mercado.

C. El contingente, el refrendo de la preferencia institucionalizada

Como indicamos en su momento, no todos tendrán las mismas oportunidades para reunir las condiciones necesarias para acceder a la situación de “legal” por medio del trabajo en España, porque se establecen *preferencias* para la obtención de la autorización. Sin duda, la institución que mejor sirve a la oficialización del tratamiento preferencial es el contingente o cupo. Estos términos sinónimos constituyen conceptos que están en la génesis fundamental de las reglas jurídicas de extranjería. La ordenación y regulación del flujo migratorio de personas se sirve de un criterio cuantitativo para decidir quiénes de los inmigrantes económicos pueden o no formar parte de nuestra sociedad¹²¹. El acceso a la autorización para el ejercicio de la actividad laboral por cuenta ajena mediante la restricción cuantitativa, un requisito de difícil justificación ética, es el pretexto perfecto para concluir el apostolado del dilema de la necesidad/seguridad sobre el que se “juzga” al migrante económico¹²².

Desde el punto de vista del Derecho interno, el contingente es el mecanismo de apoyo a la regeneración del dilema indicado, dando respuesta normativa a la imperativa necesidad de canalización del flujo de personas, una realidad que no pasa inadvertida para

¹²⁰ “En este sentido, reconducir el tema del cupo al ‘umbral de tolerancia’ es sumamente peligroso, pues la tolerancia de que aquí se habla es la más negativa: qué ‘cantidad’ de presencia extraña puedo soportar sin que me dañe”. Etxeberria, “El extranjero como igual y como extraño”, *op. cit.*, p. 440.

¹²¹ Las cuotas permiten imponer límites al número total de inmigrantes, siendo uno de los más importantes instrumentos de ejecución de las política de admisión, dependiendo su éxito de su implantación efectiva, Monar, *op. cit.*, p. 72.

¹²² No sólo “los discursos que suscitan temor a flujos migratorios imparables y que justifican la necesidad socioeconómica de la inmigración son compatibles”, como se afirma en el artículo *Inmigrantes: ¿invasores o ciudadanos? Tópicos y realidades sobre la inmigración*, Servicio jesuita a inmigrantes, disponible en la página web de Cristianisme i Justícia, Fundació Lluís Espinal [consulta realizada el 15 de mayo de 2008], disponible en <http://www.fespinal.com/espinal/lilib/es152.pdf>, pp. 6-7, sino que además son complementarios.

la política legislativa como problema social y económico que está presente en las sociedades desarrolladas¹²³. El sistema de cuotas o de preferencias tiene como objeto imponer un cierto orden en el proceso de admisión, añadiendo límites cuantitativos a los requerimientos cualitativos incluidos en la legislación de extranjería¹²⁴.

La institución del contingente va a permitir que algunos no beneficiarios del Derecho comunitario tengan más opciones que otros de obtener el ansiado acceso al mercado laboral interno por el simple hecho de ser nacionales de países con los que se han suscrito acuerdos de regulación de flujos¹²⁵. A través de esta figura, el ordenamiento jurídico español opta decididamente por una contratación dirigida preferentemente a los nacionales de países con los que existe acuerdo migratorio internacional bilateral¹²⁶.

¹²³ La conexión entre la contratación de trabajadores en origen, la selección de países cuyos nacionales tienen preferencia para trabajar en nuestro territorio y la correcta determinación del contingente son tres aspectos básicos al respecto, como ponen de relieve Trinidad García y Martín Martín, *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, *op. cit.*, p. 177; Aja, “La evolución de la normativa sobre inmigración”, *op. cit.*, p. 35. El contingente es una forma de acceso compatible con la vía general de entrada y autorización individualizada para trabajo de extracomunitarios regulada en los arts. 48 y ss. Regl., por lo que se puede hablar de mecanismos independientes y complementarios. Por todos, Cavas Martínez y Fernández Collados, “Sistemas de acceso de los extranjeros al mercado nacional de trabajo”, *op. cit.*, p. 477; Rojo Torrecilla, E., y Camós Victoria, I., “La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 8, 2005, p. 99; San Martín Mazzucconi, “El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: régimen general y contingente”, *op. cit.*, p. 164; Sacristán Romero, F., “Situación legal de los trabajadores extranjeros estables y temporeros en España”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 11, 2006, p. 44.

¹²⁴ Hailbronner, Martin y Motomura, “Conclusions”, *Immigration Admissions: the search for workable policies in Germany and the United States*, *op. cit.*, p. 263.

¹²⁵ La delimitación de la extensión personal del ámbito aplicativo de la norma a personas que no se encuentran físicamente dentro de las fronteras nacionales introduce un primer elemento de jerarquización: los que tienen un estatuto legal y, evidentemente, los indocumentados (aquellos que han logrado traspasar la frontera) quedan fuera de un proceso pensado para atender, de forma preventiva, a la presión migratoria en origen (véase art. 39 LOEXIS y 77.2 Regl.). Lo que exige el precepto legal es la ausencia del territorio nacional en el momento de la solicitud de la autorización laboral, por lo que no empece que en puridad se haya permanecido con anterioridad en territorio español, como bien recuerda Moya Escudero, “La autorización de trabajo por cuenta ajena”, *op. cit.*, pp. 1003-1004.

¹²⁶ Una novedad introducida por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, sin perjuicio de la posibilidad de realizar ofertas de empleo nominativas a través de este procedimiento en las condiciones que se determinen (art. 39.6 LOEXIS y 78.5 Regl.). Puede consultarse la relación de los mencionados Acuerdos en el capítulo tercero. Una sucinta reseña del contenido de los Acuerdos internacionales bilaterales suscritos por España en materia de ordenación de la inmigración laboral en Sacristán Romero, “Convenios bilaterales internacionales en materia laboral”, *op. cit.*, pp. 1-6. Por lo que respecta a los motivos de la suscripción de estos instrumentos hay que indicar que, en el fondo, se trata de afrontar, aunque de una forma un tanto errática y forzada por el curso de los acontecimientos, los flujos de personas en origen, por mucho que en sus preámbulos se aduzcan todo tipo de razones como la apelación a los especiales vínculos históricos y culturales (presente en los Acuerdos con Ecuador, Colombia y República Dominicana), los vínculos de cooperación y amistad (presente en Acuerdos como los de Marruecos, Rumania y en los más recientes con Mauritania o Guinea).

Nada impide, desde el punto de vista jurídico, que la concesión de una plaza de trabajador “legal” se reserve a determinados nacionales por diversas razones (desde una pretendida mayor capacidad de integración hasta razones de política internacional)¹²⁷. Hay que reconocer que la finalidad de estos instrumentos jurídicos convencionales (la ordenación de la llegada de extranjeros inmigrantes actuando en el propio país de origen de forma programada y, por ende, la reducción al mínimo posible de la entrada de personas que no cumplan los requisitos establecidos en la legislación de extranjería) es intachable, sin que se pueda dudar de su legitimidad. La necesidad del sistema jurídico-político del país es la instauración de un orden en la “llamada” *colectiva* de candidatos a ingresar en nuestra sociedad, una “técnica de canalización de nueva población inmigrante, en atención a las necesidades del Estado de acogida”¹²⁸. Sin embargo, que se arbitren esta serie de instrumentos convencionales para reordenar la presión migratoria difícilmente justifica el trato más favorable que los nacionales de los países que han suscrito algún Convenio reciben porque las razones de oportunidad no pueden subvertir las razones de justicia¹²⁹.

En la práctica, esa especie de *numerus clausus*, si se nos permite la expresión, que en su alcance proyecta organizar y canalizar el proceso de admisión y permanencia en el país de destino atendiendo a la demanda de mano de obra foránea de aquellos sectores productivos que tienen escasez de factor humano, pretende “estrechar” las vías de acceso del inmigrante económico, desplazando como procedimiento ordinario al de gestión de ofertas nominativas e individualizadas¹³⁰.

¹²⁷ Aparicio Wilhemi, M., y Roig Molés, E., “La entrada por razones laborales y el trabajo de los extranjeros. El progresivo desarrollo de un sistema ordenado de entrada laboral”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, 2006, p. 160. La mayor celeridad y flexibilidad, que alcanza también a la posibilidad de comenzar la actividad laboral, permite calificar este sistema como de selección privilegiada en el acceso a la condición de trabajador “legal”. Todos estos instrumentos convencionales, a excepción del concluido con Marruecos, recogen el derecho de reagrupación del núcleo familiar de los trabajadores de esos países, algo nada novedoso pues ya está reconocido en la legislación interna.

¹²⁸ Molina Navarrete, C., “La política de contingentes: funciones y disfunciones como instrumento de control de la inmigración”, en *Jornadas sobre la Ley de extranjería, Sus repercusiones en el ámbito laboral*, Granada, 2001, p. 51.

¹²⁹ La divergencia entre moral y política, entre juicio de licitud y criterio de oportunidad es especialmente clarividente en materia de extranjería. Como afirmara Bobbio, “se considera que la política puede decirse autónoma en cuanto una acción puede ser juzgada políticamente oportuna incluso si no es éticamente buena, y también si no es económicamente útil”. *Elogio de la templanza y otros escritos morales, op. cit.*, p. 141-142.

¹³⁰ Incluso el Acuerdo del Consejo de Ministros que aprueba el contingente podrá regular, de manera diferenciada respecto a las ofertas estables a las que se refiere, particularidades en el procedimiento de

Es más, la “filosofía” de la política de inmigración, fundamentalmente de policía de tráfico y de adecuación de mercado, se plasma en el dogma del cupo: que no lleguen más de los que necesitamos y podemos acoger, y que cuando dejen de ser útiles podamos expulsarlos fácilmente u, en su caso, ofrecerles incentivos para el retorno voluntario¹³¹. Toda la política normativa está encaminada y supeditada a mantener ese esquema conceptual, siendo por esa razón el estatuto legal de los trabajadores inmigrantes tan vulnerable y precario¹³². Nuestra legislación tiene una misión pedagógica clara: mostrar a los inmigrantes como desiguales, que sean visibles legalmente como diferentes¹³³. Mediante los cupos se pretende establecer un proceso de selección y categorización de los inmigrantes que se desea escoger como extranjeros¹³⁴. A fin de cuentas la inmigración es percibida como una cuestión de números, la estadística que dicta la adecuación al mercado laboral; es decir, la inmigración en términos de la lógica del beneficio propio del mercado

contratación de *trabajadores de temporada* regulados en la sección 2.ª del capítulo II del título IV (art. 78.3 Regl.). Las instrucciones de aplicación del Acuerdo de aprobación del contingente para 2008 (de 21 de diciembre de 2007), DGI/SGGCFM/03/2008, se dictaron el 24 de marzo de 2008 [consulta realizada el 25 de abril de 2008], están disponibles en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/legislacion/instruccionesCONTINGENTE2008.pdf>. Por otra parte, la posibilidad, prevista reglamentariamente, de revisión a lo largo del año del número y distribución de las ofertas para su adaptación a la evolución del mercado de trabajo (art. 78.4 Regl.), es un acto reflejo más de la lógica de pura racionalidad económica, en preterición del elemento personal y humano que está en el trasfondo de toda movilidad de personas. Asimismo, la regulación actual abre la posibilidad de que existan contingentes en blanco, articulados por medio de visados para la búsqueda de empleo, como recuerda Ballester Pastor, *op. cit.*, p. 307, aunque es cierto que es más que probable que las reglas jurídicas en materia de contingente sean más restrictas en la próxima reforma de la LOEXIS.

¹³¹ La inmigración es una cuestión de reposición, de reemplazamiento de lo que nos falta: admitir lo que necesitamos. Eso se completa con una obsesión securitaria, para garantizar que sólo recibiremos a aquellos que “necesitamos”. Mientras la política de inmigración gire en torno a un cálculo unilateral, a lo más que puede aspirar el inmigrante es a ser admitido entre nosotros como un trabajador, asimilado a las condiciones de los nacionales, aunque en realidad nunca llega a alcanzar el lugar de los trabajadores nacionales. De Lucas Martín, “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, *op. cit.*, pp. 221-223; *idem*, “Políticas de inmigración, derechos y ciudadanía”, en VV. AA., *Derechos humanos e inmigración: una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, jornadas celebradas los días 22, 23, 24 y 25 de mayo de 2002, Motril, 2003, p. 22.

¹³² Hay inmigrantes de primera, de segunda e incluso de tercera categoría porque el utilitarismo económico es la regla en la materia: se distingue entre los que son útiles para la economía nacional, de aquellos que no lo son. Véase Pérez Alonso, E., J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, 2007, p. 70. Buena prueba son los trabajadores extranjeros desempleados tras la reciente entrada en vigor del RD-Ley 4/2008, unas personas que cuando han dejado de formar parte del mercado de trabajo son “estimulados” para el abandono voluntario del país. ¿Cuál será la siguiente estrategia?

¹³³ De Lucas Martín, “Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis”, *op. cit.*, p. 41.

¹³⁴ Delgado Ruiz llega a afirmar que [en la retórica de la exclusión] por encima de todo, lo que importa es que no se note que lo sucede aquí no es que la sociedad sea diversa, sino que es profundamente desigual. “Nuevas retóricas para la exclusión social”, *op. cit.*, p. 10.

y la inmigración como umbral de tolerancia del orden público¹³⁵. La tolerancia aparece más bien como una concesión¹³⁶. Estamos de acuerdo con la afirmación bobbiana de que la tolerancia es una actitud práctica, una actitud utilitaria¹³⁷. El peligro es precisamente la ausencia de compromiso, una tolerancia que actúa como instrumento de la represión de la sociedad, una tolerancia incapaz de discriminar entre contenidos de hecho o de expresión, entre lo bueno y lo malo¹³⁸. ¿Dónde ha quedado el compromiso, un pilar fundamental de la modernidad? En palabras de Bauman, “la modernidad ‘fluida’ es una época de descompromiso, elusividad, huída fácil y persecución sin esperanzas”¹³⁹.

Y es que la presencia monopolista de la idea de control de flujos sobre la que se estructura todo el conjunto de la política de inmigración contemporánea explica la existencia de una institución, como el contingente, llamada a desempeñar el rol de nueva frontera entre la desconfianza hacia el “otro” y la necesidad económica¹⁴⁰. La reglamentación de la ordenación de entradas en la sociedad de destino tiene pues una funcionalidad: hacer de la regla excepcional la norma general. La excepción, como principio rector de la política de extranjería, suplanta el libre ejercicio del derecho a la libertad de circulación y a la libre elección de residencia en el territorio de un Estado por el señalamiento numérico de las personas¹⁴¹. El recurso a conceptos tan solemnes e imprecisos como “la situación nacional de empleo”, o incluso “la necesidad de mano de obra” presente en el art. 39 LOEXIS responde, en cierto modo, en un plano teórico –y ésta

¹³⁵ De Lucas Martín, *op. cit.*, p. 42.

¹³⁶ Martínez de Pisón Cavero, J., M., *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, 2001, p. 121. Como indica el autor, si realmente se trata de una cuestión de justicia social y de igualdad [y la cuestión migratoria lo es] la tolerancia es superflua y tiene que ceder el papel de protagonista a los derechos fundamentales, *ibidem*, p. 128.

¹³⁷ Bobbio, *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, *op. cit.*, p. 94.

¹³⁸ Hernández Losada, “La tolerancia y el futuro del liberalismo”, *op. cit.*, p. 216.

¹³⁹ Bauman, *Modernidad líquida*, *op. cit.*, p. 129.

¹⁴⁰ Una institución que expresa la desconfianza, por cierto sin suficiente base empírica, respecto del impacto de la inmigración en los niveles de desempleo de la población residente. *Cfr.* Molina Navarrete ...[et al.], *op. cit.*, p. 161 y ss.; López Gandía, J., “El acceso al empleo de los extranjeros”, en Serrano García, J., M., y Mendoza Navas, N. (coord.), Albacete, 2005, p. 103 y ss.; Camós Victoria, I., “El contingente de trabajadores y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, n.º 5, 2004, pp. 86-96.

¹⁴¹ Una antítesis al art. 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

es la hipótesis que planteamos— a la conjunción de dos lógicas que se complementan, la de la racionalidad utilitarista del sistema y la securitaria¹⁴².

El contingente es una figura jurídica que sintetiza perfectamente la tensión entre ambos discursos. Las dos lógicas en cuestión proveen su especial ontología al paradigma selectivo¹⁴³. Por un lado, la limitación de las posibilidades de acceso al mercado laboral interno es fiel trasunto de la clausura identitaria de las sociedades de acogida¹⁴⁴. Por otro, la lógica del mercado y del mantenimiento del Estado del bienestar en un mundo dominado por los efectos competitivos derivados de la globalización tiene que plegarse a una cierta apertura, aunque sea controlada¹⁴⁵. La restricción de personas que son tratadas como objeto es una respuesta de unas estructuras político-sociales que se sirven del criterio productivista como parámetro rector del desarrollo o progreso nacional y que paradójicamente expanden toda la potencia del “Estado de seguridad” para que la libertad de realización de los derechos siga siendo la frontera de la dignidad¹⁴⁶. Este principio

¹⁴² El procedimiento de contingentes sigue adoleciendo de la rigidez que dificulta su aplicación como mecanismo real de encauzamiento externo. Ballester Pastor, *op. cit.*, p. 130. Sáez Lara, C., aboga por el replanteamiento de la idoneidad de esta vía de acceso de los trabajadores inmigrantes al mercado de trabajo por su falta de adaptación a los principios que inspiran el mercado de trabajo. “Las condiciones de acceso al mercado de trabajo de los trabajadores extracomunitarios”, en VV. AA., *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 2003, p. 53.

¹⁴³ Como afirma Hollifield, el dilema al que se enfrentan los Estados liberales es la apertura por razones de eficiencia económica y la clausura protectora de la ciudadanía y la soberanía. “The politics of international migration. How can we ‘bring the State back in’?”, *op. cit.*, p. 174.

¹⁴⁴ La relación entre inmigración y seguridad, la aplicación práctica de la política criminal del enemigo y del riesgo está presente en las políticas de “regulación de los flujos migratorios” con características securitarias. Anitua, “La inmigración y los discursos de la seguridad”, *op. cit.*, p. 146.

¹⁴⁵ Aunque, en estos tiempos de crisis económica, se observan cambios “forzados” en el discurso político, que vislumbran un giro en la política de apertura controlada seguida hasta el momento. La idea es clara, como nos recuerda Antón Costas: atraer trabajadores extranjeros que vengan sin familia y que en caso de crisis, como ahora, se vayan a sus países. El problema, continúa el autor, es que lo que llegan son personas que traen el anhelo de libertad y de bienestar, y que por muy mal que se encuentren aquí en fases de recesión siempre estarán mejor que en sus países. “Inmigrantes y políticos”, artículo de opinión [consulta realizada el 30 de abril de 2008], disponible en www.elpais.com de 29 de abril de 2008. En su primera entrevista a los medios, el nuevo ministro de Trabajo e Inmigración apuntaba hacia la economía política de la inmigración, es decir, los efectos de la inmigración sobre el bienestar de los residentes sin poner en entredicho la afirmación de que “nadie puede perder un derecho por los inmigrantes” y sin contestar de forma clara la pregunta ¿pueden los inmigrantes perder algún derecho por los españoles? [consulta realizada el 25 de abril de 2008], disponible en www.elpais.com de 20 de abril de 2008.

¹⁴⁶ La decisión acerca de la adopción de límites cuantitativos es, en su nivel más fundamental, una decisión de una política de inmigración nacional, que refleja sus actitudes básicas hacia la inmigración. Motomura, H., “The family and immigration, a roadmap for the Ruritanian lawmaker”, en Hailbronner, K; Martin, D; y Motomura, H. (edit.), *Immigration Admissions: the search for workable policies in Germany and the United States*, Oxford, 1997, p. 87.

impregna el espíritu de la norma y es una reacción dispositiva ante un entorno, en el que se ubica la masa de inmigrantes, que sirve como fuente de producción del sistema pero que debe ser controlado para no poner en riesgo la supervivencia del mismo¹⁴⁷.

La apelación a la concepción “utilitarista” no es ajena a la defensa de la soberanía nacional, en un momento en el que el derecho de admisión emerge como uno de los últimos reductos de poder de los Estados¹⁴⁸. Como dijera Mill, “si la utilidad es la fuente última de la obligación moral, puede invocarse la utilidad para decidir entre derechos y obligaciones cuando las demandas de ambos son incompatibles”¹⁴⁹. En los albores del siglo XXI, el inmigrante se encuentra atrapado en esa lucha entre la lógica particularista del Estado-nación, que pretende reafirmarse ante la deriva globalizadora, y la lógica del mercado que no entiende de fronteras¹⁵⁰. O, en sentido paralelo, se podría decir que el nuevo relativismo, al que nos enfrentamos en esta sociedad que se adapta a todo nuevo *ismo* con rapidez inusitada, actuaría en dos direcciones: hacia fuera, estaría al servicio de la idea de “mezcla de las culturas” y la supresión de las “distancias culturales” y, hacia adentro, transformando el discurso sobre la tolerancia en instrumento reproductor de las viejas desigualdades y los mismos problemas de exclusión¹⁵¹. Las migraciones, parte activa del fenómeno de globalización económica, pero también símbolo último del ejercicio de la soberanía estatal, son hoy objeto de tensión entre la lógica del mercado, la lógica estatal y los derechos humanos¹⁵².

¹⁴⁷ El discurso securitario [que se esconde tras esa decisión] se relaciona populísticamente con la necesidad de reprimir los flujos migratorios, y también con ese nuevo Derecho penal que pretende dar cuenta de todos los otros “riesgos” de las modernas sociedades y que escapa a consideraciones de “justicia” en las sociedades del riesgo, en las que los cálculos de los peligros y redistribución de los mismos resulta en la realización de una política criminal contra los débiles, convirtiéndose en un fin en sí mismo. Anitua, *op. cit.*, pp. 136 y 143. El entrecorchetado es nuestro.

¹⁴⁸ De los cuatro principales componentes de una política comprensiva de la migración, cada uno como especie de subpolíticas, la prevención, la admisión, control e integración, parece que la política normativa interna ha optado decididamente por una admisión controlada. *Cfr.* Monar, “Comprehensive migration policy, the main elements and options”, *op. cit.*, pp. 56-57.

¹⁴⁹ Mill, J., S., *El utilitarismo. Un sistema de la lógica*, Madrid, 2002, p. 79.

¹⁵⁰ El proceso de globalización y la necesidad de crear/reforzar los mecanismos de defensa de la democracia y del Estado de Derecho, por todos, en De Lucas Martín, “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, *op. cit.*, p. 131 y ss; Martínez de Pisón Cavero, “Ciudadanía e Inmigración”, *op. cit.*, p. 86 y ss.

¹⁵¹ Hernández Losada, “La tolerancia y el futuro del liberalismo”, *op. cit.*, p. 230.

¹⁵² Wihtol de Wenden, “¿Hay que abrir las fronteras?”, *op. cit.*, p. 17; López Sala, “Los retos políticos de la inmigración”, *op. cit.*, p. 520.

Este dilema se resuelve optando por una política de selección calculada, prestándose a un juego oportunista de la representación social del inmigrante, que lo mantiene suficientemente separado y cercano a la vez del mundo de la ciudadanía, en función de los intereses a los que sirve la inmigración laboral¹⁵³. El extranjero inmigrante tiene que tener claro que la fórmula programada del límite de admisión en el mercado de trabajo sólo beneficiará a los “elegidos”¹⁵⁴. Aquí radica el problema ético. ¿Qué justifica que unos tengan más opciones de ser miembros de la comunidad que otros?, ¿por qué se establece la preferencia por cierto tipo de nacionales?, ¿por qué el proceso de selección en origen es tan poco transparente?, son algunas de las interrogantes innumerables que se pueden plantear a la vista de la política normativa que analizamos.

Todo parece indicar que el dogma del interés del desarrollo de la economía española, aunque sea con la fórmula retórica del “interés nacional”, es decir, que sólo vengan en la cantidad precisa que necesitemos y hasta cuando sean precisos, justifica la indiferencia hacia la suerte de los derechos de quien solicita simplemente mejorar su opción de vida¹⁵⁵. El “interés nacional” es una fórmula legal que refrenda el derecho de selección de las comunidades nacionales¹⁵⁶. El liberalismo encuentra en la defensa de la comunidad su

¹⁵³ Surge una peligrosa identificación entre ciudadanía laboral o económica y social o política que con relación al inmigrante funciona de forma automática. Solanes Corella, “Integración sin derechos: de la irregularidad a la participación”, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵⁴ El contingente aprobado para 2008 supone más de un 40% menos de oportunidades de empleo para los inmigrantes con relación al de 2007. Mientras, el Gobierno español lanzó el mensaje de que, en tiempos de incertidumbre económica como el presente, hay que plantearse revisar la política de contingente [consulta realizada el 20 de abril de 2008], disponible en www.expansion.com de 16 de abril de 2008. Posteriormente, el ministro Corbacho anunció a primeros de septiembre la “aproximación a cero” de la cifra de trabajadores extranjeros contratados en sus países de origen mediante el régimen general previsto en el contingente, que engloba el catálogo de puestos de difícil cobertura y las ofertas nominales que gestionan los servicios públicos de empleo (no afectaría a los países con quienes ya existen acuerdos bilaterales ni tampoco afectaría a los contratos de temporada). Noticia disponible en www.europapress.es de 4 de septiembre de 2008 [consulta realizada el 5 de septiembre de 2008]. Acto seguido, en su comparecencia pública tras el Consejo de Ministros del día 5, la vicepresidenta matizó esas declaraciones. Noticia disponible en www.europapress.es de 5 de septiembre de 2008 [consulta realizada el 5 de septiembre de 2008]. Que se afirme que se exceptuará de una posible restricción a los nacionales de países con los que existen acuerdos en vigor no resulta muy convincente ¿acaso el grueso del contingente no se nutre de esos nacionales?, ¿qué efectividad práctica tendría entonces la reducción? Lo cierto es que los efectos de la crisis repercutirá en la oferta de puestos del contingente para 2009. ¿Con qué intensidad? Está por ver.

¹⁵⁵ Una indiferencia que se caracteriza por la equidistancia entre la aprobación y el rechazo. Hernández Losada, *op. cit.*, p. 189.

¹⁵⁶ La retórica de la ciudadanía incide en estos aspectos, enfatizando el hecho de que las necesidades (sociales, económicas, políticas) de los no-ciudadanos son incompatibles con las necesidades de los ciudadanos. Zapata Barrero, “La retórica de la ciudadanía y la inmigración”, *op. cit.*, p. 33.

fuerza de legitimidad para desigualar el acceso a la realización de los derechos de las personas, un postulado que a pesar de las divergencias teóricas no encuentra una réplica argumental sólida en el comunitarismo, más allá de que, como corriente doctrinal, fundamente su principio ontológico sobre la base de la existencia de fines colectivos definidos por la defensa de la propia identidad cultural¹⁵⁷. Aparentemente, el cuestionamiento del propio estatuto epistémico del ideal liberal de los derechos (la individualidad autónoma como eje de legitimidad de las normas morales), dando el protagonismo a la tradición histórica, cultural y social en la formulación de los valores, no transforma el sentido de comunidad como lugar común de la justicia distributiva¹⁵⁸. Si la justicia encuentra su sitio natural en la comunidad, no existe obligación moral de los Estados para con los inmigrantes¹⁵⁹.

La construcción epistemológica comunitarista, aunque sea de manera implícita, termina por normalizar el entendimiento liberal de los derechos de los extranjeros. La autonomía de la persona y la igualdad no son precisamente los referentes morales del proceso de selección implementado por el cuerpo jurídico de extranjería. En otras palabras, la defensa de la comunidad, de una comunidad que rehúsa asumir obligación ética alguna, por encima de opciones doctrinales, es el frontispicio de la política normativa de admisión de extranjeros inmigrantes¹⁶⁰. En el Estado liberal de Derecho, la elección de las personas extranjeras es tributaria de la consagración maximalista de lo comunitario. La consideración de la comunidad como centro de la justicia distributiva desactiva *de suo*

¹⁵⁷ Véase Taylor, Ch., *Multiculturalismo y la "política del reconocimiento"*, México, 1993, p. 94 ; Thibaut, C., "Democracia y Diferencia: un aspecto del debate sobre el multiculturalismo", en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, p. 45. Comanducci, P., nos recuerda que el "comunitarismo" es una doctrina ética relativista. "La imposibilidad de un comunitarismo liberal", en Prieto Sanchís, L. (coord.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*, Cuenca, 1996, p. 20. "En términos sociológicos, el comunitarismo es una reacción previsible a la acelerada licuefacción' de la vida moderna, una reacción ante su consecuencia más irritante y dolorosa: el desequilibrio, cada vez más profundo, entre la libertad individual y la seguridad". Bauman, *Modernidad líquida*, *op.cit.*, p. 181.

¹⁵⁸ *Cfr.* Walzer, *Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y de la igualdad*, *op. cit.*, p. 44 y ss. Desde la perspectiva sociológica y antropológica, pero también desde la política en su sentido de relación de lo público enmarcado en un ámbito social concreto, el referente no es el individuo, sino el medio de pertenencia, de identificación. Miquel Novajra, "La negación de la ciudadanía: movimientos migratorios y extranjería", *op. cit.*, pp. 241-242.

¹⁵⁹ Joppke, *Selecting by origin. Ethnic migration in the liberal State*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁶⁰ ¿En qué ha quedado la recomendación del Parlamento Europeo a los Estados miembros para que tengan en cuenta todos los demás intereses legítimos, aparte de intereses económicos, a la hora de autorizar la inmigración laboral? *Cfr.* Resolución del Parlamento Europeo sobre el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica (COM(2004) 0811- [2005/2059/INI]), de 26 de octubre de 2005 (DOUE C-272-E, de 9 de noviembre de 2006), apartado 34.

propio cualquier apelación moral a la persona como individuo con derechos¹⁶¹. En último término, tendrá derechos, pero su realización será un acto de afirmación de la heteronomía, es decir, producto de una determinada política normativa, no de la activación de su autonomía personal¹⁶².

Mientras, el discurso oficial no se cansa de repetirnos que la integración de los inmigrantes es el nuevo valor ético de principios del milenio¹⁶³. La realidad diaria nos enseña que la sociedad que admite al trabajador inmigrante es prisionera de su necesidad¹⁶⁴. Simultáneamente, lo es del imaginario colectivo que no duda en atribuir a muchos extranjeros inmigrantes el nuevo patrón de “sospechoso”, ante el que no cabe sino la adaptación forzada y forzosa sin contraprestación definida. La comunidad no entiende de obligaciones morales simplemente porque su única obligación natural es su autosatisfacción.

Tratar todas las causas que incitan a los gobiernos a establecer los mecanismos reguladores de flujos excede del objeto de este estudio, pero sí queremos apuntar que quizá una de las razones de la “captación” en origen responda al desequilibrio paradójico del Estado de bienestar actual. Se asegura el nivel de calidad de vida, las prestaciones y derechos sociales pero se devalúan, incluso se desprecian por los nacionales los trabajos más precarios. El nuevo “bárbaro” reúne el perfil idóneo para la postergación de los derechos. Su estancia entre nosotros es producto de una concesión, no es un derecho, y su purgatorio será la precariedad social y económica. En la apelación al puro pragmatismo, sin consideraciones éticas de ninguna clase, el Estado se reserva por supuesto el *ius modificandi*, la decisión de variar ese límite cuantitativo¹⁶⁵. En el contexto actual, esa

¹⁶¹ En esta encrucijada, se olvida frecuentemente que “los valores morales no tienen fundamento en el sentido de contar con una base indiscutible y objetiva, pero sí se apoyan en motivos que adoptan la forma de razones que no son simplemente arbitrarias porque son intersubjetivamente discutibles”. Parekh, *Repensando el multiculturalismo, Diversidad cultural y teoría política, op. cit.*, p. 198.

¹⁶² Precisamente el mundo comunitario está completo porque todos los demás son hostiles. Bauman, *op. cit.*, p. 183.

¹⁶³ Aunque paradójicamente incluso se proponga que ese valor sea coercitivo y producto de un contrato legal.

¹⁶⁴ *Cfr.* Walzer, *Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y de la igualdad, op. cit.*, p. 56.

¹⁶⁵ Puesto que se trata de una estimación, el Acuerdo por el que se apruebe el contingente tiene como contenido una cifra provisional de las ofertas de empleo (art. 78.1 Regl.), por tanto susceptible de ser revisado atendiendo a las necesidades del mercado de trabajo, tanto en su número como en su distribución (art. 78.4).

potestad de modificación es una expresión más de la lógica racional de la nación, que domeña al “otro” con el pretexto de una supuesta neutralidad pública que realmente no existe¹⁶⁶.

Ahora bien, ¿qué grado de legitimidad posee un sistema que responde a puras consideraciones de oportunidad?, ¿qué clase de Estado es el que supuestamente defiende los derechos de los aspirantes a trabajadores inmigrantes si los mecanismos de acceso se orientan por un criterio transaccional como la suscripción de un acuerdo internacional?¹⁶⁷ Un sistema de este tipo es discriminatorio porque sanciona implícitamente una doble categoría de no beneficiarios del Derecho comunitario, facilitando la provisión de la autorización de trabajo a aquellos nacionales de países con los que se han suscritos Acuerdos.

Lo que pretendemos advertir es que la distinción entre inmigrantes “deseados” e “indeseados” que está detrás de esta política no se fundamenta en razonamientos de justicia material¹⁶⁸. Aunque *prima facie* pudiera parecer que la aprobación de estos acuerdos apunta *formalmente* a relaciones históricas, políticas, económicas, de proximidad geográfica, etc., e igualmente a las propias características de los Estados de origen, en el fondo es un acto reflejo de respuesta a la geopolítica de la presión migratoria del nuevo milenio¹⁶⁹. La negociación y conclusión de acuerdos laborales, y muy especialmente la decisión sobre los países con los que deberán concluirse, constituye el punto de inflexión del desarrollo de la Ley al marcar la posibilidad efectiva o no de un contingente real de entradas laborales¹⁷⁰. Es un método más de racionalización utilitarista del mercado que

¹⁶⁶ Una multiculturalidad que no es sólo un marco normativo propuesto, sino la condición de existencia de toda la sociedad, un resultado complejo de la dialéctica de los procesos históricos y sociales. Miquel Novajra, *op. cit.*, p. 246.

¹⁶⁷ Véase al respecto la consideraciones expuestas en el capítulo anterior a colación del oportunismo de la necesidad presente en la institución de la readmisión.

¹⁶⁸ Incluso el ámbito material de aplicación del contingente es arbitrario: las personas que sean autorizadas a ejercer una actividad remunerada por cuenta ajena en territorio español, quedando fuera de su aplicabilidad material el trabajo por cuenta propia.

¹⁶⁹ *Cfr.* Rojo Torrecilla, E., “Art. 78. Contenido del contingente”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 488.

¹⁷⁰ Aparicio Wilhemi y Roig Molés, “La entrada por razones laborales y el trabajo de los extranjeros. El progresivo desarrollo de un sistema ordenado de entrada laboral”, *op. cit.*, p. 157.

atiende a un intercambio de supuestas ventajas para los países firmantes, tanto los “exportadores” de mano de obra como los que necesitan de la misma¹⁷¹.

Como subrayamos en el capítulo anterior, un acuerdo internacional es un instrumento jurídico idóneo para las contraprestaciones y el “mercadeo” entre las partes. La diferenciación entre inmigrantes en función de la existencia o no de un *pacto de contrahendo* revela que los derechos de las personas han sido suplantados por la praxis que garantice la supervivencia del sistema. Evidentemente, el ofrecimiento de un puesto de trabajo a un nacional de uno de los países con acuerdos suscritos no sale gratis para el país de origen. Su “penitencia” será admitir al inmigrante que sea objeto de una orden de salida¹⁷². También se aboga por el compromiso mutuo para la adopción coordinada de medidas de ayuda al retorno voluntario de trabajadores inmigrantes a su país de origen (desarrollo de proyectos, etc., que provean la reinserción del trabajador en origen)¹⁷³.

Queda finalmente una gran duda de orden práctico: la eficacia real de un sistema procedimentalmente complejo¹⁷⁴. La cantidad de puestos ofertados y cubiertos cada ejercicio no parece ir acorde con las exigencias de la demanda del mercado, excepto para los trabajos de temporada¹⁷⁵. Sus causas hay que verlas en los problemas de presentación efectiva de ofertas y en su gestión, tanto en origen como en destino. Por ello existe seria incertidumbre sobre la eficacia de una vía llamada a desempeñar el vórtice del control de la demanda de trabajadores extracomunitarios (retrasos, falta de medios y errores, etc.) y

¹⁷¹ En nuestro país, se trata de cubrir unas vacantes (fundamentalmente no cualificadas) de modo regular, evitando el paso por la irregularidad, por lo que los Acuerdos deben centrarse en los países que aportan tradicionalmente el mayor número de inmigrantes en España, *ibidem*, p. 161.

¹⁷² Nos remitimos al análisis realizado en el capítulo anterior.

¹⁷³ *Cfr.* art. 13 Acuerdo suscrito con Ecuador, o art. 12 del Acuerdo suscrito con Colombia. Más recientemente la Disposición adicional única *in fine* del RD-Ley 4/2008. Un compromiso por el que también se aboga también a nivel de la UE. Véase Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, el nexo entre migración y desarrollo: algunas orientaciones concretas para la cooperación entre la UE y los países en vías de desarrollo), COM (2005) 390 final, de 1 de septiembre (apartado 2.3).

¹⁷⁴ Los múltiples defectos de extralimitación y las rigideces normativas que aparecen en el procedimiento suscitan la reflexión de que se ha producido una degeneración de los mecanismos de entrada. Ballester Pastor, *op. cit.*, p. 328.

¹⁷⁵ Según fuentes del Ministerio de Trabajo e Inmigración, en el año 2008 la cifra de contratados estables no ha superado las 5.000 personas, aunque el total de las ofertas ascendió en el mismo año a 15.731. Noticia disponible en www.europapress.es de 4 de septiembre de 2008 [consulta realizada el 5 de septiembre de 2008].

que no auguran un futuro prometedor para esta figura jurídica¹⁷⁶. No parece que el escaso número de ofertas de trabajo disponibles anualmente sea una alternativa real a la irregularidad, ni permite hacer una adecuada valoración de la mano de obra necesitada¹⁷⁷.

Llegados a este punto del discurso, es el momento de intentar responder, en la medida de lo posible, a una cuestión importante, ¿qué papel desempeña, si es que le corresponde alguno, el elemento étnico en la criteriología selectiva laboral?, ¿en qué medida podemos hablar de la inclusión de un criterio distinto al laboral y al familiar?

II. LA PÉRDIDA DE AUTONOMÍA DEL CONTENIDO ÉTNICO DE LA POLÍTICA DE ADMISIÓN

1. Los componentes étnicos y la lógica de la ambivalencia

En las páginas anteriores hemos puesto de relieve una idea fundamental: la política normativa interna de extranjería está orientada, de forma general, hacia un tipo selectivo donde el criterio rector es la necesidad económica. Esa lógica está siempre presente y sólo va a ser objeto de adaptación en relación con la afinidad familiar como criterio selectivo, como veremos con posterioridad¹⁷⁸. Que exista un criterio eminentemente laboral de selección no significa que éste sea homogéneo en su constitución interna. Ante todo, el legislador podría haber realizado un ejercicio de igualación, estableciendo idénticas condiciones de partida para la carrera a la “ciudadanía de segunda” a la que se ve abocado el inmigrante trabajador extracomunitario recién admitido en el territorio¹⁷⁹. Desde el punto de vista ético-normativo, se plantean muchas interrogantes, ¿qué papel desempeña,

¹⁷⁶ El Dictamen del Comité de las Regiones “Plan de Política en materia de inmigración legal lucha contra la inmigración ilegal futuro de la Red Europea de Migración”, de 13 de febrero de 2007, 2007/C/146/01 (DOUE C 146, de 30 de junio), en su punto 6.3, “aconseja el estudio de otras alternativas *creativas* [la cursiva es nuestra] para canalizar la inmigración legal que eliminen los obstáculos que existen para contratar a los inmigrantes en el país de origen”.

¹⁷⁷ Incluso las instrucciones de aplicación del Acuerdo de aprobación del contingente para 2008 (de 21 de diciembre de 2007), DGI/SGGCFM/03/2008, citadas *supra*, permite la reducción del número de puestos previstos para una determinada ocupación [...] de oficio por la Dirección General de Inmigración.

¹⁷⁸ Walzer habla de “principio de afinidad” reconocido por el Estado. *Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y de la igualdad*, *op. cit.*, p. 53.

¹⁷⁹ La irrelevancia de la cuestión de los derechos de los extranjeros en el contexto de las políticas de inmigración, algo que responde en parte a nuestra comprensión del fenómeno de la inmigración, la alternativa en la que se mueve el debate, humanitarismo y el pragmatismo utilitarista, en De Lucas Martín, “Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración en tiempos de crisis”, *op. cit.*, pp. 41-44.

si tiene alguno, la afiliación étnica como elemento de selección?, ¿podemos seguir hablando de una selección fundamentada en raíces histórico-culturales?, ¿qué tipo de ventaja pueden tener los nacionales de países con los que nos unen lazos étnicos?, ¿qué legitimidad tiene la posible apelación a los vínculos histórico-culturales?, ¿se puede considerar que la selección laboral es una selección étnica?, etc.

Desde nuestro punto de vista, la política de extranjería es prisionera de la lógica de la ambivalencia. Por una parte, el elemento étnico, una expresión del particularismo, está presente, aunque sea de forma no sistemática y limitada, en algunas instituciones del Derecho de extranjería. Eso sí, más que como criterio de selección propiamente dicho, como circunstancia a tener en cuenta en determinados casos para flexibilizar el *rigor iuris* de la norma¹⁸⁰. Por otro lado, el imperativo jurídico derivado de nuestra pertenencia al espacio supranacional de la UE sitúa en su justa medida cualquier apertura hacia personas que no entren dentro del ámbito de aplicación de las libertades comunitarias¹⁸¹. En este dilema, la obligación moral y la jurídica conviven en una imperfecta armonía.

Lejos de todo reduccionismo, nociones como la “cultura societal” kymlickiana, que teóricamente completarían el círculo de la pertenencia haciendo de lo étnico la parte fundamental de su contenido, no podrían justificar plenamente esta ambivalencia¹⁸². La caracterización étnica de la “cultura societal” deja abiertas muchas interrogantes que no pueden ser respondidas cuando la admisión en la comunidad no se atiene estrictamente a criterios étnicos¹⁸³. ¿Qué pasa con las personas que no tienen vínculos étnico-históricos de

¹⁸⁰ “La definición de los inmigrantes ‘deseables’ y ‘no deseables’ no ha sido, sin embargo, estática, [...] ahí aparecen, entre otros, los criterios de proximidad cultural”, López Sala, “Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada”, *op. cit.*, p. 74.

¹⁸¹ Las políticas de regulación de flujos se han convertido en las sociedades liberales en una esfera de intervención ambivalente en el terreno de la selección nacional de los inmigrantes, *ibidem*, p. 95, en nota a pie 1.

¹⁸² Kymlicka utiliza el término “cultura” como sinónimo de “nación” y la define como “comunidad histórica, más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una tierra natal determinada y que comparte una lengua y una cultura diferenciadas”. *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos*, *op. cit.*, pp. 26 y 112. Para Wieviorka, “la cultura, como producción social, constituye un todo diversificado en constante transformación [...]. Las diferencias culturales serían el producto de una incesante descomposición/composición”. “Culture, société et démocratie”, *op. cit.*, pp. 27 y 28. Por su parte, recientemente Miquel Novajra afirma que “[...] lo que suele llamarse *cultura*, sustantivizado y especificado mediante el correspondiente adjetivo étnico, nacional [...] es sólo un corte sintético y sincrético de realidades mucho más dinámicas y vivas, cuando no, sencillamente, algo que carece de cualquier atisbo de existencia real”. “La negación de la ciudadanía: movimientos migratorios y extranjería”, *op. cit.*, p. 243.

¹⁸³ Además, como señala De Lucas Martín, “nadie puede invocar su condición de miembro, representante o heredero de una cultura ‘pura’ en el sentido de no contaminada”. *El desplazamiento en el mundo:*

ningún tipo con la sociedad a la que quieren acceder?, ¿no son susceptibles de admisión?; en último término, ¿en qué sentido la afinidad étnico-cultural puede constituirse en el fundamento de un derecho de grupo cuando ni siquiera esa afinidad recibe un trato unívoco? La negación de la neutralidad del Estado y el reconocimiento de los “derechos de grupo”, que propone un autor como Kymlicka¹⁸⁴, supone dar valor autónomo al poder de selección de cada minoría nacional o étnica, sin afectar sustancialmente la lógica excluyente del universalismo liberal¹⁸⁵. No creemos que el extranjero inmigrante necesite derechos colectivos sino más bien el reconocimiento de que es una persona con “derecho a realizar sus derechos”, como cualquier otra persona¹⁸⁶. Lo importante es que las prácticas “iliberales” del Derecho de extranjería, en un mundo que se postula liberal en el plano de la cultura jurídica, dejen paso a un Derecho liberado de sus propias contradicciones, como la identificación de Derecho penal de hechos con Derecho penal de autor en materia de extranjería¹⁸⁷.

La necesidad imperiosa de atender los compromisos asumidos como miembros de la Unión Europea, entre ellos el respeto del principio de preferencia comunitaria, dando prioridad en el empleo a los nacionales comunitarios, asimilados y familiares de estos, sólo entiende de particularismo, pero de un particularismo que sustituye las consideraciones histórico-culturales por las de necesidad política y de mercado¹⁸⁸. En este

inmigración y temáticas de identidad, op. cit., p. 194. Y es que, como sostiene Parekh, la cultura es algo inestable, “un sistema de creencias y prácticas [...] sometido a cambio sin llegar a configurar un todo coherente”. *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política, op. cit.*, p. 226.

¹⁸⁴ Kymlicka, *op. cit.*, p. 46 y ss.

¹⁸⁵ Cfr. Kymlicka, W., *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía, op. cit.*, p. 333. El filósofo canadiense precisa que los derechos concedidos a los inmigrantes son más bien “derechos de acomodación”. “Do we need a liberal theory of minority rights? Reply to Carens, Young, Parekh and Forst”, *Constellations*, vol. 4, nº 1, 1997, p. 73. Una crítica al modelo dicotómico kymlickiano, entre otros, en Young, I., M., “A multicultural continuum: a critique of Will Kymlicka’s ethnic- nation dicotomy”, en *Constellations*, vol. 4, nº 1, 1997, pp. 48-53; Parekh, B., “Dilemmas of a multicultural theory of citizenship”, en *Constellations*, vol 4, nº 1, 1997, pp. 54-62.

¹⁸⁶ Por supuesto ese reconocimiento, que es la forma jurídica de la integración social, no puede ser contemplado como riesgo para la cohesión cultural, la lealtad constitucional o para ese concepto de patriotismo que creíamos trasnochado pero que hoy se rehabilita desde algunas voces. Gascón Abellán, M., “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, en *Jueces para la Democracia*, nº 41, 2001, p. 6.

¹⁸⁷ Como indica Ferrajoli, L., “el derecho penal ha estado siempre viciado, en contraste con su modelo ideal, por un grado más o menos alto de discriminación y de selectividad estructural [...]”. “Criminalidad y globalización”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nº 115, enero-abril 2006, p. 315.

¹⁸⁸ El debate sobre las políticas futuras tendrá en cuenta este principio. Cfr. Comunicación de la Comisión, plan de política en materia de migración legal, COM (2005) 669 final, de 21 de diciembre (apartado 1.1).

contexto, la opción del legislador interno ha sido “maquillar” las normas generales de acceso al mercado de trabajo interno, introduciendo pequeños matices, de escaso efecto práctico a fin de cuentas, en la mecánica selectiva de tipo laboral¹⁸⁹. Lo que importa como principio rector es la preferencia por el inmigrante laboral y de carácter temporal. Que, dentro de esta elección, la consideración del componente étnico pueda introducir matices en la política de admisión del inmigrante económico puede ser un gesto de reparación simbólica hacia los nacionales con los que compartimos cultura, lengua e historia. Esta especie de favor que concede la sociedad española no afectará en su sustancia a esa lógica. El legislador decide introducir el factor de la nacionalidad como un elemento preferencial para el acceso al mercado de trabajo interno. A partir de esta afirmación, las razones histórico-culturales para la elección de los nacionales que van a poder optar a formar parte del mercado laboral español no son mayores que las que alientan la ordenación de la presión de los flujos en origen¹⁹⁰.

La opción legislativa por la admisión preferente en el mercado de trabajo de los nacionales de países con los que hay suscritos acuerdos de regulación de flujos representa un cambio de ciclo. Cuando todo parecía indicar que, en materia selectiva, el Estado-nación seguía considerándose, en estos albores de siglo, como una comunidad cerrada y con hondas raíces étnico-culturales, el raciocinio de la necesidad impone su propia ley¹⁹¹. No importa si se ostenta una nacionalidad guineana o colombiana porque el componente étnico ha quedado reducido a una mínima expresión¹⁹². Lo decisivo es la condición de nacional de un Estado que haya dado su compromiso formal a “hacer los deberes”, tanto en la salida como en el retorno de sus nacionales. Otra cosa distinta, como advertimos en

¹⁸⁹ La convicción generalizada es que la relación entre la justicia y la extranjería debe explorarse siguiendo dos criterios legitimadores: la nacionalidad y el mercado. En cada uno de ellos está el origen de una concepción del extranjero: el extranjero como un vehículo de valores culturales que entran en conflicto con los de la nacionalidad de recepción, y el extranjero considerado como una mercancía para la comunidad de recepción. Zapata Barrero, R., “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, en *Reis. Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 90, 2000, p. 167.

¹⁹⁰ La “des-etnicización” de la ciudadanía, como la denomina Joppke, C., parece obligada por las circunstancias. *Cfr.* “Citizenship between De -and Re- Ethnicization (I)”, en *Archives Européennes de Sociologie*, vol XLIV, 3, 2003, pp. 430 y 454.

¹⁹¹ Un debate íntimamente unido al de la soberanía y el control de fronteras es el de la identidad nacional, un concepto que refleja valores, moralidad y cultura, más que cálculos económicos, como afirma Hollifield, “The politics of international migration. How can we ‘bring the State back in?’”, *op. cit.*, p. 162.

¹⁹² La elección de una preferencia en origen de los nacionales de países con los que España haya suscrito acuerdos de regulación de flujos puede no escapar en su totalidad a consideraciones de índole histórico-geográfica pero, en todo caso, será como un factor complementario del criterio de la oportunidad.

su momento, es que la no-consideración de un factor básico para la concesión de la solicitud de autorización de trabajo –la situación nacional de empleo– pueda resultar, como así entendemos, una discriminación encubierta hacia el resto de nacionales extranjeros. Se podrá aducir que los lazos histórico-culturales que unen a dos territorios bien puede justificar este hecho jurídico, pero lo cierto es que estamos hablando de razones que no encuentran mayor fundamento que la política de acción/reacción ante la inmigración. Si queremos a inmigrantes temporales es mejor que sean del entorno que más “presiona”¹⁹³.

En el plano conceptual, la posesión de una nacionalidad de un país con el que se conservan vínculos histórico-culturales no garantiza la admisión. Incluso, existen diferencias normativas de tratamiento entre los nacionales con los que compartimos lazos comunes. La idea del Estado-nación como comunidad propia, a la que hay que preservar frente a elementos extraños, es una fiel trasposición de todo el espíritu subyacente en la lógica de la exclusión¹⁹⁴. Existe un objetivo de toda política inmigratoria, no declarado expresamente en el ordenamiento pero que forma parte de su espíritu. Éste es la preservación de la conciencia personal respecto a la situación de los demás¹⁹⁵. Entre esos extraños se cuentan también los nacionales hispanoamericanos. Su consecuencia de orden práctico es que no van a quedar eximidos, con carácter general, de los rigurosos requerimientos de acceso establecidos en la LOEXIS y disposiciones de desarrollo. A título de ejemplo, se han denunciado, por imperativo comunitario, numerosos convenios que preveían la exención del visado de estancia, circunstancia que pone de manifiesto, aunque sea de manera forzada, el alejamiento que se está produciendo respecto a nacionales con los que nos unen vínculos de orden histórico¹⁹⁶.

¹⁹³ Las jerarquías entre nacionalidades en el mercado de trabajo dependen menos de las nacionalidades mismas que de los modos de inserción del grupo y de la percepción de este mismo grupo por la opinión pública. Wihtol de Wenden, “¿Hay que abrir las fronteras?”, *op. cit.*, p. 80.

¹⁹⁴ En este sentido, la nacionalidad y el mercado son cauces que se revelan como factores de desigualdad, Jorqui Azofra, M., “Defensa de la universalidad de los derechos humanos y protección de las diferencias”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, 2004, p. 298. Estos dos instrumentos de selección constituyen junto a la ciudadanía, en palabras de Lucas, la auténtica “jaula de hierro de la democracia de este siglo”. De Lucas Martín, F., J., “Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión”, en Rodríguez Palop, M., E. y Tornos, A. (edit.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, 2000, p. 39.

¹⁹⁵ Miraut Martín, “Los objetivos de las políticas de inmigración”, *op. cit.*, p. 347.

¹⁹⁶ Respecto a la problemática del visado de estancia para estos nacionales nos remitimos a lo indicado en el capítulo tercero. Compartimos la opinión de Anitua cuando afirma que el calificativo de “ciudadano”, que

Es discutible que los criterios de elección tengan más o menos en cuenta factores subjetivos, como la posesión de una determinada nacionalidad. Ahora bien, lo que es difícil de justificar en nuestra opinión, desde el punto de vista ético-normativo, es que la “suerte” inherente en la posesión de una determinada nacionalidad, en concreto la de un país con los que España tenga suscrito acuerdos, se constituya en un elemento de “privilegio” para el acceso a la condición de trabajador “legal”, considerando que estos instrumentos no escapan del todo a consideraciones de oportunidad. ¿Por qué un boliviano que solicita en origen su admisión en el mercado de trabajo español tiene que atenerse a la agravante de la situación nacional de empleo y el colombiano no?, ¿acaso uno tiene más raíces histórico-culturales con España que el otro? En este sentido, nuestro ordenamiento hace una utilización de los lazos étnicos como elemento constitutivo de preferencia que termina por enervar cualquier legitimación que pudiera plantearse con ese uso¹⁹⁷.

La determinación de las personas dignas de protección, eximiéndoles de la no-afectación del mercado de trabajo interno por consideraciones de oportunidad política, es un ejercicio cínico y abusivo de las expectativas de una vida mejor que tiene toda persona. Como afirma López-Sala, “las políticas migratorias [de la que la opción preferencial hacia concretos nacionales es una de sus manifestaciones] han determinado, en definitiva, las condiciones de elegibilidad de los candidatos a la entrada y el establecimiento en los países de acogida [si no para todos sí para un importante número], construyendo categorías de extranjeros e impactando en los procesos de integración, el reconocimiento de derechos y en la estratificación social y cívica”¹⁹⁸.

adjetiva la noción de seguridad pública, pervierte el concepto del derecho y de los seres humanos que podría tener la idea de seguridad. “La inmigración y los discursos de la seguridad”, *op. cit.*, p. 146.

¹⁹⁷ Si los criterios de entrada deben estar libres de discriminación en base a la etnicidad, el país de origen, religión, cultura o el género, como afirma Castles, *Ethnicity and globalization. From migrant worker to transnational citizen*, *op. cit.*, p. 92, en nuestro contexto, tendría que concretarse en la afirmación: que los criterios de selección no tengan en cuenta criterios de oportunidad política.

¹⁹⁸ “Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada”, *op. cit.*, p. 75. El entrecorchetado es nuestro.

2. La simbólica expresión del derecho a trabajar contenida en los convenios de doble nacionalidad

Como hemos analizado en este capítulo, el derecho al trabajo del extranjero inmigrante no existe con carácter previo a la admisión, ni por supuesto hasta que no se alcanza el grado de residente permanente. Ordinariamente, la permanencia legal en el territorio español de un trabajador inmigrante se subordina a la provisión de la autorización de trabajo, un acto que se dicta previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales establecidos, y que se adopta con amplio margen de conceptos de hermenéutica discrecional, entre ellos la “situación nacional de empleo” para las actividades por cuenta ajena. Con carácter general, la *deificación* de la autorización de trabajo, como presupuesto de admisión para los inmigrantes económicos, no encuentra límites ni para aquellos a los que se les ha otorgado un presunto derecho personal a la autorización. Efectivamente, hay personas que tienen derecho a la concesión de la autorización¹⁹⁹. Su justificación podría apuntar a una circunstancia visible: son nacionales de países con un legado histórico-cultural común. Sin embargo, al contrario de lo que pudiera presumirse a simple vista, el criterio de la oportunidad del momento, al que hemos hecho alusión, introduce un punto de desconcierto en cualquier argumentación que intente concluir que estamos ante una referencia puramente étnica.

La pretendida igualación con los nacionales es más aparente que real. En primer lugar, la provisión de la autorización no se suprime, sin que pueda reconducirse al derecho subjetivo al trabajo del que gozan los beneficiarios del Derecho comunitario. En segundo lugar, el previo cumplimiento de los requisitos legales vigentes, con la salvedad de la circunstancia de la situación nacional de empleo, no se exceptúa en estos casos²⁰⁰. Indudablemente, sobre estos nacionales recae el requerimiento de obtención del visado en origen²⁰¹.

¹⁹⁹ En concreto, los convenios de doble nacionalidad con Perú y Chile, permiten que los nacionales en reciprocidad “puedan ejercer todo género de industria [...] gozando de protección laboral y de Seguridad Social [...] en las mismas condiciones que los nacionales”. *Cfr.* art. 7 Convenio entre España y Perú de 16 de mayo de 1959 (BOE núm. 94, de 19 de abril de 1960) y Convenio de España con Chile de 24 de mayo de 1958 (BOE núm. 273, de 14 de noviembre de 1958). Respecto al Convenio con Uruguay nos remitimos a lo indicado *infra*.

²⁰⁰ Véase Moya Escudero y Rueda Valdivia, *Régimen Jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, *op. cit.*, p. 87.

²⁰¹ Porque, como recuerda Moya Escudero, M., la concesión de la autorización será imperativa, cumplidos los requisitos, pero la del visado no la es. “Sujetos sometidos a autorización para realización de actividades

Por todo ello, la ausencia de equiparación del régimen de garantías de ejercicio del derecho al trabajo, en función de instrumentos internacionales de clara naturaleza histórico-cultural, es una prueba de que la política de admisión no entiende de lazos étnicos sino de necesidades inmediatas. No obstante, la práctica jurisprudencial del TS se ha encargado de matizar este alejamiento jurídico al considerar que, cumpliéndose las condiciones para la entrada y permanencia en nuestro país, la concesión de la autorización de trabajo *no sería un acto discrecional* para las autoridades internas, en aplicación de las normas contenidas en los Convenios en cuestión. De esa doctrina se infiere que la autorización es la condición material de ejercicio del derecho, por lo que el cumplimiento de los requisitos legales pertinentes es el presupuesto condicionante del citado ejercicio material, por mucho que se reconozca el derecho a la concesión²⁰². O, lo que es lo mismo, las “facilidades laborales” que se contienen en los acuerdos pasarían por el cumplimiento previo de las condiciones legales previstas en la legislación general de extranjería²⁰³.

lucrativas en España”, en VV. AA., *Jornadas sobre la Ley de extranjería, Sus repercusiones en el ámbito laboral*, 8 y 9 de marzo de 2001, Granada, 2001, p. 18. Además, una nueva privación de efectos prácticos de ese presunto derecho a la concesión de la autorización de permanencia es la suspensión de los acuerdos de supresión de visados por efecto del Derecho comunitario. Especialmente relevante es la adscripción de Ecuador y Bolivia a la lista de países a cuyos nacionales es exigible el visado para cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros.

²⁰² Entre otras, a título ejemplificativo, la STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2007 (RJ2007\269055) (FFJJ 7 y 8); la Sentencia TSJ de Madrid de 19 de mayo de 2005 (RJ2005\155839), recoge en su FJ3 la doctrina del TS, declarada entre otras, en las Sentencias de 7 de octubre de 1999 (RJ\1999\8543), 20 de junio de 2000 (RJ 2000\5698) y 25 de enero de 2001 (RJ 2001\4408), y reseñada más recientemente en las SSTS de 17 de noviembre de 2004 (RJ 2004/8170) y de 25 de febrero de 2004 (RJ 2004\2244). Como se expresa en el FJ3 de ésta última, “la existencia de tratados de doble nacionalidad no exime a sus nacionales para la obtención de permisos de trabajo y residencia de la solicitud de visado y de cumplir con las obligaciones que las normas del Estado español establecen para los extranjeros en la Ley [...]”.

²⁰³ Con respecto a los nacionales uruguayos, la equiparación del Tratado con Uruguay, de 19 de junio de 1870, modificado por el Acuerdo sobre supresión de visados, Canje de Notas de 18 de diciembre de 1981 (BOE, de 24 de junio de 1982) y por el Tratado General de Cooperación y Amistad, de 23 de julio de 1982, con los acuerdos anteriormente indicados ha sido mantenida por el TS, si bien no es pacífica la extensión del término “facilidades” presente en el art. 14 del Tratado de 1982 a un supuesto derecho a la obtención de la autorización de trabajo. En este sentido, la STS de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006\7693), sin discutir que los uruguayos deban cumplir los requisitos para estancia en España como presupuesto para la obtención del permiso de trabajo [...] reproduce el argumento sentado por el TS en su Sentencia de 10 de octubre de 2002 sobre la distinción entre la titularidad del derecho a trabajar (recogido ampliamente en los Convenios con Chile y Perú y en similares términos con Uruguay) y el ejercicio de la actividad que se remite a la legislación española. El pronunciamiento termina atendiendo que, cumplidos los requisitos para ese ejercicio, su disfrute lo será en igualdad de condiciones que los españoles, según dispone el propio instrumento convencional, por lo que en el otorgamiento del entonces permiso de trabajo exige atender a la situación nacional de empleo (FFJJ 3 y 4). Véase asimismo las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 7 de febrero de 2006 (RJ 2006\216964) y de 19 de octubre de 2004 (RJ 2004\303006); la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Palma de Mallorca, de 1 de septiembre de 2008, disponible en www.intermigra.info/extranjeria/archivos/jurisprudencia/StCURuguay.pdf. La primera de las citadas dispone que “[...] la Administración no puede denegar el permiso de trabajo y de residencia a un nacional uruguayo con una simple certificación de la existencia de demandantes de empleo en el sector de que se trate” (criterio asumido en la posterior STSJ de Aragón de 28 de abril de 2006 [FJ2]), para concluir que “[...] el término

Podríamos decir que el derecho a la concesión es *ex post*, es decir, nace tras la fiscalización del cumplimiento de las normas generales de entrada y permanencia en España. Observando esta regla, la concesión será automáticamente otorgada en virtud del derecho que tienen predeterminado y convencionalmente establecido, sin que pueda traer causa en fórmulas discrecionales administrativas, y sin que esté sujeto al régimen sancionador de las normas de extranjería²⁰⁴.

Atendiendo al espíritu de las disposiciones convencionales indicadas, nosotros nos preguntamos al respecto, ¿qué sentido tiene el reconocimiento de un derecho a la concesión que queda sin eficacia práctica si no se cumplen los requisitos para la obtención de la autorización de residencia y trabajo y del visado establecidos legalmente, instrumentos que, en definitiva, son los que legitiman jurídicamente para el ejercicio material del derecho?²⁰⁵

El pacto bilateral de orden iusinternacionalista es un aliado perfecto de la ordenación de la inmigración. La aplicación del principio de reciprocidad, que se deriva de todo acuerdo, es un expediente idóneo para la cuestión migratoria, dada la desventaja humana, social y económica de los países de origen. ¿Cuál es el efecto práctico del trato recíproco en la concesión inicial de la autorización administrativa para trabajar (art. 36.4 LOEXIS) cuando la presión migratoria se dirige hacia los países desarrollados? Desde nuestro punto de vista, la reciprocidad es una excusa más para delimitar el marco subjetivo de selección. Lo que está claro es que este principio no se caracteriza por la preservación de la seguridad jurídica. Como advierte Moya Escudero, esa situación se compadece mal con la persecución de una verdadera política de extranjería, condicionada así a circunstancias externas y un marco jurídico nada claro para los extranjeros²⁰⁶.

"facilidades" de que hace uso el art. 14 del Tratado de 1992 supone ventajas, mejoras, comodidades que el ordenamiento jurídico y las autoridades gestoras españolas deben, de forma ineludible, conceder a favor de los nacionales uruguayos, y equivale a que estos nacionales ostenten el derecho a obtener un permiso de trabajo por cuenta propia o ajena en función de la tenencia y exhibición ante dichas autoridades de una oferta suficiente de vinculación laboral [...] (FJ2). Doctrinalmente, puede consultarse el comentario a la misma que realiza Fernández Collados, "La valoración de la situación nacional de empleo y el Tratado de amistad entre España y Uruguay: comentario a la STS de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 7693)", *op. cit.*, p. 900.

²⁰⁴ Moya Escudero y Valdivia Rueda, *op. cit.*, pp. 88-89.

²⁰⁵ Y que salvo el caso de Colombia y Ecuador, incluye el sometimiento a la situación nacional de empleo.

²⁰⁶ Véase Moya Escudero, "De la autorización de trabajo y regímenes especiales", *op. cit.*, p. 915.

Tal principio, enormemente cuestionado en sede de Derecho internacional, fue introducido en el ordenamiento de extranjería por la LO 7/1985 (art. 18.1., apartado c), como circunstancia a apreciar para la concesión del entonces permiso de trabajo y desarrollado en el reglamento de 1996 como un instrumento que en nada asegura la admisión de personas al ser “[...] resultado del conjunto de disposiciones limitativas o favorables a que los españoles sean sometidos en otros países, tanto para permitir o no su acceso al mercado de trabajo como para ejercer su actividad profesional [...]” (art. 80.3)²⁰⁷. El RD 864/2001, de 20 de julio, reprodujo la citada definición (art. 70.3), corroborando una inquietante reciprocidad de hecho junto a la reciprocidad convencional²⁰⁸.

Además no resulta comprensible en la realidad sociológica actual por la divergencia entre ordenamientos y porque la unilateralidad de flujos desvirtúa el presunto trato recíproco. Quizá como efecto correctivo de esa aporía, el Regl. LOEXIS no hace alusión a la reciprocidad, ni siquiera a la positiva, como principio facultativo o criterio más de consideración de la resolución de la solicitud de admisión (trabajo o residencia temporal).

Por otra parte, nada ayuda la otrora nada sistemática asunción de compromisos internacionales. ¿Por qué precisamente se suscribieron determinados acuerdos con determinados países hispanoamericanos hace algunas décadas y no con otros? En este punto, se podría argumentar que, más que aseverar en una afinidad histórico-cultural, estamos en presencia del aprovechamiento de las circunstancias políticas del momento. Además, los años transcurridos podrían haber dejado sin sentido en la realidad social actual a esos acuerdos²⁰⁹. De otro modo, no resultaría inteligible que otros nacionales de países con una elevada tradición vinculatoria social y en capital humano con España no dispusieran, en la perspectiva histórica en la que se suscribieron tales instrumentos, de análogos mecanismos convencionales²¹⁰.

²⁰⁷ Además, la práctica jurisprudencial atiende al carácter abierto de este principio para, en ocasiones, conceder o no el permiso solicitado en su momento. Véase, entre otras, STS de 3 de junio de 1997 (RJ 1997\5177) (FJ 4).

²⁰⁸ En la tradición jurídica, la reciprocidad debe responder al principio de especialidad. Es decir, respecto a las condiciones que exija el sistema extranjero, contemplarse en el momento de formular la solicitud de su aplicación, bilateral (aspecto que ha perdido su carácter actualmente teniendo en cuenta el sentido geográfico de los flujos migratorios) y relacionada con las exigencias previstas por un ordenamiento extranjero concreto.

²⁰⁹ No son precisamente los chilenos y los peruanos los nacionales con más presión migratoria hacia España.

²¹⁰ La existencia de vínculos familiares y comerciales entre españoles y peruanos fruto de la larga relación histórica permitieron el rápido desarrollo y diversificación de las relaciones bilaterales durante parte del XIX

La profundización de los lazos culturales y de cooperación con los países hispanoamericanos se paraliza cuando se “llama” a la puerta de Europa. La presión sobre el inmigrante no entiende de afiliaciones tradicionales. Por ejemplo, la nueva redacción del art. 8 del Convenio con Ecuador de 1964²¹¹ ha tenido como efecto para los ecuatorianos la reafirmación de algo que implícitamente contenía la antigua redacción, pero que la nueva aclara: la cruda realidad del Derecho de extranjería en su plena extensión²¹². Cualquier facilidad para la realización de actividades laborales o profesionales será considerada *a posteriori*, es decir, sólo cuando se haya obtenido la autorización pertinente, no antes (párrafo segundo art. 8).

La exigencia de la autorización de trabajo y la consideración de la situación nacional de empleo, no excluida para estos nacionales, hace reaparecer a la lógica del control como factor selectivo. ¿Por qué esta diferenciación respecto a chilenos o peruanos, por ejemplo? La respuesta se puede intuir: los ecuatorianos son una de las mayores fuentes de inmigración en España y hay que anteponer la lógica policial de la política de admisión a la lógica de la lealtad histórica²¹³.

y el XX. En la etapa histórica que se abrió con el fin de la Guerra Civil española, las fluidas relaciones entre gobiernos hicieron que las representaciones diplomáticas de ambos países se elevaron a la categoría de Embajadas. A partir de ese momento se inicia otra etapa en las relaciones entre ambos países, en la que hay que contextualizar los Acuerdos de doble nacionalidad, supresión de visados, cooperación técnica y financiera, cooperación cultural, Convenios en materia de previsión social, etc. Información disponible en la página web de la Embajada de España en Lima, <http://www.mae.es/Embajadas/Lima/es/MenuPpal/La+Embajada> [consulta realizada el 30 de marzo de 2008].

²¹¹ Protocolo de 25 de agosto de 1995, modificativo del Acuerdo suscrito entre el reino de España y la República de Ecuador, de fecha 4 de marzo de 1964, en concreto su art. 8 (BOE núm. 196, de 16 de agosto de 2000).

²¹² La particularidad del Convenio con Ecuador era la redacción de su artículo 8, que indicaba: “Los españoles en el Ecuador y los ecuatorianos en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio continuarán disfrutando los derechos y ventajas que se otorgan en las legislaciones ecuatoriana y española, respectivamente. En consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos; establecerse dondequiera que lo juzguen conveniente para sus intereses; adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar tanto al por menor como al por mayor, ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y seguridad social y tener acceso a las autoridades de toda índole y a los Tribunales de Justicia todo ello en las mismas condiciones que los nacionales”. Este artículo, no sin problemas y recursos, permitió a los y las ecuatorianas acceder al entonces denominado primer Permiso de Trabajo y Residencia, al “b” inicial, sin que les fuese de aplicación el principio de prioridad nacional o, tal y como se decía y dice en la Ley de extranjería, “la situación nacional de empleo”. La pérdida del régimen de privilegio de los iberoamericanos, en especial de los ecuatorianos, en Álvarez Rodríguez, A., “Los ecuatorianos en el ordenamiento español: el régimen jurídico de los progenitores de hijos españoles”, *Migraciones*, nº 19, 2006, p. 119 y ss.

²¹³ La inmigración clandestina se esgrime como causa de la inclusión de los nacionales de Ecuador en la “lista negra” de nacionales que deben proveerse de visado de entrada en la UE (Considerando uno *in fine* Reglamento 453/2003, del Consejo, de 6 de marzo, DO L 69, de 13 de marzo), que modifica el Reglamento

Asimismo, la alegación ante los órganos jurisdiccionales de la existencia del Tratado de paz y Amistad entre España y Colombia de 1895 y el Convenio de doble nacionalidad de 27 de junio de 1979, con el objeto de defender la equiparación en el acceso a la condición de trabajador de los ciudadanos colombianos, con excepción de las normas generales de extranjería, se ha encontrado *mutatis mutandi* con análoga resolución. La cuestión ha quedado clarificada con la sujeción de la residencia y trabajo de los nacionales colombianos a las pertinentes autorizaciones administrativas, tal y como dispone el Tratado de Cooperación y Amistad suscrito el 29 de octubre de 1992 de forma análoga a como ocurre con los ecuatorianos²¹⁴.

En resumen, ser nacional de un país con el que se mantienen lazos culturales no garantiza un trato diferencial. Sólo el binomio complementario necesidad/seguridad consigue arrogarse la preferencia en la entrada y permanencia de ciertos inmigrantes²¹⁵. Volviendo al ejemplo del ecuatoriano, la política del “palo y la zanahoria” que se ha practicado resulta del todo injustificable. Cuando se les necesita se les facilita incluso el retorno para obtener los visados en su país, como ocurrió en 2001, pero simultáneamente se les cataloga en “la lista negra” para la entrada en el territorio UE e internamente se les exige, con carácter general, someterse a la situación nacional de empleo. Este es el sentido de la ambivalencia a la que hemos aludido al principio del subepígrafe.

3. La desconsideración de la cualificación profesional del extranjero inmigrante

Otro ejemplo de pérdida de sentido de los lazos histórico-culturales como criterio específico de selección étnica es el menosprecio de la cualificación profesional del

539/2001, del Consejo, de 15 de marzo, por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación (DO L 81, de 21 de marzo).

²¹⁴ Su art. 12 especifica, en su inciso inicial, que “con sujeción a su legislación interna y de conformidad con el Derecho internacional, cada Parte otorgará a los nacionales de la otra, facilidades para la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, por cuenta propia o ajena, en pie de igualdad con los nacionales del Estado de residencia, siempre que se hubieran concedido los visados y los permisos de residencia o de trabajo, según el caso, necesarios para el ejercicio de dichas actividades”(BOE núm. 182, de 1 de agosto de 1995).

²¹⁵ ¿Por qué no existe un discurso jurídico crítico de la seguridad que plantee un respeto a la realización de los derechos de los inmigrantes y que sea contrario a las representaciones colectivas existentes, que tienden a la exclusión?

inmigrante, una expresión de pragmatismo²¹⁶. Como se ha ido poniendo de manifiesto a lo largo de este estudio, el perfil de inmigrante que se ajusta a las necesidades de los países de destino y España no es una excepción, es una persona con poca formación, que se adapte a todo tipo de trabajo precario, por una sencilla razón: los puestos de trabajo menos deseados por los nacionales son los ofertados a los inmigrantes. Partiendo de esta premisa, no resulta complicado entender la causa de la desconfianza del Estado de acogida por la cualificación del inmigrante. Es una razón puramente práctica y una trasposición del rigor de la preferencia comunitaria, que deja sin sentido cualquier vínculo que trascienda la lógica del mercado común²¹⁷.

La cualificación acreditada mediante titulación académica o medio equivalente sólo es un medio que se utiliza en el mercado laboral de inmigrantes en la medida estrictamente necesaria. ¿Qué facilidades tiene un extranjero para acreditar en España su aptitud profesional derivada de la obtención de un título de educación superior? La acreditación para el ejercicio de una profesión en España que traiga causa en la posesión de una determinada titulación académica de enseñanza superior es una forma jurídica que se exige a todo no nacional español. Hasta aquí todo puede parecer correcto. Sin embargo, por exclusión, el no nacional comunitario o asimilado va a tener *de facto* más complicada la obtención de ese técnicamente denominado reconocimiento.

En efecto, la existencia de dos vías distintas en nuestro ordenamiento para la obtención del reconocimiento profesional de un título de enseñanza superior obtenido en

²¹⁶ El Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE alcanzó un principio de acuerdo para potenciar la llegada de inmigrantes muy cualificados. Para ello, en la jerga comunitaria, se ha propuesto la creación de una denominada “tarjeta azul”, una idea que ya estaba estudiando anteriormente la Comisión Europea. *Cfr.* la propuesta de Directiva del Consejo relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países para fines de empleo altamente cualificado, de 23 de octubre de 2007, COM(2007) 637 final, disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/legislacion/LexUriServALTA.pdf>. Mucho nos tememos que sea una nueva forma de selección; que se “importe” a profesionales con un perfil específico para puestos muy concretos. Noticia disponible en edición digital del diario El País de 26 de septiembre de 2008, disponible en http://www.elpais.com/articulo/internacional/UE/crea/tarjeta/azul/captar/inmigrantes/cualificados/elpeuint/20080926elpepiint_8/Tes [consulta realizada el 29 de septiembre de 2008]. El recientemente aprobado Pacto Europeo de inmigración y asilo acoge esta idea de incrementar la atracción hacia la Unión de los trabajadores altamente cualificados (p.5), aunque esta declaración de principios requerirá de la progresiva implantación de programas y medidas de implantación por parte de los órganos comunitarios decisorios y los Estados miembros, disponible en <http://www.statewatch.org/news/2008/oct/eu-european-pact-imm-asyl-13440-08.pdf> [consulta realizada el 19 de octubre de 2008].

²¹⁷ *Cfr.* Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una política común de inmigración, COM (2007) 780 final, de 5 de diciembre (apartado 2).

un sistema educativo extranjero beneficia al nacional comunitario o asimilado, en cuanto una no elimina la otra. Mientras, el resto de personas queda excluido de la posibilidad de ver reconocido su título, a los solos efectos profesionales, por lo que únicamente les quedará la esperanza de la siempre compleja e ineluctable homologación de su título para poder estar en condiciones de ejercer su profesión en España²¹⁸. En este sentido, hay que subrayar que el reconocimiento es una figura de naturaleza comunitaria que habilita para el ejercicio profesional sin quedar condicionada a la superación de requisitos formativos complementarios como así ocurre con el procedimiento de homologación de título extranjero de educación superior a título del catálogo de títulos universitarios oficiales de Grado²¹⁹.

Para que todo no parezca tan claro, incluso en el ámbito de aplicación de las libertades comunitarias, están vigentes tres Convenios bilaterales sobre reconocimiento de estudios y títulos, a efectos académicos –no profesionales– suscritos con Alemania e Italia (el primero sólo en el ámbito de la educación superior)²²⁰ y un Convenio con Francia que otorga el reconocimiento a efectos profesionales, además de académicos, pero sólo para el ejercicio de profesiones no reguladas²²¹. Fuera de estos supuestos será preciso la homologación o, en su caso, el reconocimiento. Estos Convenios son de aplicación preferente a las normas contenidas en el RD 285/2004, a los efectos académicos previstos: el acceso a nuevos estudios en un Centro español de enseñanza superior. Sin embargo, como afirma Rueda Valdivia, esos instrumentos internacionales han perdido valor con la

²¹⁸ Por ejemplo, el paso por una comisión técnica que escruta no sólo la acreditación profesional de la persona sino la equivalencia de estudios entre el sistema español y el del país del solicitante.

²¹⁹ Véase la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DOUE L 255, de 30 de septiembre de 2005), objeto de transposición en el ordenamiento interno mediante Real Decreto 1837/2008, de 8 de noviembre (BOE núm. 280, de 20 de noviembre); art. 22 RD 285/2004, de 20 de febrero, por el que se regulan las condiciones de homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros de educación superior (BOE núm. 55, de 4 de marzo).

²²⁰ Convenio entre el Gobierno de España y el Gobierno de la RFA, suscrito en Bonn el 14 de noviembre de 1994 (BOE núm. 123, de 24 de mayo de 1995), modificado por Canje de Notas de 27 de noviembre de 1995 y 28 de octubre de 1996 (BOE num. 288, de 29 de noviembre de 1996) ; Canje de Notas entre el Reino de España y la República de Italia sobre reconocimiento recíproco de títulos y de estudios de enseñanza media, superior y universitaria, hecho en Roma el 14 de julio de 1999 (BOE núm. 277, de 18 de noviembre de 2000).

²²¹ Acuerdo entre el Gobierno del Reino de España y el Gobierno de la República Francesa sobre el reconocimiento de títulos y grados de la enseñanza superior, hecho “ad referendum” en Gerona el 16 de noviembre de 2006 (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2008).

nueva regulación establecida en el RD 285/2004, dado que el reconocimiento de estudios y grados académicos a efectos de continuar estudios superiores (de Grado o Posgrado) en España, no se hace depender, a partir de la entrada en vigor del mismo, de exámenes adicionales o complementarios, siempre que se atienda el principio de reciprocidad²²².

A este desinterés calculado por una inmigración laboral que aporte mano de obra cualificada se suma la propia mecánica de acuerdos bilaterales suscritos por España que tenían como principal objetivo facilitar el mecanismo recíproco de homologación de títulos. La suscripción de estos acuerdos, que están destinados a facilitar las condiciones de equivalencia de los títulos que habilitan para el ejercicio profesional a sus poseedores, es un elemento a tener en cuenta. La existencia de convenios de cooperación cultural con países iberoamericanos como Argentina o República Dominicana²²³ se orientaban a esa acreditación de la equivalencia u homologación de títulos académicos necesarios para el citado ejercicio, al disponerse textualmente que “las partes convienen en reconocerse mutuamente los títulos académicos de todo orden y grado tal como los otorga o reconoce el otro país oficialmente” (art. 2, párrafo inicial Convenio con Argentina) o asimismo que “los nacionales de ambos países que hubiesen obtenido títulos o diplomas para ejercer profesiones liberales en cualquiera de los Estados Contratantes, expedidos por las autoridades nacionales competentes, se considerarán habilitados para ejercer dichas profesiones en el territorio de la otra con sujeción a las reglas y reglamentaciones de la última” (art. III, Convenio con Rep. Dominicana)²²⁴.

²²² Rueda Valdivia, R., “Los títulos y estudios extranjeros y su eficacia en España”, “Los títulos y estudios extranjeros y su eficacia en España”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, 2005, p. 597. Incluso a efectos de solicitar la participación en unas pruebas selectivas donde sólo se requiera como requisito estar en posesión de una titulación genérica (Licenciado, Diplomado, etc.).

²²³ El primero suscrito con fecha 23 de marzo de 1971, Instrumento de ratificación publicado en BOE núm. 80, de 3 de abril de 1973; el segundo, de fecha 27 de enero de 1953, publicado en BOE núm. 335 de 1 de diciembre de 1953.

²²⁴ Asimismo, con fecha 10 de febrero de 2006 se publicó en el BOE el Canje de Notas, de 9 de enero y 6 de febrero de 2004, constitutivo de Acuerdo por el que se modifican los artículos 11, 12 y 13 del Tratado de intercambio cultural entre España y Paraguay de 26 de marzo de 1957 (BOE de 26 de abril de 1958), que puntualiza “el reconocimiento de títulos *de conformidad* con la legislación interna”, no *ope legis*, como así parecía desprenderse de la dicción primaria del Tratado.

¿Cómo afecta el reconocimiento mutuo proclamado en los citados instrumentos a la aplicación del régimen de homologación previsto en la legislación española?²²⁵ Como viene a recordar Rueda Valdivia, los convenios internacionales de cooperación cultural son parte integrante del ordenamiento jurídico español, y, además, con carácter preferente, habida cuenta de su superior rango jerárquico, aunque la recta aplicación e interpretación de los mismos no puede prescindir de la normativa interna por el control de equivalencia que corresponde a la Administración del título extranjero respecto al título español que se pretende homologar, especialmente su contenido formativo²²⁶. En la práctica, el procedimiento de homologación de los títulos universitarios extranjeros se puede ver favorecido por la existencia de estas cláusulas para esos concretos nacionales, aunque es cierto que los criterios de homologación están ahí y hay que cumplirlos. Otra cosa es la laxitud o no en su ejercicio²²⁷.

No se trata de que unos profesionales tengan mejor o peor preparación que otros. Lo realmente significativo es que su suerte existencial, más allá incluso del futuro profesional para el que se han preparado, puede estar condicionada por el incremento o disminución de la reciprocidad con otros países. La cadencia es inexorable: ser nacional de un Estado que no tenga suscrito convenio cultural con España no imposibilita pero dificulta notoriamente la obtención de la homologación; por ende requisito necesario para que un

²²⁵ En la maraña de disposiciones normativas dictadas al efecto, destaca el mencionado RD 285/2004, de 20 de febrero, que regula las condiciones de homologación de títulos y estudios extranjeros de educación superior (BOE núm. 55, de 4 de marzo), en el que ya no se recoge la obligación de atender a tal efecto, y con carácter preferente, a “los Tratados internacionales de los que España sea miembro [...]”, así como el RD 309/2005, de 18 de marzo (BOE núm. 67, de 19 de marzo), que modifica el anterior.

²²⁶ Rueda Valdivia, “Los títulos y estudios extranjeros y su eficacia en España”, *op. cit.*, p. 595; *idem*, “Eficacia en España de los títulos y estudios extranjeros de educación superior”, en VV. AA., *IV Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 2006, p. 57; “Homologación de títulos”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, pp. 915-950. El citado autor hace un estudio pormenorizado y preciso sobre la materia en cualquiera de las obras citadas, incluyendo la doctrina jurisprudencial, a las que nos remitimos para una mayor profundización.

²²⁷ Cabe añadir que la homologación automática de títulos fue, en un principio, el criterio mantenido por el Tribunal Supremo en relación con el alcance de las previsiones de los Convenios de tal naturaleza en general; criterio que se modificó posteriormente. Los términos de justificación y razones del cambio de línea exegética se reflejan, entre otras, en las SSTs de 2 de diciembre de 1996 (RJ 1996\9144) (FFJJ 3 y 4); de 30 de mayo de 1997 (RJ 1997\4342) (FFJJ 4 y 5); de 30 de octubre de 2001 (RJ 2001\8819) (FJ 8); de 9 de julio de 2002 (RJ 2002\10536) (FFJJ 8 y 9). En síntesis, el Alto Tribunal ponía de relieve que no se puede prescindir de la normativa interna, acorde con las Directivas Comunitarias, para concluir que la homologación solicitada exige que la Administración lleve a cabo un control de equivalencia del título extranjero respecto del título español al que se pretende homologar. Entre las más recientes que reproducen esta doctrina, por todas, STS de 17 de abril de 2007 (RJ 2007\4248) (FJ4); de 6 de marzo de 2008 (RJ 2008\2263) (FJ1); de 29 de enero de 2008 (RJ 2008\923) (FJ 3).

extracomunitario pueda ejercer una profesión especializada en nuestro país, y en último término para ser autorizado a residir legalmente²²⁸.

Lo que no es objeto de duda es la paradoja, empíricamente observable, del número de extranjeros que, con cualificación profesional en sus países de origen (titulados medios y superiores), entran a engrosar la lista de candidatos potenciales al trabajo clandestino, y son explotados con condiciones laborales ínfimas por un sistema que permite esa situación en aras de obtener mayor desarrollo y prosperidad para el Estado del bienestar. Son muchos los inmigrantes no comunitarios que transitan por el flujo de la aldea global, un orbe que los engulle teniendo que renunciar a su formación por la lógica del maximalismo del beneficio de la sociedad que los acoge interesadamente.

4. La incorporación a las Fuerzas Armadas, ¿un reconocimiento de los vínculos culturales o una necesidad?

Hemos querido finalizar este epígrafe con el único ejemplo significativo en el que sí se puede constatar un tratamiento igualitario en función de la posesión de una nacionalidad de un país con lazos étnico-culturales con España. Además, este caso es peculiar porque representa la apertura a los extranjeros de una institución íntimamente asociada al interés nacional, a la nación cívica, como es el ejército. En efecto, en el año 2002 se reformó la Ley de régimen del personal de las Fuerzas Armadas, al objeto de permitir el acceso de extranjeros a la condición de militar profesional de tropa y marinería con carácter de relación temporal²²⁹. No obstante, este acceso en teoría es limitado y con reservas²³⁰. Como recuerda la exposición de Motivos de la Ley 32/2002, al ser la defensa militar responsabilidad esencial de los ciudadanos españoles, el acceso de extranjeros a las

²²⁸ Sin perjuicio, claro está, de la sujeción a la omnimoda presencia de la no afectación de la situación interna del mercado de trabajo.

²²⁹ Reforma de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, relativa al Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobada por Ley 32/2002, de 5 de julio (BOE núm. 161, de 6 de julio).

²³⁰ Lo que resulta contradictorio con los datos actuales al respecto. El número de militares extranjeros en las Fuerzas Armadas Españolas se ha situado a finales de 2007 en 5.440, una cifra que representa el 6,87% del total de tropa y marinería [consulta realizada el 22 de julio de 2008], noticia disponible en la web www.gaceta.es de 6 de junio de 2008. Recordar que en 2006, según información facilitada por el diario "El País" el 30 de abril de 2006, de los 5.000 soldados incorporados a las Fuerzas Armadas en el último año, más de 2.500 eran inmigrantes hispanoamericanos y guineanos [consulta realizada el 12 de mayo de 2006], disponible en http://www.elpais.es/articulo/reportajes/Miles/extranjeros/defienden/patria/espanola/elpdomrpj/20060430elpdmgprep_2/Tes/.

Fuerzas Armadas ha de restringirse de forma proporcionada al objetivo perseguido, con el propósito de evitar un desplazamiento cuantitativo y cualitativo de aquélla, limitando los países cuyos nacionales pueden optar al acceso a los Ejércitos en función de los *especiales y tradicionales vínculos históricos, culturales e incluso lingüísticos que les unen a España*²³¹. Es la única expresión manifiesta de una institución de sólidas raíces nacionales en la que se aboga por la inclusión de no nacionales y en la que parece que la solidaridad de la comunidad cultural traspasa las fronteras del Estado-nación²³². Con la abolición del servicio obligatorio universal, el ingreso en el ejército se ha convertido en una vía de ascenso social para gran cantidad de inmigrantes legales de bajos ingresos²³³.

En este sentido, el legislador hace depender el ingreso de una elección de nacionales candidatos en virtud de los vínculos recíprocos entre países con idéntica génesis histórico-cultural, y que están expresamente determinados en el Anexo I del RD 1244/2002, de 29 de noviembre, que aprueba el reglamento de desarrollo de la citada reforma legislativa²³⁴. El segundo factor que repercute en la admisión incide en el aspecto cuantitativo, en la existencia de un cupo máximo de plazas a cubrir con estos nacionales²³⁵.

Indudablemente no se quiere a cualquier inmigrante que reúna los requisitos. Sólo el residente legal en España –presupuesto fundamental en un sistema en el que se aboga por la gradación en el tiempo en el acceso a las condiciones asociadas al pleno disfrute de derechos de carácter público– puede optar a formar parte del estadio previo a la

²³¹ La cursiva es nuestra.

²³² Sin embargo, hay que tener presentes que el valor solidaridad mira más a la colectividad mientras el de igualdad sigue anclado en las reflexiones sobre las personas individualmente consideradas. Campoy Cervera, “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, *op. cit.*, p. 160.

²³³ Una apertura que sintetiza la imparable disolución de los cimientos en los que se constituía el Estado-nación. *Cfr.* García Amado, J., A., “¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, 2004, p. 242.

²³⁴ BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2002.

²³⁵ Actualmente, es del nueve por ciento del total. Véase la Orden Ministerial 66/2007, de 4 de mayo, por la que se modifica el cupo máximo de extranjeros que pueden acceder a la condición de militar profesional de tropa y marinería, contemplado en el Reglamento aprobado por el Real Decreto 1244/2002, de 29 de noviembre [consulta realizada el 23 de julio de 2008], disponible en http://www.soldados.com/actualidad/cont/mod_levextranjeros.pdf.

ciudadanía jurídica²³⁶. Siempre y cuando no sea rechazable en el espacio territorial de países con los que España haya firmado un convenio en tal sentido, sea mayor de edad con arreglo a lo dispuesto a su ley nacional y con carencia total de antecedentes penales en España o en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

Sin duda, existe un interés pragmático en la apertura de los extranjeros a una institución tan emblemática y nacional como el ejército, una auténtica predisposición a la facilitación de la adquisición de la nacionalidad española²³⁷. Por mucho que la propia Exposición de Motivos de la reforma legal proclame que responde a la disposición solidaria de la sociedad española ante el fenómeno de la inmigración, esfuerzo al que no pueden quedar ajenas las Fuerzas Armadas, lo cierto es que la lógica social induce a pensar que el déficit cuantitativo de efectivos de personal en los distintos cuerpos profesionales del ejército y la escasa atención que los jóvenes españoles prestan a cada convocatoria de acceso a la condición de militar, son causa prioritaria para que los poderes públicos hayan admitido esta nueva modalidad de acercamiento de la extranjería, aun con los límites indicados. La necesidad pública convierte en virtud las aspiraciones identitarias de los nacionales en cuestión, sirviendo este instrumento, entre otros fines, como tránsito para la consolidación del tiempo de residencia exigible para la adquisición de la nacionalidad española, al favorecer la inserción como reflejo de una institución paradigmática de los valores cívicos²³⁸.

²³⁶ Véase art. 68 bis. 3, añadido por la Ley 32/2002, art. 8 RD 1244/2002. Además, art. 3.5 Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar (BOE núm. 278, de 20 de noviembre). La resolución 452/38001/2008, de 11 de enero, de la Subsecretaría, convocaba las pruebas selectivas para el ingreso en los centros docentes militares de formación para el acceso de nacionales y extranjeros a la condición de militar de tropa y marinería (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2008).

²³⁷ Esta apertura demuestra hasta cierto punto que los derechos proclamados en el art. 23 CE no representan un bloque monolítico sino que, como en el presente caso, tienen un contenido abierto. Véase Pomed Sánchez, “Algunas consideraciones sobre la situación actual del derecho de inmigración en España, *op. cit.* p. 64 y ss.; asimismo Prieto Olmos, L., y Rubio Blanqué, J., “Extranjeros en las Fuerzas Armadas; una visión general”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (coord.), *Localización: Inmigración, Estado y Derecho: perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, pp. 223-238. Esta última obra incluye unos cuadros estadísticos sobre extranjeros en las Fuerzas Armadas.

²³⁸ *Cfr.* Prieto Olmos y Rubio Blanqué, *ibidem*, pp. 233-234. El problema es que el Estado no es lo suficientemente generoso con el servicio que están prestando estos militares. Recordemos que la mitad de los fallecidos en el atentado de Líbano de 25 de junio de 2007 eran de nacionalidad no española. Como indica Xavier Rus, en un artículo publicado en el diario *El País* de fecha 15 de enero de 2008, “un inmigrante puede morir con uniforme español, pero no elegir al alcalde de su municipio”.

Recapitulando lo indicado en este epígrafe, la presunta introducción de parámetros de admisión más favorables no tiene una conexión exclusiva con la procedencia étnico-cultural del extranjero. Especialmente, los vínculos históricos y culturales que se extienden por el ordenamiento de extranjería introducen dudas razonables sobre unas reglas especiales que, con independencia de su legitimidad jurídica, someten a un trato diverso a las personas por la simple realidad de la lógica política del momento²³⁹. Este pragmatismo produce una mayor incidencia de la despersonalización, un triunfo del individualismo como opción ideológica, no como una garantía de la centralidad de la persona como sujeto de derechos.

Resulta cuanto menos imprudente hablar categóricamente de un criterio étnico de admisión en nuestros días y en nuestro país²⁴⁰. La facilitación del acceso de determinados nacionales de origen cultural e histórico común no crea un nuevo perfil de extranjero no comunitario pero sí añade motivos para creer que el particularismo combina perfectamente la necesidad y la tradición²⁴¹. En este contexto, los factores étnicos son instrumentales en la selección del país de destino, en la atracción de inmigrantes al espacio comunitario, como recuerda Okólski²⁴². Lo que ocurre es que esa atracción la diseña la sociedad receptora en provecho de su utilitarismo socio-laboral. Por esa circunstancia, se explica que sobre los nacionales que migran en masa caiga el peso del rigorismo de la máxima del beneficio. Si son nacionales de nuestra área cultural será una cuestión añadida pero no fundamental.

²³⁹ Norman nos recuerda la dificultad para definir una nación sólo por los valores compartidos. Norman, W., "From nation-building to national engineering: the ethics of shaping identities", en Máiz, R., y Requejo, F. (edit.), *Democracy, nationalism and multiculturalism*, Londres, 2005, p. 88.

²⁴⁰ Por una postura a favor de la dispensa de un trato privilegiado a los inmigrantes procedentes de "las naciones de nuestra comunidad histórica", puede consultarse a Aragón Reyes, "¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?", *op. cit.*, p. 17.

²⁴¹ Subraya Naïr, en el caso español, que a la segregación estructural entre nacionales e inmigrantes, se añade una preferencia social, en la que los latinoamericanos, por motivos culturales y religiosos, además de históricos, son mejor aceptados que los africanos y magrebíes. *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 129.

²⁴² Okólski, "The effects of political and economic transition on international migration in central and eastern Europe", *op. cit.*, p. 51.

IV. EL VÍNCULO FAMILIAR, UN CRITERIO COMPLEMENTARIO DEL LABORAL

1. El derecho a la vida en familia en la trama de la sospecha ante el “otro”

La selección laboral de personas, un criterio que se desarrolla en torno al máximo aprovechamiento del beneficio material de la sociedad de destino, resulta complementado por la reagrupación familiar²⁴³. En este epígrafe planteamos la hipótesis de que la vida en familia, tal y como se estructura en la política normativa interna de extranjería, es un punto de apoyo de la lógica del pragmatismo que informa la admisión laboral. La reagrupación familiar es el complemento de la inmigración laboral, una contraprestación por la aportación del trabajo del inmigrante. Eso sí, la sociedad de acogida lo mismo que da quita. La carencia de medios de vida es el punto final de la situación legal del inmigrante económico y de su familia reagrupada. En esta materia, ser inmigrante es más importante que ser familiar.

Como vamos a concretar en las líneas que siguen, la reagrupación no es desgraciadamente el corolario de una inmigración que rehúse la temporalidad²⁴⁴. Más bien es consecuencia de la reticencia de la sociedad de acogida hacia el inmigrante que no puede ofrecer su fuerza de trabajo. Dado el objeto de nuestro estudio, vamos a referirnos a la doble moral en países de acogida como España que no se cansan en abogar por la defensa de los derechos de los no beneficiarios del Derecho comunitario y simultáneamente dificultan su realización²⁴⁵.

Desde nuestro punto de vista, si existe una materia de extranjería en la que manifiestamente se atente más contra la universalidad de los derechos esa es la vida en

²⁴³ Sin perjuicio de sus implicaciones deónticas –que analizaremos en este epígrafe– la reagrupación como hecho empírico es la entrada y residencia en un Estado de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que, con el fin de mantener la unidad familiar, acompañan o se reúnen con el mismo. Los nacionales de terceros países que no reúnen las condiciones para ser beneficiarios de las normas establecidas en el RD 240/2007, de 14 de febrero, y que pretenden ejercer el derecho a la reagrupación en España se rigen por lo dispuesto en los arts. 16 a 19 LOEXIS y 38 a 44 Regl., con carácter general.

²⁴⁴ La temporalidad es una de las dimensiones clave del proceso que es la inmigración. Giménez Blanco, *Qué es la inmigración: ¿problema u oportunidad?, ¿cómo lograr la integración de los inmigrantes?, multiculturalismo o interculturalidad?*, op. cit., p. 94.

²⁴⁵ Como recuerda De Lucas Martín, el modelo de reagrupamiento familiar de la LOEXIS, en su crítica a la LO 4/2000, es fobotípico, excluyendo un modelo de familia, como si nosotros tuviéramos a nuestra vez un único y necesario modelo. “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, op. cit., p. 7.

familia de los extranjeros²⁴⁶. ¿Por qué una persona, en función de su nacionalidad, tiene mayor o menor número de oportunidades de reunirse con sus seres queridos?, ¿a qué razón se apela para justificar que el familiar sólo quiere obtener “los papeles”? La sospecha constante hacia el inmigrante se erige en un mecanismo de coerción de los derechos de las personas como seres humanos²⁴⁷. La privación del derecho a la vida en familia viene a corroborar esa negación del “otro”, una traducción sociológica de la inexistente obligación general del Estado de admitir a un no-nacional²⁴⁸.

La íntima unión entre la cuestión de la inmigración y la soberanía estatal, una construcción político-jurídica interesada, es una nueva afirmación de nacionalismo en nuestros días. ¿Por qué la soberanía estatal, que ha surgido del contrato social de individuos para la protección y garantía de los derechos de quienes habitan en su espacio de jurisdicción, dificulta la defensa de derechos como la vida en familia cuando de inmigrantes se trata? No discutimos el derecho “soberano” de los Estados al control de sus fronteras, pero sí que se utilice el mismo para instaurar un “vasallaje” sobre los derechos de quienes no son considerados ciudadanos²⁴⁹. Lamentablemente, hasta los órganos jurisdiccionales se encargan de refrendar esta laxitud de uso del ejercicio soberano²⁵⁰.

²⁴⁶ Una materia en la que subyace una evidente tensión con los imperativos de la defensa de la soberanía de los Estados –entendida como fundamento de un control absoluto de las fronteras estatales y de los flujos migratorios– máxime si se tiene presente que el derecho a vivir en familia es uno de los elementos clave de cualquier política migratoria orientada a la integración de los inmigrantes en el país receptor. Arriaga Iraburu, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Pamplona, 2003, pp. 5-6.

²⁴⁷ “La cultura de la sospecha frente a una supuesta amenaza inmigrante es un mensaje contundente en la construcción de un discurso de la alteridad amenazadora [...] en una comunidad imaginada que se construía desde la superioridad blanca occidental”. Nash, *Inmigrantes en nuestro espejo. Inmigración y discurso periodístico en la prensa española*, *op. cit.*, p. 51.

²⁴⁸ O, como afirma De Lucas Martín, un problema, un factor de distorsión de la política migratoria. “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, *op. cit.*, p. 37.

²⁴⁹ La Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Huesca, de 5 de junio de 2008, deniega la concesión de una autorización de reagrupación familiar al cónyuge de un residente afirmando que si el actor, en situación de incapacidad permanente total, ya no puede trabajar nada le liga con España (FJ2).

²⁵⁰ No deja de ser desconcertante que, mientras que en algunos de los casos de expulsión analizados por el TEDH ha prevalecido el derecho del individuo a la vida familiar frente a consideraciones de orden público alegadas por el Estado (entre las más recientes STEDH de 22 de mayo de 2008, as. *Emre v. Suiza* [RJ 2008\149499]), en los casos de reagrupación familiar pueda prevalecer un motivo tan difuso como el del bienestar económico del país frente al derecho del individuo a disfrutar de su vida familiar, hasta el punto de que el margen de apreciación de que gozan los Estados en el caso de admisión de familiares resulta muy amplio. Véase Arriaga Iraburu, *op. cit.*, pp. 256-257 y pp. 265-266. La autora cita las SSTEDH de 21 de junio de 1988, as. *Berrehab v Países Bajos*, disponible en http://www.pcb.ub.es/idp/urx/jurisp_immig/stedh88-Ber_en.pdf y de 11 de julio de 2000, as. *Ciliz v Paises Bajos*, disponible en http://www.pcb.ub.es/idp/urx/jurisp_immig/stedh00-ciliz_en.pdf.

El derecho a la reagrupación debería encontrar en el derecho fundamental a la intimidad y a la vida en familia su fuente de legitimación²⁵¹. La introducción de condicionantes a la realización de un derecho que trae causa en un derecho fundamental es una razón de pérdida de la creencia en el Derecho, por más que se discuta en las disquisiciones doctrinales sobre la naturaleza o no de derecho fundamental de la vida en familia²⁵². No se puede olvidar tampoco la dimensión humana: “la inmigración es también una intensa experiencia personal, familiar y comunitaria”²⁵³. Sin embargo, la polémica entre la doctrina científica ha quedado “solventada” de la peor manera posible por la jurisprudencia del TC. En su Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, el citado Tribunal confirma que el derecho a la reagrupación familiar no forma parte del contenido del derecho consagrado en el art. 18 CE, como una dimensión adicional de la intimidad personal (FJ 11). Es decir, lo que viene a indicar el intérprete constitucional es que el mencionado derecho no tiene naturaleza *fundamental*, un espaldarazo definitivo a la consideración del mismo como criterio de admisión²⁵⁴.

²⁵¹ El derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar queda garantizado en el art. 16.1 LOEXIS. La configuración del derecho a reagrupar como derecho subjetivo vinculado a la dimensión protectora del derecho a la vida en familia es puesta de manifiesto por autores como Abarca Junco, A., P., y Gómez-Urrutia, M., V., “Reagrupación familiar”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 436; Adam Muñoz, M., D., “La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres inmigrantes extranjeras al mercado laboral español”, en Fernández Le Gal, A., y García Cano, S. (dir.), *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Córdoba, 2005, p. 127. Para su consideración como derecho fundamental de todo individuo, manifestación del derecho a la libertad personal, puede verse Fernández Nieto, J., “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Extranjería: los derechos a la reagrupación familiar, a la intimidad y a la tutela judicial efectiva de los extranjeros en España”, en *Jueces para la Democracia*, nº 51, 2004, p. 52; Sánchez-Rodas Navarro, C., “Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 300 y 301; Moya Escudero, M., “Derecho a la reagrupación familiar”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, p. 673.

²⁵² La cuestión no es pacífica. Para autores como Quirós Fons, A., el derecho a la vida en familia no viene reconocido como tal en la Constitución: en el art. 39.1 se incluye como principio programático la protección social, económica y jurídica de la misma, mientras que en el art. 18 CE lo que se garantiza es el derecho a la intimidad familiar, lo que justificaría la diferencia de trato, entre españoles y extranjeros y entre los propios extranjeros según su nacionalidad o por circunstancias humanitarias, y la fundamentación del derecho a la reagrupación familiar en la citada protección. “Derecho a la reagrupación familiar”, en Sánchez Jiménez, M., A. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, 2005, p. 201; *idem*, *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, Murcia, tesis doctoral, 2006, recurso electrónico disponible en www.tdr.cesca.es/TDX/TDR_UM/TESIS/AVAILABLE/TDR-0920106-135136//Quiros_Fons.pdf, p. 451. En análogo sentido, Goig Martínez, “El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 244.

²⁵³ Giménez Blanco, *op. cit.*, p.113.

²⁵⁴ ¿Qué valor tiene entonces el derecho a la protección familiar?, ¿justifica la materialización de las políticas migratorias la proscripción de ese carácter fundamental?

La legislación de extranjería, en su formulación dada por LO 8/2000, viene a alterar el sentido del derecho a la vida en familia, haciéndolo partícipe de todo el proceso selectivo. En efecto, el apartado 2 del art. 16 LOEXIS puntualiza que “los extranjeros residentes en España tienen derecho a reagrupar a los familiares que se determinan en el art. 17”. Esta última redacción es más restrictiva que la contenida en la primitiva LO 4/2000, que incluía en su art. 16.2 como titulares del derecho a “los familiares de los extranjeros que residan en España [...]”. Estamos no sólo ante una acotación del ámbito subjetivo de titularidad del mismo sino además ante un retroceso de los derechos ligados a la reagrupación, con importantes consecuencias selectivas, como analizaremos en las páginas siguientes.

Como pone de manifiesto Moya Escudero, resulta criticable que un derecho como el contenido en la ley, para la autora reconocido a toda persona en el art. 18 CE y por consiguiente sistemáticamente calificable como derecho de la personalidad, se haga depender de un presupuesto simultáneamente fáctico y jurídico –la residencia– que forma parte del estatuto personal de la extranjería legal²⁵⁵. La simbiosis entre residencia y derecho de la persona a la vida familiar y al goce de su intimidad familiar encuentra su punto de encuentro en el art. 16.1 LOEXIS²⁵⁶. La diversidad de tratamiento de dos derechos conexos pero delimitados por el legislador, como son el reconocimiento del derecho a la vida familiar, cuya titularidad no hace distinción de la posible legalidad o ilegalidad de la residencia, y el derecho derivado de reagrupación que, en el caso de los “irregulares” no es reconocido por su estatuto *extra legem*²⁵⁷, nos advierte de la falta de

²⁵⁵ Moya Escudero, “Derecho a la reagrupación familiar”, *op. cit.*, p. 673. Un concepto de residencia que es elástico al incluir a los estudiantes e investigadores (en situación de estancia), un colectivo que cuenta con dos “ventajas”: a) no se exige un período previo de estancia al estudiante o investigador extranjero, y b) podrán solicitar dichos visados de manera simultánea con la solicitud del visado de estudios por el estudiante o investigador o, en cualquier momento posterior, durante el período de vigencia de la autorización de estancia por estudio, siendo ésta una norma especial con respecto a la norma general de espera a la resolución de la autorización de reagrupación y posterior solicitud de visado (art. 86 Regl.). Sólo una puntualización: el término familiar, en estos casos, se entenderá referido al cónyuge e hijos menores de dieciocho años o sometidos a su patria potestad o tutela. Por supuesto, el resto de “estantes” quedan fuera del ámbito personal del derecho, situación que contrasta con los nacionales de la UE, de uno de los países del EEE o Suiza, que sí pueden reagrupar a su familiar sin tener en cuenta esa calificación legal. Es una forma más de privilegiar determinadas formas de admisión en la sociedad, vulnerando impunemente derechos que no pueden distinguirse por el origen ni por la condición personal o su posible calificación jurídica.

²⁵⁶ Por todos, Fernández Sánchez, P., A., “El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros”, en *Derecho y Conocimiento*, vol. 1, 2001, p. 387.

²⁵⁷ Véase Quirós Fons, *op. cit.*, p. 203. Además, las restricciones introducidas por la LO 8/2000 [matizadas levemente por la LO 14/2003] vuelve, de nuevo, a plantear este hecho [la vida en familia] que trasciende lo jurídico como problema. Marín Gámez, “Una visión de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 64.

legitimidad de un sistema como el de extranjería que pretende que el derecho a la vida en familia se realice condicionado a un periodo de carencia para los “residentes legales” e impedido absolutamente para los “sin papeles”²⁵⁸. Se podrá discutir la naturaleza jurídica fundamental del derecho a la vida en familia, pero nadie puede negar que estamos ante un derecho de rango universal, proclamado en los textos internacionales y que como tal merecía mejor protección que la ofrecida por el TC recientemente²⁵⁹.

La familia, un elemento de unión personal y social, se reconvierte así, por mor de toda la legislación de extranjería, en un punto de inflexión, una frontera simbólica entre el mundo del “nosotros” y el “ellos”²⁶⁰. Y así ha sido defendido con una casuística reglamentaria que profundiza la intervención administrativa en el círculo de vida familiar afectado²⁶¹. La bifurcación es trascendental porque convierte a la unidad familiar, junto con la migración laboral, en el principal paradigma para la realización de los derechos de entrada y permanencia en cualquier Estado miembro de la UE²⁶².

²⁵⁸ En el siguiente capítulo analizaremos el alcance del derecho a la vida en familia de los “irregulares”. Su peculiar situación jurídica es contraria al criterio de residencia legal que implementa el legislador interno.

²⁵⁹ A título enunciativo pueden consultarse los arts. 16.3 y 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 44 del Convenio Internacional para la protección de los trabajadores inmigrantes y sus familias, aún no ratificado por ningún Estado de la Unión y especialmente, en el nivel europeo, el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el que se reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, prohibiendo toda injerencia de la autoridad pública que no esté prevista legalmente y sea necesaria. El alcance de la configuración jurídica del derecho a la reagrupación familiar en Derecho internacional y constitucional puede verse, entre otros, en Iglesias Sánchez, S., “El valor de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la Sentencia del TJCE en el asunto 540/03”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 26, enero/abril 2007, p. 129 y ss.

²⁶⁰ Las limitaciones en la protección de un derecho fundamental como el de vida en familia, refuerzan la idea de que los derechos fundamentales en la UE no se protegen como un objetivo en sí mismo, sino como un medio para lograr un fin instrumental: libre circulación de capital humano que conduzca a la prosperidad económica. La óptica de mercado y el *modus operandi* de las instituciones comunitarias desdibuja la consustancialidad de los derechos fundamentales y en especial del derecho a la unidad familiar de los extranjeros sin nexo comunitario. La Spina, E., “La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)* [consulta realizada el 14 de enero de 2007], disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_14.htm, p.15. Recientemente se ha adoptado un acuerdo del Consejo de Ministros de Justicia e Interior de la UE para la creación de una “tarjeta azul” para fomentar la llegada de inmigrantes altamente cualificados, citada *supra*. ¿Qué condiciones se establecerán para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de estas personas? ¿Es posible que sean distintas a las del resto?

²⁶¹ Fernández Nieto, “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Extranjería: los derechos a la reagrupación familiar, a la intimidad y a la tutela judicial efectiva de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 54.

²⁶² Dejando sin sentido el aspecto principal que, como subraya Velázquez Sánchez, M., es que la reagrupación familiar constituye un camino necesario para el éxito de la integración de los nacionales de

La persona que pueda acreditar un vínculo parental con comunitario o asimilado terminará por disfrutar de unos derechos cuyo ejercicio es facilitado por un privilegiado régimen de entrada y permanencia, e incluso de salida obligatoria llegado el caso, antitético a la posición de súbdito que adquiere el extracomunitario en general²⁶³. Por ejemplo, la exigencia material de previa residencia legal del reagrupante, sujeta además a un plazo mínimo a los efectos de autorización de la reagrupación (que actúa como impedimento a la reunificación familiar)²⁶⁴, no tiene la más mínima equivalencia en el régimen establecido en la Directiva 2004/38 para los beneficiarios del Derecho comunitario²⁶⁵. A título enunciativo, el propósito que subyace detrás de la ampliación del plazo de residencia legal hasta un máximo de dos años para ejercitar la reagrupación que establece la Directiva 2003/86, que regula el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales que no son beneficiarios de las normas contenidas en la Directiva 2004/38 (art. 8), responde a la renuencia de los Estados miembros a facilitar la estabilidad de la de los nacionales de terceros países en su territorio²⁶⁶. Formalmente se ha justificado el incremento del período de espera atendiendo a que el plazo de un año resulta demasiado

terceros países que residen legalmente en los Estados miembros, puesto que la presencia de los miembros de la familia contribuye a la creación de una mayor estabilidad y arraiga a estas personas en el país, ya que así pueden llevar una vida familiar normal. “¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003”, en *Revista general de Derecho Europeo*, nº 12, enero 2007 [consulta realizada el 15 de septiembre de 2007], disponible en www.iustel.com, p. 4. Cfr. asimismo Cortés Martín, J., M., “TJCE-Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, C-540/03-Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países *versus* respeto de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 26, enero/abril 2007, p. 220.

²⁶³ Véase Blázquez Rodríguez, “El derecho del inmigrante a una vida en familia: una perspectiva desde el Derecho comunitario europeo”, *op. cit.*, p. 188; Cortés Martín, J., M., “Immigration et regroupement familial dans l’Union Européenne: un droit à géométrie variable?”, en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, nº 4, 2005, p. 758. No obstante, como advierte Martínez Abascal, con las modulaciones derivadas de la carencia de la libertad de circulación de los familiares de extracomunitarios, los derechos sociolaborales que se reconocen a los familiares que obtienen la reagrupación son similares a los de los familiares de los trabajadores comunitarios: derecho de acceso a un empleo, a la educación, formación, perfeccionamiento, etc. El problema, sin embargo, es *ex ante*, pues reside en las consecuencias legales derivadas de la no-atribución de la titularidad del derecho al familiar. *Ciudadanía social y políticas migratorias de la Unión Europea*, *op. cit.*, pp. 109-110.

²⁶⁴ Un año de residencia legal y autorización para residir al menos otro año (art. 18.2 LOEXIS y 38 Regl.).

²⁶⁵ Los nacionales familiares de comunitarios o asimilados tienen el derecho de residencia y libre circulación siempre que acompañen o se reúnan con el titular del derecho. Sólo el ejercicio del contenido material de estos derechos se hace depender de los requisitos dispuestos en sus arts. 6, 7 y 10.

²⁶⁶ En las limitaciones que introducen las condiciones de reconocimiento del derecho al reagrupamiento familiar, en especial la exigencia de un cierto arraigo al reagrupante, en cuanto suponen un trato diferencial injustificado respecto del homólogo tratamiento que reciben los familiares del nacional comunitario, incide, entre otros, Martínez Abascal, *ibidem*, pp. 110-112; La Spina, “La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *op. cit.*, p.17.

breve para asegurar la integración del reagrupante en el Estado anfitrión²⁶⁷. Está por ver, sin embargo, si el incremento del período de espera facilita la integración del nacional del tercer Estado o, por el contrario, la obstaculiza²⁶⁸.

La distancia que produce la línea divisoria que se deriva del régimen de libre circulación comunitaria en un derecho como el de la vida en familia es la que separa, más allá del orden institucional, a los que gozan de un estatuto jurídico de libre circulación y residencia y los que están sometidos a la férrea disciplina de un Derecho no pensado principalmente para la defensa de la dignidad de la persona. Es la diferencia que hay entre el reconocimiento institucional de los derechos como potestades subjetivas y el otorgamiento de facultades como concesiones del poder, la demarcación entre el Derecho como instrumento de los derechos subjetivos y el Derecho como fin en sí mismo, como hemos puesto de relieve en este estudio²⁶⁹.

La reagrupación es una institución que entra en contradicción con los principios por los que aboga formalmente el ordenamiento de extranjería. ¿Cómo se compatibiliza el control de personas y la defensa de un derecho que pertenece a todo ser humano? La vida con sus seres queridos es una necesidad que tiene una persona desde sus primeros momentos. En último término, la introducción de condicionantes a la reagrupación de una persona con sus semejantes más próximos es un serio cuestionamiento de la afiliación identitaria de la persona. Si *de suo proprio* se atenta contra el primer identificador, y el más elemental, de pertenencia de una persona, no resulta extraño que los estadios posteriores de pertenencia se rijan por la desestructuración personal y social de quien aspira a ser algún día ciudadano. El fin de la vida en familia, el mantenimiento o la consolidación de los lazos con los parientes más cercanos, puede quedar peligrosamente desvirtuado por la

²⁶⁷ Quirós Fons, cuya opinión compartimos, aboga por una reducción de los plazos. Según el autor, “el extranjero autorizado a residir un año podría solicitar la autorización de residencia por reagrupación desde el momento en que su contrato de trabajo deviene indefinido, pudiendo establecerse un plazo mínimo de tres meses [...]”. *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, *op. cit.*, [consulta realizada el 4 de agosto de 2008], pp. 463-464.

²⁶⁸ Como subrayaba Hoogenboom, hace unos años, lo importante no es el cómo integrar mejor sino el sistema legal y social que está orientado a esa integración. “Integration into Society and Free Movement of Non-EC Nationals”, *op. cit.*, p. 43.

²⁶⁹ No se trata del derecho de acceso sino de las condiciones del derecho de pertenencia, que tampoco es reconocido como tal, ni aun como facultad. De Lucas Martín, “Globalización, migraciones y derechos humanos”, *op. cit.*, p. 34.

presencia de impedimentos a la plena realización del derecho a la vida en familia²⁷⁰. La sospecha se cierne sobre todo aspirante a ciudadano. El Estado de acogida sólo quiere “legales” y mejor si tienen el estatuto administrativo de residente²⁷¹. Esa es la frontera donde se puede empezar a hablar de derechos.

2. Una calificación de familiar bajo mínimos

La pérdida de sentido del derecho a la vida en familia es especialmente perceptible cuando se establecen límites legales a la calificación de miembro de la misma con el objeto principal de que sólo accedan legalmente a nuestro país los que no alteren la estructura del Estado del bienestar. Se suscribe oficialmente un concepto de familia nuclear, casi de mínimos, que determina las condiciones de ejercicio de un derecho, y que puede incluso poner en cuestión la protección pública consagrada en el art. 39 CE²⁷². ¿Por qué la familia, a los efectos del Derecho de extranjería en general, y del derecho a la reagrupación en particular, es un concepto elástico, ambivalente y sujeto al permanente escrutinio de requisitos?²⁷³ Nuevamente vemos reaparecer, en este sentido, la impronta utilitarista que imbuje a todo el Derecho de extranjería, un espíritu del que esta institución

²⁷⁰ La prueba del ADN se exige a una inmigrante para demostrar fehacientemente la filiación de su hijo y poder reagruparlo a pesar de presentar un certificado del médico que le atendió el parto. Noticia disponible en <http://www.latinomadrid.com/noticia.php?id=6493> de 3 de agosto de 2008 [consulta realizada el 3 de agosto de 2008].

²⁷¹ La visión restrictiva de la embrionaria política comunitaria de extranjería puede observarse en el fomento de un perfil de extranjero residente de larga duración, que en esta regulación se plasma en preceptos como el art. 3.1 Directiva 2003/86, una norma que en su conjunto puede ser calificada de “soft law”. Sobre el significado y contextualización de la Directiva 2003/86, *cf.* Blázquez Rodríguez, “El derecho del inmigrante a una vida en familia: una perspectiva desde el derecho comunitario europeo”, *op. cit.*, p. 185 y ss; Quirós Fons, A., “Derecho comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del Derecho interno español”, en *Anales de Derecho* nº 21, 2003, pp. 383-415.

²⁷² Y es que, la LOEXIS y su reglamento de desarrollo consagran de manera definitiva la falta de consideración de la vida en familia como elemento para la integración del extranjero, convirtiéndose en una forma más de control de flujos migratorios. Molina Navarrete, ...[et al.], “La inmigración extranjera”, *op. cit.*, p. 85. La “rebaja” en el reagrupamiento familiar es un instrumento de política de inmigración en la medida en que la inmigración familiar es percibida como un creciente y amenazante cauce de entrada de inmigración. De Lucas Martín, “Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis”, *op. cit.*, p. 43.

²⁷³ Los presupuestos materiales para la concesión de la autorización de residencia por reagrupación contenidos en el art. 18.1 LOEXIS y 42.2 Regl. se constituyen en un mecanismo para limitar, en la medida de lo posible, la extensión del derecho a la vida en familia de los inmigrantes residentes legales, sin que esa asunción suponga carga alguna para el Estado. Esta observación es extensible al conjunto de países UE, puesto que las legislaciones nacionales ponen de relieve el interés de los Estados miembros de la UE de evitar que la familia reagrupada se convierta en una carga social para el país de acogida. Véase Abarca Junco, A., P., y Gómez-Urrutia, M., V., “Procedimiento para la reagrupación familiar”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 499.

no constituye una excepción, en donde el humanitarismo brilla por su ausencia y en donde la admisión del migrante sólo se produce si no queda afectado el bienestar socio-económico de la sociedad de acogida²⁷⁴. Buena prueba de ello es la propuesta del Gobierno relativa a la restricción del reagrupamiento familiar, frenando la llegada de padres y otros parientes que no sean el cónyuge y los hijos del inmigrante o del cónyuge menores de edad o estén incapacitados²⁷⁵. La idea es clara, sólo se quiere a los “inmigrantes de beneficencia” estrictamente necesarios para que el sistema no se resienta²⁷⁶. En esta preferencia por el “inmigrante productivo” se propone la concesión de una autorización de residencia y trabajo para los menores entre 16 y 18 años para incorporarse a cursos de formación profesional o ingresar directamente en el mercado laboral.

Cuando se realiza un mínimo análisis normativo de la legislación de extranjería se concluye que la familia es un poderoso instrumento o medio de selección de extranjeros, en cuanto la legislación al respecto refleja, aunque a veces sea tácitamente, diferentes alcances personales de lo que considera familia²⁷⁷. Y que, llegado el caso [para los que

²⁷⁴ Cfr. Ahmed, I., “Exit, voice and citizenship”, en Hammar, T., ...[et al.] (edit.), *International migration, immobility and development. Multidisciplinary perspectives*, Oxford, Nueva York, 1997, pp. 183-184. Como subraya Fernández Nieto, habría que abogar decididamente por el principio de proporcionalidad para reducir el riesgo de arbitrariedad o uso injustificado de las facultades administrativas de un derecho de configuración legal. “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Extranjería: los derechos a la reagrupación familiar, a la intimidad y a la tutela judicial efectiva de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 53.

²⁷⁵ Cfr. la noticia, por todos, en la edición digital del diario La Vanguardia [consulta realizada el 19 de junio de 2008], disponible en <http://www.lavanguardia.es/1v24h/20080619/53483823818.html>. Lo más irritante es que algunos altos cargos del Gobierno, como la Sra. Rumí, a los pocos días diga que se trata de una “reflexión” y que no hay “nada cerrado”. Noticia del 20 de junio de 2008 [consulta realizada el 22 de junio de 2008], disponible en <http://es.noticias.yahoo.com/ep/20080620/tlc-rum-califica-la-restriccin-de-la-rea-64cedc2.html>. La errática “guerra de intenciones” se completa más recientemente al anunciar el ministro Corbacho que antes de finalizar el año el Gobierno presentará en el Congreso de los Diputados una propuesta de reforma de la Ley de extranjería para “quitar algunas contradicciones en materia de reagrupación familiar” proponiendo, entre otras cuestiones, que la reagrupación de los ascendientes sólo sea posible si se tiene la residencia permanente. Noticia disponible en la edición digital del diario El Mundo, de 1 de octubre de 2008, www.elmundo.es/elmundo/2008/10/01/espana/1222896236.html [consulta realizada el 2 de octubre de 2008].

²⁷⁶ Incluso se pretende tensar más la cuerda exigiendo “nuevos” requisitos socioeconómicos para la reagrupación. El titular de la noticia publicada en el diario El País de fecha 1 de julio de 2008 es contundente: “Corbacho quiere endurecer aún más la reagrupación familiar”. El Sr. Ministro, en su última comparecencia en el Congreso (22 de julio de 2008) para presentar “la política de inmigración del Gobierno” afirma que “nadie cuestiona el derecho reconocido y garantizado que tienen los extranjeros a vivir en familia”, pero acto seguido puntualiza que “es necesario delimitar claramente qué familia y en qué condiciones” [consulta realizada el 2 de agosto de 2008], disponible en <http://www.tt.mtin.es/periodico/ministro/200807/CONGRESO.pdf>, p. 9.

²⁷⁷ Cfr. Casal y Mestre i Mestre, “Migraciones femeninas”, *op. cit.*, p. 133.

están en situación irregular] ni siquiera contempla, ya que parece que éstos no tienen derecho a la supuesta vida familiar por su carácter de no personas a ojos del Derecho.

La consideración de miembro de familia es una cuestión abierta y competencia de los Estados miembros, más allá de los mínimos a respetar, a la luz de las disposiciones comunitarias contenidas en la Directiva 2003/86²⁷⁸. No obstante, si bien es cierto que el margen de apreciación permitido a los Estados reduce el alcance de la armonización, también lo es que las limitaciones y condiciones adicionales que pueden introducir los Estados se hallan limitadas, en su mayoría, por cláusulas *stand still*, como así ha sido puesto de manifiesto por el TJCE (por ejemplo, STJCE asunto C-540/03, apartado 60)²⁷⁹.

Evidentemente, el entendimiento de lo que significa una familia, a efectos de reagrupación, no es coincidente con la noción de familia que se maneja en otros sectores del ordenamiento²⁸⁰. El legislador opta por un candidato a inmigrante familiar que, sin perjuicio de la facilidad interpretativa de los conceptos que son objeto de la configuración

²⁷⁸ La Directiva sólo establece de forma imperativa que la reagrupación familiar se aplique, en todo caso, al cónyuge y a los hijos menores de edad (Considerando 9 y art. 1), dejando a la legislación interna de los Estados Miembros la eventual extensión a otras personas, por lo que éstos no se encuentran obligados a permitir la reagrupación más que a cónyuge e hijos menores; o sea, no tienen la obligación de reconocer la existencia de otro vínculo familiar decretado en otro Estado miembro, a efectos de reagrupación, si en su ordenamiento interno no se considera en este sentido al interesado como miembro de familia. Esta dejación a la voluntad legislativa interna de cada Estado, sin duda, es atentatoria para la propia concepción de familia, a estos efectos, desde el instante en que podemos encontrarnos con hasta 27 regulaciones distintas de lo que se considera familiar reagrupable (art. 4.2 y 3 Directiva 2003/86). Como subraya Velázquez Sánchez, M., las cláusulas excesivamente abiertas y los conceptos indeterminados de la Directiva permiten que los Estados miembros, amparándose en la normativa comunitaria, introduzcan en sus legislaciones nacionales en materia de inmigración, medidas demasiado restrictivas que reducen las disposiciones favorables a las familias, cuya adopción constituía el objetivo inicial en el momento en que se propuso la elaboración de la Directiva comunitaria en esta materia. “La reagrupación familiar en la Unión Europea: comentario a la Directiva 2003/86”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 4, mayo 2004 [consulta realizada el 17 de junio de 2006], disponible en www.iustel.com, p. 33. Sobre el déficit comunitario en materia de reagrupación familiar, véase Álvarez Rodríguez, A., “La transposición de directivas de la UE sobre inmigración: Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, publicado en CIDOB nº 8, *Revista de extranjería*, abril 2006 [consulta realizada el 15 de febrero de 2007], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=480>; Cortés Martín, “Immigration et regroupement familial dans l’Union Européenne: un droit à géométrie variable?”, *op. cit.*, p. 757; Soto Moya, “La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho”, *op. cit.*, pp. 4-5.

²⁷⁹ Véase Iglesias Sánchez, “El valor de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la Sentencia del TJCE en el asunto 540/03”, *op. cit.*, pp. 143-144.

²⁸⁰ La legislación en materia de reagrupación refleja una familia nuclear, menos extensa, y en la que los intereses del Estado se proyectan de modo relevante restringiendo la reunificación familiar. Abarca Junco y Gómez-Urrutia, *op. cit.*, pp. 449-450. La noción de familia nuclear también ha sido certificada por la jurisprudencia de Estrasburgo. Véase Arriaga Iraburu, *op. cit.*, p. 102. No se termina de comprender que el derecho a la vida en familia, por ejemplo de un hermano/a, máxime si es menor de edad o está incapacitado y no tiene otros familiares en su país de origen que hagan más protegible su vida, no pueda ejercitarse por la condición de “no beneficiario” del derecho a la reagrupación de su titular.

de ese estatuto y la influencia de las normas de Derecho internacional privado, componen un círculo parental cerrado del titular del derecho, quizá como efecto deseado de una política migratoria pensada en clave selectiva y de mínimos²⁸¹. Lo que se discute principalmente en esta modalidad de admisión es la transformación de los cánones del Derecho de familia en un Derecho de “selección de miembros de familia”, es decir, la decisión pública acerca de quiénes de los nacionales de terceros países son los “elegidos” para la convivencia con su próximo en parentesco²⁸². O sea, quiénes y en qué condiciones tienen la potestad de ejercitar el derecho a la vida en familia²⁸³.

Por otra parte, es discutible que el respeto de los valores y principios de los ordenamientos internos de las sociedades de acogida pueda justificar la limitación del derecho a la vida en familia. En un asunto como los matrimonios poligámicos, el ordenamiento jurídico español es “generoso” al dar la opción de elegir al cónyuge que desea reagrupar al titular del derecho (art. 17.1.a LOEXIS y 42.2.f Regl.), pero no repara en los problemas que podría causar, en el momento en que segundo o posteriores matrimonios tienen ciertos efectos jurídicos, especialmente relativos a los hijos. Algo que implícitamente se puede entender como un tácito reconocimiento de la validez de todos

²⁸¹ Las preguntas se suceden en lo relativo a la gestión de la inmigración familiar, ¿debe ser limitado su número, qué familiares deben contar, qué noción de familia debe ser considerada?, ¿cómo afecta este tipo de inmigración a la sociedad de destino, etc.?, ¿puede el legislador limitar la protección a la familia, establecida constitucionalmente, mediante criterios de selección de familiares?, ¿puede una norma legal denegar la admisión familiar sin violar los derechos constitucionales de los inmigrantes? Motomura, H., “The family and immigration, a roadmap for the Ruritanian lawmaker”, *op. cit.*, p. 79.

²⁸² Las últimas declaraciones del Ministro de Trabajo e Inmigración no son alentadoras. Como hemos advertido *supra*, Corbacho quiere “vetar” la entrada a los padres de los extranjeros y a los jóvenes sin oferta de trabajo entre 16 y 18 años. El objetivo, según indica, es “ordenar” un fenómeno que, en una situación de crisis económica, podría traer a España a centenares de miles de personas cada año, “la gran mayoría de ellas fuera del sistema productivo con la consiguiente sobrecarga del sistema de bienestar social”. Noticia disponible en www.elperiodico.com de 14 de junio de 2008 [consulta realizada el 25 de junio de 2008]. Subraya el ministro días más tarde en entrevista concedida al diario Ideal, “en la reagrupación familiar hay un problema de fondo. Cualquier inmigrante legal en un año puede reagrupar a pareja, hijos, padres, suegros... y esto es excesivo. Pensamos restringir la reagrupación porque no debe entenderse como un derecho universal sino como un derecho reglado, ceñido al núcleo familiar de pareja e hijos. Además, con el actual sistema corremos el riesgo de que el funcionamiento del Estado de Bienestar no sea el adecuado. Pero no habrá sólo restricciones, también se dará permiso de trabajo a los hijos que ya no estén en edad escolar”. Disponible en www.ideal.es de 29 de junio de 2008 [consulta realizada el 30 de junio de 2008]. Sobran las palabras.

²⁸³ Como indica Álvarez Rodríguez, “los Estados se reservan su derecho a denegar la solicitud de reagrupación aunque se trate de una de las personas que hemos delimitado dentro del derecho subjetivo a reagrupar”, *op. cit.*, p. 19.

los matrimonios celebrados, aunque sólo sea a efectos de la reagrupación familiar²⁸⁴. En caso contrario, el interés de los hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante quedaría desasistido²⁸⁵. La Directiva 2003/86/CE opta por la aplicación del *Herkunftslandprinzip* (art. 4), es decir, se estará a la ley del Estado de celebración, de lo contrario no tendría sentido la opción del titular de elegir al cónyuge que desea reagrupar. La norma comunitaria refrenda la validez de todos los matrimonios, pero acto seguido sólo admite la reagrupación de un cónyuge, una opción de política migratoria²⁸⁶.

En sentido análogo, la mención legal del fraude de ley como límite al ejercicio del derecho a la reagrupación, indicado expresamente en el art. 17.1.a) LOEXIS, introduce un matiz de permanente sospecha sobre el inmigrante que colisiona con el derecho a la vida en familia²⁸⁷. Se trata, ciertamente, de un fenómeno sociológico en progresivo avance debido a que es una de las vías más fáciles de acceder a la condición de residente en el espacio europeo²⁸⁸. A título enunciativo, la respuesta de la Directiva 2003/86, como complemento de lo dispuesto en su art. 16.2.b), introduce una presunción de fraude de forma preventiva, al incrementar la edad para ser beneficiario de reagrupación por ostentar

²⁸⁴ Un análisis de los problemas de validez y prueba de estos matrimonios para determinar el concepto de “cónyuge”, así como del reconocimiento de otros efectos puede consultarse en Soto Moya, *Las situaciones conyugales en el tráfico intracomunitario. Un modelo de relación entre el Dpr y el Derecho de extranjería*, op. cit., pp. 334-337 y 449-453.

²⁸⁵ El art. 4.4. *in fine* Directiva 2003/86 plantea serias dudas al respecto. Los Estados miembros podrán limitar la reagrupación familiar de hijos menores de otro cónyuge y del reagrupante. Y nosotros nos preguntamos al respecto, ¿es el qué el interés tutelable es distinto para un hijo por la simple razón de la no aceptación social y jurídica del matrimonio poligámico?

²⁸⁶ Soto Moya, *ibidem*, p. 336. Un estudio de los antecedentes del precepto en Canedo Arrillaga, M., P., “La propuesta de la Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho internacional privado”, en Calvo Caravaca, A., L., e Iriarte Ángel, J., L. (edit.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 134-141.

²⁸⁷ El escrutinio personal de verificación del consentimiento llega a los aspectos más íntimos de la persona para comprobar si lo que se pretende es conseguir la residencia en España subvirtiendo la finalidad de la norma. El legislador parte de una “supuesta” presunción de culpabilidad de los matrimonios denominados “de conveniencia”. Como afirma García Vázquez, el matrimonio es un instrumento de control migratorio por parte de los poderes públicos. *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, op. cit., pp. 75-77. Véase asimismo Vargas Gómez-Urrutia, *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de Derecho aplicable*, op. cit., p. 214 y ss.

²⁸⁸ El matrimonio de conveniencia como exponente de la interacción entre el Derecho de extranjería y el DI Pr en Soto Moya, op. cit., pp. 352-367; Carrascosa González, J., “Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 20, 2002, pp. 7-34; Sánchez Lorenzo, S., “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria de Rafael Arroyo Montero*, Madrid, 2003, pp. 258-260.

la condición de cónyuge hasta los 21 años (art. 4.5), exigencia, por cierto, no contemplada en la LOEXIS²⁸⁹. Conviene reparar, sin embargo, que la irrupción de los llamados “matrimonios de conveniencia”²⁹⁰ y su posible utilización como instrumento de evasión de las estrictas normas de extranjería no justifica la presunción de culpabilidad hacia los contrayentes, quienes se transforman en “sospechosos” por la sola circunstancia de su alteridad²⁹¹. ¿Qué derecho se invoca para someter al cónyuge a la auténtica *probatio diabolica* que representan los requisitos establecidos en el art. 17.1 a) LOEXIS y reproducidos en el 39.1 Regl.? Un derecho de la persona como es el *ius connubi*, reconocido en el art. 32 CE, y cuya restricción requiere de todo elemento racional que trascienda la mera hipótesis o presunción de la actitud fraudulenta por parte de los contrayentes, no puede convertirse en un elemento más del discurso de la seguridad porque pervierte todo el orden de los derechos²⁹².

²⁸⁹ Una restricción como la contenida en el art. 4.5 de la Directiva 2003/86/CE supone una clara vulneración del contenido esencial del derecho a la vida familiar del inmigrante, por mucho que se diga que con tal disposición lo que se pretende es asegurar la autenticidad del matrimonio, sospechando que, en aquellos casos en que el cónyuge es excesivamente joven, el vínculo ha sido contraído con la única finalidad de poder acceder a la residencia en un Estado miembro mediante el ejercicio del derecho de reagrupación. Velázquez Sánchez, “La reagrupación familiar en la Unión Europea: comentario a la Directiva 2003/86” [consulta realizada el 15 de agosto de 2006], *op. cit.*, p. 8. ¿No se está afirmando con esa tesis la expansión del expediente de presunto “criminal” que recae en el extranjero inmigrante? Estamos de acuerdo con Álvarez Rodríguez cuando aduce que “una norma de estas características podría chocar con los propios ordenamientos internos de los Estados Miembros en los que se recoge que el consentimiento puede ser otorgado válidamente con una edad muy inferior a los 21 años y, desde luego, esos matrimonios surten todos sus efectos”, *op. cit.*, p. 14. Es más, añadiríamos que desvirtúa todo el contenido sustancial de la *affectio maritalis* presente en el *ius connubi* como derecho constitucional, pues si bien lógicamente no obstaculiza el ejercicio del derecho a contraer matrimonio, si deniega a la pareja que se intenta reagrupar la vida en común antes de esa edad.

²⁹⁰ Definidos por la doctrina de la DGRN como “aquellos enlaces mediante los que se pretende, bajo el ropaje de esta institución y generalmente previo precio, que un extranjero se aproveche de las ventajas de la apariencia matrimonial, a los efectos de facilitar la entrada o regularizar la estancia en el territorio nacional [...]”, Resolución de 30 de mayo de 1995, BIMJ, núm. 1750,1995, pp. 246-251.

²⁹¹ Sin embargo, “la propia jurisprudencia de Estrasburgo establece el doble test de la efectividad y carácter real y la preexistencia de la vida en familia [...]”. Arriaga Iraburu, *op. cit.*, p. 83 y ss, a cuyo excelente análisis de esa doctrina hermenéutica nos remitimos.

²⁹² Resulta muy acertada la apreciación de Sánchez Lorenzo, S., al calificar la situación como de “contaminación del Derecho matrimonial por el Derecho de extranjería”. “La contaminación del Derecho de familia por el Derecho de extranjería: el ejemplo de los matrimonios de conveniencia”, en VV. AA., *Derechos humanos e inmigración: una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, jornadas celebradas los días 22, 23, 24 y 25 de mayo de 2002, Motril, 2003, p. 89. Un estudio detenido de los problemas de prueba de control del fraude y la práctica judicial al respecto, puede verse en Abarca Junco y Gómez-Urrutia, *op. cit.*, pp. 462-466. Asimismo, *cfr.* la Instrucción DGRN sobre directrices en la materia, de 31 de enero de 2006 [consulta realizada el 25 de abril de 2006], disponible en <http://www.lexjuridica.com/boletin/ley/0154.htm>.

En otro sentido, hay que mencionar que incomprensiblemente la LOEXIS no equipara la pareja de hecho registrada al concepto de “cónyuge”²⁹³. Si la preocupación de los Estados miembros era evitar cualquier posibilidad de fraude en la reagrupación familiar a través de la figura de la pareja de hecho, hubiera sido mucho más efectivo incluir en el texto una definición clara y precisa de lo que ha de entenderse por “pareja de hecho”, así como de los requisitos o condiciones para valorar su estabilidad²⁹⁴. Sin embargo, son los Estados miembros los que decidirán si equiparan a las parejas registradas a los matrimonios (art. 4.3 Directiva), con el único requisito de que la relación esté suficientemente probada²⁹⁵. Un Estado podrá no reconocer la movilidad de estas parejas a otro Estado miembro, una nueva restricción al derecho de la vida en familia²⁹⁶.

La obligatoriedad ha dejado paso a un sistema mucho más flexible –el regulado en la Directiva 2003/86/CE– en el que se va a poder impedir la reagrupación de las parejas

²⁹³ La Directiva 2003/86 habilita a los Estados miembros para que, potestativamente, autoricen la entrada y permanencia de la pareja no casada nacional de un tercer país que constituya con el reagrupante una pareja registrada (art. 4.3) e incluso sea equiparada en el trato a los cónyuges a efectos de la reagrupación familiar (art. 4.3 *in fine*). En contraste, figura la equiparación realizada respecto a la pareja registrada en la Directiva 2004/38 y reproducida en el art. 2.b) RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, una prueba de la *construcción asimétrica de la libre circulación de personas* que apunta Soto Moya, *op. cit.*, p. 273 y ss. La práctica judicial española no ha dudado en abogar por una interpretación amplia del concepto de cónyuge para equiparar, eso sí a los solos efectos de reagrupación, a las parejas de hecho estables, con fundamento en la protección de la familia contenida en el art. 39 CE (véase SSSTS de 6 de junio de 2000, RJ 2000\6119; de 6 de mayo de 2000, RJ 2000\5582; de 2 de octubre de 2001, RJ 2001\8927, *inter alia*). Esplugues considera que ese *case law* no ha dudado en equiparar la relación matrimonial con la convivencia extramatrimonial, con vistas al ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, siempre que el objeto real de la reagrupación sea la convivencia, *cf. Nacionalidad y extranjería, op. cit.*, p. 135. Respecto al cónyuge, la LOEXIS y legislación de desarrollo exige que no esté separado de hecho o de derecho, en contraste con la regulación que transpone internamente la Directiva 2004/38 [(art. 2.a) RD 240/2007], que no prevé la separación de hecho como causa de inaplicación de esa condición. Algo que se opone a la realidad, en la que las mujeres constituyen el núcleo de lo que Adam Muñoz viene a denominar “inmigrantes pasivas”, aquellas personas que siguen al marido en su *iter* migratorio. “La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres inmigrantes extranjeras al mercado laboral español”, *op. cit.*, p. 128.

²⁹⁴ Velázquez Sánchez, “La reagrupación familiar en la Unión Europea: comentario a la Directiva 2003/86” [consulta realizada el 1 de septiembre de 2006], *op. cit.*, p. 12.

²⁹⁵ Un amplio estudio sobre regulación de las parejas de hecho, desde el punto de vista iusinternacionalista privatista español, en Carrillo Carrillo, B., L., “Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado español”, en Calvo Caravaca, A., L., e Iriarte Ángel, J., L. (edit.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 385-451. Sobre los registros de uniones de hecho y sus efectos, desde una perspectiva iusinternacionalista privatista, Comte Guillemet, N., “Las parejas no casadas ante el DIPr”, en Calvo Caravaca, A., L., e Iriarte Ángel, J., L. (edit.), *Mundialización y familia*, Madrid, 2001, pp. 306-311.

²⁹⁶ La complejidad de la redacción del apartado a) art. 39 Regl. es analizada por Álvarez Rodríguez, A., “Familiares reagrupables”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, pp. 262-265.

registradas, si se tratan de nacionales de terceros Estados, con independencia de que el Estado de acogida regule su situación²⁹⁷. La falta de exigencia del reconocimiento de la existencia de los vínculos familiares, a los efectos de reagrupación en otro Estado miembro, se agrava cuando la pareja tiene hijos, porque éstos sí podrán reagruparse con el residente nacional de tercer Estado, pero el progenitor que quedó fuera no. Este criterio no se ajusta en absoluto a la realidad social presente y al importante papel de la familia en la integración de las personas inmigrantes, llegándose a la paradoja de que los hijos de esa pareja sí podrán reagruparse mientras sus progenitores permanecerán separados por mor de la legislación de extranjería²⁹⁸.

Una pregunta sigue sin encontrar respuesta adecuada; ¿por qué el legislador interno no se ha hecho eco de la práctica judicial interna reiterada e incluye decididamente al conviviente *more uxorio* entre los familiares reagrupables?²⁹⁹ En nuestra opinión, ese concepto de familia de “mínimos” es el que mejor sintetiza la indiferencia de la sociedad de destino hacia el futuro de la vida en común de quien está contribuyendo con su esfuerzo a mantener nuestro Estado de bienestar³⁰⁰. El establecimiento de normas que reduzcan al mínimo denominador esa “defensa” de la familia es una prueba de ingratitud hacia el inmigrante económico³⁰¹. A fin de cuentas esos familiares, en principio, no son productivos.

²⁹⁷ Soto Moya, “La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho”, *op. cit.*, p. 4. Véase además el trabajo elaborado por el equipo jurídico Heldu, [consulta realizada el 25 de junio de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/COMUNITHeldu.pdf>

²⁹⁸ Además, como señala Álvarez Rodríguez, la limitación del alcance de la reagrupación a los “cónyuges” unidos por vínculo matrimonial introduce un trato distinto de las parejas de hecho respecto a las parejas matrimoniales a pesar de que el elemento de referencia para la reagrupación familiar es evitar la ruptura de la convivencia familiar o de la *affectio maritalis*, que existe en ambos tipos de relaciones y no en la trascendencia del vínculo jurídico-formal que los une, *op. cit.*, p.28.

²⁹⁹ Como sí se permite con la pareja estable del asilado (art. 34.1, del Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo).

³⁰⁰ Sobre los nuevos modelos de familia y su incidencia en Derecho internacional privado, pueden consultarse los estudios de Carrascosa González, J., “Nuevos modelos de familia y Derecho internacional Privado en el siglo XXI”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 21, 2003, pp. 109-143; Calvo Caravaca, A., L., y Carrascosa González, J., “Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 23, 2005, pp. 11-70.

³⁰¹ Sobre la problemática admisión del matrimonio homosexual por el Derecho comunitario de libre circulación, es decir, a los sólo efectos de entrada y residencia, *cfr.* Soto Moya. La autora propone *de lege ferenda* la aplicación del *Herkunftslandprinzip*, es decir, considerar válido, a efectos de la reagrupación familiar (permitir la entrada y residencia) al matrimonio válidamente celebrado en el Estado miembro de origen, *Las situaciones conyugales en el tráfico intracomunitario. Un modelo de relación entre el Dipr y el*

Quizá, más incomprensibles son las diferencias sustanciales que se observan respecto a la reagrupación de hijos menores e incapacitados³⁰². Un principio como el interés del menor es desterrado en beneficio de la afectación mínima del bienestar económico³⁰³. Cuestiones como el límite de edad para la consideración de menor a efectos de reagrupación introducen una indefensión total en función del régimen que sea aplicable³⁰⁴. Por ejemplo, tener diecinueve años y no poseer la consideración legal de incapacitado impide con carácter general la reagrupación de un no beneficiario del Derecho comunitario (art.17.1.b LOEXIS y 39.1. b Regl.) frente a los veintiún años o mayores si viven a sus expensas como regla general para los nacionales beneficiarios del derecho a la libre circulación comunitaria³⁰⁵. Esta distinción regulativa es tan notoria que, como indica Moya Escudero, conculca la igualdad de todos los hijos ante la Ley³⁰⁶. ¿Existen hijos de primera y de segunda? Parece que sí. Es un nuevo criterio sin razonamiento concreto alguno y que afecta a las relaciones paternofiliales porque, al parecer, algunos tienen que emanciparse de forma obligatoria pasada la mayoría de edad legal española³⁰⁷. Mientras,

Derecho de extranjería, op. cit., pp. 270-272. En cualquier caso, la ambigüedad con la que la Directiva trata la cuestión, al no especificar si el cónyuge debe ser de distinto sexo del reagrupante o, por el contrario, cabe la posibilidad de reagrupación de cónyuge homosexual, dará lugar a no pocos problemas a la hora de su interpretación por parte de los Estados miembros puesto que, dada la redacción de la Directiva, será cada Estado miembro quien determine la extensión de la medida de reagrupación familiar en tales casos. Velázquez Sánchez, “La reagrupación familiar en la Unión Europea: comentario a la Directiva 2003/86” [consulta realizada el 1 de septiembre de 2006], *op. cit.*, pp. 10 y 11.

³⁰² Por ejemplo, respecto a los hijos de parejas de hecho, según estén o no registradas. *Cfr.* Velázquez Sánchez, *ibídem*, p. 16.

³⁰³ “Confundir la justicia, que es un ideal de la razón, con el bienestar que lo es de la imaginación, es un error por el que podemos acabar pagando un precio alto”. Cortina, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, 1997, p. 87.

³⁰⁴ Además, tanto en la LOEXIS como en la Directiva 2003/86, se contempla un tratamiento distinto para los hijos de uno sólo de los cónyuges, que incomprensiblemente atenta contra la protección del menor, con independencia de su filiación conjunta o separada. En estos casos, se requerirá la doble condición, además de los requisitos comunes exigibles, de que el cónyuge ejerza la patria potestad en solitario o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo, art. 17.1 b) LOEXIS [la noción de “a cargo” se concreta en el art. 39 e) RD 2393/2004]. Estamos hablando de hijos no nacidos en España puesto que, en este último caso, regulado en el art. 94.1 RD no es aplicable la reagrupación. Asimismo, la sospecha permanente en la que se sitúa al extracomunitario al que resulta aplicable la LOEXIS vuelve a reaparecer al requerirse que se demuestre que la adopción de hijos reúne los elementos necesarios para producir efectos en España (art. 17.1.b). Por supuesto esa prevención no consta ni en la Directiva 2004/38 ni en el RD 240/2007.

³⁰⁵ Además, con posterioridad a esa edad pueden seguirse acogiendo a las normas aplicables a nacionales comunitarios y familiares de éstos si viven a expensas del nacional UE, EEE o Suiza. Véase art. 2.c) RD 240/2007.

³⁰⁶ “Derecho a la reagrupación familiar”, *op. cit.*, p. 692.

³⁰⁷ Si bien obtendrán una autorización de residencia temporal independiente si obtienen una autorización para trabajar, o bien cuando hayan residido en España durante cinco años (art. 41.4 Regl.), sin sujeción a la situación nacional de empleo (art. 40.b Regl.).

los nacionales podrán permanecer en el hogar familiar todo el tiempo que deseen³⁰⁸. Al menos, el legislador español no ha hecho uso de las restricciones que permite realizar la Directiva respecto de los hijos mayores de doce y quince años, es decir, los arts. 4.1, último párrafo y 4.6, respectivamente, que fueron objeto del recurso planteado por el Parlamento Europeo y resuelto en la STJCE de 27 de junio de 2006, as. C-540/2003³⁰⁹.

Respecto a los ascendientes que quieran beneficiarse de la reagrupación, el ordenamiento interno estatuye que el reagrupado forzosamente debe ser “pobre” ya que es preciso que viva a expensas o a cargo de su hijo o de su cónyuge³¹⁰. Su presencia en España ha de ser consecuencia de una necesidad³¹¹. La discrecionalidad en la aplicación de ésta, como de otras muchas normas de extranjería, es un alegato a la desesperanza³¹². Hay que considerar asimismo, respecto a los nacionales de terceros países ascendientes de españoles que, sólo los que acompañen o se reúnan con el titular del derecho a la reagrupación o de su cónyuge, vivan a su cargo, y que fueran titulares a 28 de marzo de 2007 de una tarjeta de familiar de residente comunitario en vigor o susceptible de ser renovada (para el ascendiente del cónyuge siempre que no haya recaído acuerdo o declaración de nulidad, divorcio o separación legal), son beneficiarios de las normas de reagrupación contenidas, a nivel interno, en el RD 240/2007 (punto uno, D.A. vigésima

³⁰⁸ Una sentencia del TSJ de Canarias revoca una sentencia de instancia y admite la reagrupación familiar a pesar de que en la unidad familiar hay hijos mayores de edad, al entender que no se puede desconocer la realidad sociológica de nuestro entorno en el que la inmensa mayoría de los hijos mayores están ligados al hogar familiar. STSJ de Canarias, de 29 de junio de 2005 (RJ 2005/188666) (FJ2).

³⁰⁹ *Cfr.* Velázquez Sánchez, “La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración? Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, C-540/2003” [consulta realizada el 16 de septiembre de 2007], *op. cit.*, p. 14 y ss; La Spina, “La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, *op. cit.*, pp. 13-15.

³¹⁰ La carencia de “apoyos familiares adecuados en el país de origen” se traduce en la legislación interna en la dependencia económica efectiva.

³¹¹ Paradójicamente, la norma interna contenida en el art. 17.1.d de la LOEXIS y reproducida en el art.39.1. d) Regl. es más favorable que la norma establecida en el art. 4.2 Directiva 2003/86, al no especificar el grado de proximidad con el reagrupante y por la mayor apertura interpretativa del concepto “necesidad económica” que el comunitario de “apoyo adecuado en el país de origen”. Una reciente Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Murcia, de 22 de abril de 2008, concede la reagrupación, en un supuesto que consideramos difícilmente denegable, al afirmar que “los continuos envíos acreditados por el actor permiten presumir la dependencia económica de la madre, a lo que hay que unir las circunstancias personales concurrentes –el actor es la única familia directa de la persona–” (FJ2). *Cfr.* asimismo la STJCE de 9 de enero de 2007, as. C-1/05, *Jia*, apartado 43.

³¹² Nos remitimos a lo indicado *supra* sobre la restricción de familiares reagrupables que está en proyecto, y que afecta especialmente a los ascendientes.

RD 2393/2004). El resto no podrá “escapar” a la aplicación de las normas generales contenidas en la LOEXIS y reglamento de desarrollo (punto dos, D.A. vigésima)³¹³. Bien es cierto que se les podrá facilitar la obtención del visado de residencia o, en su caso, una autorización de residencia por circunstancias excepcionales, generalmente por las razones humanitarias previstas en el art. 45.4 Regl., en relación con su D.A. decimonovena.

En resumidas cuentas, el círculo de potenciales beneficiarios del derecho a la reagrupación se ve circunscrito, y más que lo va ser, por el irrefrenable pragmatismo que está convulsionando y dirige nuestras sociedades, un producto de la lógica de la minimización de riesgos. La familia, una institución plurisecular, es la principal damnificada de la política selectiva de extranjería, de una política que castiga con la alienación a los extranjeros. Definitivamente, se termina de confirmar que el individualismo sistémico ha triunfado sobre el individualismo moral.

3. La dependencia de la autonomía personal, un reflejo del impedimento a la integración

La constricción del círculo familiar se acompaña de una circunstancia que no puede pasar inadvertida. El familiar del residente legal que pretende vivir en común está desposeído del derecho a la reagrupación, lo que es tanto como decir que el derecho a la vida en familia se sustituye por una concesión que, además, no va a depender de su persona³¹⁴. En el fondo, la reagrupación continúa siendo una “vía de acceso a un visado y un permiso [entiéndase autorización]: una cuestión de trámite y no de derecho”³¹⁵. El

³¹³ En la doctrina científica, *cfr.* por todos a Mercader Uguina, J., R. y Moreno Solana, A., “De la movilidad de los trabajadores a la movilidad de los ciudadanos: notas al Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y sus familias”, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 13, 2007, p. 86; Palos Nadal, M., “La reagrupación familiar en el derecho español. Especial consideración de la situación jurídica de los ascendientes de españoles con posterioridad al RD 240/2007”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, p. 591. Además, existe una contradicción normativa entre lo indicado en el art. 2.d) RD 240/2007 cuando se trata de familiar de nacional comunitario en general y la regla especial contenida en el apartado d) del punto uno de la mencionada Disposición Adicional vigésima, para familiares de ciudadano español, que tendrá que ser corregida en sede jurisprudencial. El primero incluye en el ámbito de beneficiarios a la pareja registrada y la segunda norma no.

³¹⁴ En todo caso, debe concurrir la nota de dependencia del beneficiario del derecho, como señala Álvarez Rodríguez, “La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las Directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, *op. cit.*, p. 26.

³¹⁵ Casal y Mestre i Mestre, “Migraciones femeninas”, *op. cit.*, p. 136.

inmigrante económico tiene que pasar por una serie de controles de pertenencia, como hemos advertido en este capítulo, antes de ser admitido. Pues bien, el familiar de ese inmigrante representa el estadio de la admisión más oneroso³¹⁶. Su dependencia, no sólo personal y social, sino jurídica, de otra persona significa el óbito del individualismo moral. Todo el sistema de autonomía personal de la persona, la capacidad de elección de las propias decisiones, se deslegitima gravemente por el imperativo normativo que comentamos³¹⁷. En el modelo inmigratorio actual de migrante laboral o instrumental, que no comporta una apuesta decidida por la integración, se insiste en que “los derechos que le corresponde son los derechos humanos universales y aun éstos fuertemente restringidos”³¹⁸.

La circunstancia de que una persona no pueda acompañar al familiar que emprende el camino incierto de una nueva vida y con riesgo de desarraigo vulnera cualquier principio de justicia³¹⁹. ¿Cómo puede hablarse de política de integración cuando la reunificación familiar no es un derecho de los miembros de la familia, sino una medida de política migratoria sujeta a estrictos controles?³²⁰ El reagrupante aboca a su familiar a seguir su

³¹⁶ Un ejercicio punitivo más es la potestad de los Estados miembros para requerir que los nacionales de terceros países cumplan las medidas de integración de conformidad con la legislación nacional (art. 7.2, párrafo primero Directiva 2003/86); medidas de integración que, según el tenor literal del segundo inciso del apartado 2 del artículo 7, se pueden pedir incluso antes de la reagrupación. ¿Por qué esa diferencia con los nacionales a los que resulta de aplicación la Directiva 2004/38?, ¿es que éstos mantienen una mayor presunción de integración por su origen y vínculos con un nacional comunitario?

³¹⁷ A partir de la reforma introducida por LO 14/2003, la reagrupación familiar sólo es posible cuando no haya vida efectiva en familia en España, no cuando los miembros de la familia a los que se pretenden reagrupar estén en el territorio español. Sin embargo, como apuntan Abarca Junco y Gómez-Urrutia, tal circunstancia no significa que el legislador no pueda otorgar la residencia, en supuestos concretos, a determinados familiares que se encuentren en España, aunque serán supuestos excluidos, en todo caso, del derecho a reagrupar (por ejemplo, la residencia de los hijos nacidos en España de residentes legales, art. 94.1 RD 2393/2004 o la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales prevista en el art. 45.2 b) de la citada norma reglamentaria), *op. cit.*, p. 441. La legitimación para el ejercicio de este derecho por su titular, que presentará personalmente una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar (art. 42.1 RD 2393/2004), responde a una potestad de cada Estado miembro refrendada en el art. 5.1 Directiva 2003/83.

³¹⁸ De Lucas Martín, “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, *op. cit.*, p. 22. Además de la segmentación de derechos sociales o la resistencia al reconocimiento de un *status* de residente permanente europeo equiparable a la ciudadanía, *ibidem*, p. 25.

³¹⁹ La apelación a la legalidad y legitimidad de la injerencia para inadmitir a trámite demandas de protección del derecho a la vida en familia por razones de protección moral o para garantizar el bienestar económico del país aplicadas en las Decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos 19628/92 (R.B. c/. Reino Unido, 29 junio 1992) y 41649/98 (Hasani c./ Suiza, 27 abril 1999) fue muy desafortunada.

³²⁰ De Lucas Martín, *ibidem*, p. 42. Al ser un estímulo para la integración, como afirma Chang, H., F., la liberalización o la eliminación de cuotas de entrada de familiares de inmigrantes probablemente serviría

condición³²¹. En caso de conseguir la autorización de residencia temporal, el reagrupado solo tendrá derechos mientras que los tenga la persona que ha podido obtener su reagrupación (art. 18.3 LOEXIS y 42.7 Regl.) hasta que, en su caso, obtenga la residencia independiente por alguna de las causas tipificadas en el art. 41 Regl.

Que eso se ejecute diferenciando a la persona según sea beneficiario o no del Derecho comunitario es una expresión de desidia hacia un derecho como la vida en familia que tiene naturaleza universal. La privilegiada distinción de disfrute de derechos tiene su penúltima expresión en el derecho a trabajar por cuenta propia o ajena que ostentan los miembros de la familia del ciudadano comunitario o asimilado, independientemente de su nacionalidad, beneficiarios del derecho de residencia o del derecho de residencia permanente en un Estado Miembro (art. 23 Directiva 2004/38)³²².

La potestad puede ser ejercida por el residente legal para reunir en territorio nacional a los miembros de su unidad familiar. Ahora bien, esto no quiere decir que estemos ante un derecho subjetivo de éste. No podemos olvidar que el ejercicio de este derecho requiere de la previa autorización administrativa³²³. En efecto, en la práctica, esa facultad puede

mejor al interés económico nacional que su restricción. “The Economic analysis of immigration law”, en Bretell, C., y Hollifield, J., F. (edit.), *Migration Theory, Talking across disciplines*, Nueva York, Londres, 2000, p. 220.

³²¹ En el art. 17.2 y 17.3 LOEXIS, redactado conforme a la LO 14/2003, se elimina la posible reagrupación en cadena como efecto de la reforma operada para eliminar la ilegalidad puesta de manifiesto en la Sentencia del TS de 20 de marzo de 2003. De todas formas, la cuestión se centra en saber si el art. 17.2 LOEXIS consagra una diferencia de trato consolidando dos tipos de residentes a efectos de reagrupación familiar: el reagrupante y el reagrupante-reagrupado. Respecto a los reparos a la exigencia reglamentaria de una autorización de residencia independiente para el ejercicio del derecho a la reagrupación por el familiar reagrupado, véase Fernández Nieto, *op. cit.*, p. 52; Ballester Pastor, *op. cit.*, pp. 175-177.

³²² Menos los ascendientes e hijos mayores de 21 años que vivan a su cargo (art. 3.2 RD 240/207). La situación de familiar a cargo se convierte, de este modo, en la noción que delimita el derecho al acceso a cualquier actividad y la aplicación del régimen jurídico de libre circulación. La pérdida de la situación a cargo activaría la legislación general de extranjería (art. 96.5 Regl.). Sea a título originario o derivado, el titular del derecho de residencia, cuando hayan cesado en la condición de comunitario o familiar de comunitario, puede obtener, si cumple los requisitos establecidos al efecto, a excepción del visado, una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena o cuenta propia, del tiempo que corresponda, en función de la duración de la autorización anterior de la que fuera titular (art. 96.5 Regl.).

³²³ Este requerimiento no presenta una destacada peculiaridad, no dejando de reproducirse la regla general de previa concesión de la autorización de residencia temporal por reagrupación solicitada, que en este caso sólo puede solicitar el reagrupante (art. 42.5 Regl.), quedando de forma general, por supuesto, la eficacia de esta autorización condicionada suspensivamente a la expedición del visado y la efectiva entrada en el territorio nacional (arts. 42.5 y 6 Regl.). Salvadas las distancias, el reagrupante “juega” el mismo papel que desempeña el empresario o empleador en el procedimiento de visado por residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, puesto que estamos hablando de un tipo selectivo alternativo al de migración laboral.

resultar engañosa, por la continua apelación pública a la noción del “interés público” para dilatar y, en su caso, denegar las correspondientes solicitudes³²⁴. Además, el paso siguiente, la obtención del visado por reagrupación no es nada fácil por la sospecha que se circunscribe sobre el candidato a la reagrupación y que puede resultar atentatoria contra su derecho a la intimidad personal y familiar (art. 42.2 Regl.)³²⁵. La reacción de otros países roza incluso la esquizofrenia jurídica. El Gobierno francés propone la obligatoriedad de la identificación del código genético del familiar que pretenda reunirse o acompañar al titular³²⁶. Afortunadamente la iniciativa ha encontrado suficientes reparos por el *Conseil d’Etat* francés.

Solamente existe una alternativa para la adquisición de la plena autonomía personal. La emancipación plena del reagrupado sólo es posible por medio del trabajo³²⁷. De forma exclusiva, la emancipación del residente reagrupado le habilita para el ejercicio del derecho a reagrupar³²⁸. En todo caso, lo que denota esta disposición legislativa es, una vez más, que el Derecho de extranjería tiende a la consideración de la persona como “objeto”,

³²⁴ Conviene recordar que la entrada en el país de acogida de un miembro de la familia del inmigrante es un prerequisite para el disfrute del derecho al respeto a la vida familiar, por lo que estaríamos ante una obligación “positiva” derivada de la exigencia ex art. 8 CEDH, según apuntan los órganos estrasburgueses. Arriaga Iraburu, *op. cit.*, p. 114 y 223 y ss. La autora considera que los casos en los que se alega vulneración del art. 8 CDEH a consecuencia de la denegación de entrada o permanencia pueden ser analizados también en términos de obligación negativa, *ibidem*. p. 227; véase también a Blake, N., y Husain, R., *Immigration, asylum & Human Rights*, Oxford University Press, 2003, pp. 165-210; Boza Martínez, D., *Los extranjeros ante el Convenio europeo de derechos humanos*, Cádiz, 2007, p. 126-145. En el próximo capítulo abordaremos la obligación de “respeto” a la vida en familia en su faceta negativa, es decir, cuando entra en juego una medida compulsiva de alejamiento del territorio.

³²⁵ ¿Dónde quedan las facilidades para su obtención tan pronto como se acepte la solicitud de reagrupación por las que se aboga en el art. 13.1 Directiva 2003/86? Para la evaluación de los factores presentes en esa potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que ostentan los órganos consulares nos remitimos a lo indicado en el capítulo anterior.

³²⁶ Noticia disponible en <http://www.mtas.es/mundo/Revista/Revista108/159.pdf> [consulta realizada el 1 de abril de 2008].

³²⁷ La LOEXIS (art. 19) apuesta claramente por la estrecha unión entre incorporación al mercado de trabajo y la autorización de residencia independiente de los reagrupados, con la única excepción de los supuestos de violencia doméstica siempre que se obtenga orden judicial de protección (inciso final). El acceso a la residencia independiente del reagrupante (art. 40.1 Regl.) hay que distinguirlo de la posible autorización de residencia independiente del reagrupado contemplada en el art. 41 Regl. que no implica que se adquiera el derecho a la reagrupación por el autorizado.

³²⁸ En este carácter o naturaleza dependiente o independiente de la residencia radica una primera conclusión sobre la diferencia de trato entre residentes extranjeros respecto del ejercicio del derecho a la reagrupación familiar, Abarca Junco y Gómez-Urrutia, *op. cit.*, p. 482.

no tratando, en su justa medida, el derecho de todo ser humano a contar con la presencia de su familia, al erigir una serie de impedimentos en interés del Estado de acogida³²⁹.

La nueva especie de áurea salvadora de la “condena” del extraño que supone el vínculo familiar, una presuposición de que, si no se es de los nuestros, al menos puede admitirse entre el “nosotros” por esa demostración de fidelidad que es la consanguinidad, cuestiona la pertenencia más elemental de la persona. La relación parental con alguien que, sin formar parte del nosotros, se somete al juicio constante de la “conversión”, es la clave nodal de aquel que aspira a no ser un extraño en la frontera, de una familia cuya calificación la realiza la propia norma legal al disponer quiénes son considerados miembros o beneficiarios a los efectos que nos ocupan (art. 17 LOEXIS). Eso sí, la diferencia persiste. Mientras los familiares de comunitarios o asimilados no tienen que someterse a la doble fiscalización de la autorización y el visado, cualquier otro familiar tiene que superar por duplicado la demostración de que está en condiciones materiales, personales y sociales de incorporarse a la sociedad de destino.

V. NECESIDAD DE REACTIVACIÓN DEL DEBATE

El debate público sobre los criterios materiales de acceso de los inmigrantes está adormecido, principalmente porque es un asunto que se oculta en el discurso de la alteridad. La representación social del inmigrante se encarga de desactivar cualquier intento serio de cuestionamiento crítico. No hay nada más efectivo que una representación para dejar sin efecto una discusión³³⁰. Existe el peligro de que la oficialización del

³²⁹ Como indica Álvarez Rodríguez, nuestra legislación interna debería tener en cuenta que la Directiva en este aspecto es más flexible, ya que se prevé una fórmula abierta para permitir la concesión de la autorización de residencia en otros casos diferentes a los previstos, por su especial dificultad para poder encajarlos dentro de los casos enumerados, *op. cit.*, p. 51. Lo cierto es que la relación de causalidad entre ejercicio del derecho y plazo de espera [residencia previa del reagrupante] es un parámetro constitutivo de la política estatal en materia de inmigración familiar. ¿No se está, de este modo, certificando el reforzamiento de la ideología del sitio de la mujer, especialmente visible en el mundo de la inmigración, ese modelo del ganapán (hombre como cabeza de familia) y la cuidadora (ama de casa) al que se refieren Casal y Mestre i Mestre, “Migraciones femeninas”, *op. cit.*, p. 138 y ss.

³³⁰ “El nombramiento de las cosas, las personas y los colectivos sociales es decisivo en la construcción de creencias culturales compartidas. Nombrar colectivos humanos en clave de otredad, en términos excluyentes del “otro” [...] marca de forma singular los códigos culturales y las prácticas sociales respecto a colectivos como las personas inmigrantes”. Nash, “*Inmigrantes en nuestro espejo. Inmigración y discurso periodístico en la prensa española*”, *op. cit.*, p. 21. “El predominio de un imaginario que, tanto las instituciones como la opinión pública reconocen como propio y eficiente, se traduce en una sistemática naturalización de las relaciones de dominio [...]; en un tema como el de la inmigración, esta cualidad casi demiúrgica de la ideología [...] es convocada de una forma especialmente intensa por las instituciones políticas y siempre al

discurso del pragmatismo y la seguridad –una manera que tiene la mayoría de circunscribir a la minoría para que ésta permanezca desactivada– como referente de la exclusión del inmigrante económico, termine siendo un compendio de adoctrinamiento que escamotee el origen real de la discriminación y la exclusión³³¹. Ante la realidad de la lógica utilitarista con la que se trata al inmigrante económico hay que adoptar posturas decisivas para alentar la conciencia crítica³³². Quizá los costes en términos electorales sean demasiado elevados, pero ¿qué ocurre con la conciencia social?, ¿por qué está “adormecida” la capacidad de pensar? Como dijera Mill, “[...] ausente la discusión, no sólo se olvidan los fundamentos de la opinión, sino que con harta frecuencia es olvidado también su mismo sentido”³³³.

Los inmigrantes económicos y sus familiares no pueden seguir siendo considerados culpables de pretender alcanzar una vida más digna. Como afirmara De Lucas Martín hace unos años,

la inmigración es asunto de Ministerio de Interior, no prioritariamente de políticas sociales [...]. Ese es el mensaje de la ley a los propios inmigrantes, a

entorno de las abstracciones relativas a la ‘cultura’ propia y la de los recién llegados”. Delgado Ruiz, “Nuevas retóricas para la exclusión social”, *op. cit.*, p. 13. Un análisis del discurso editorial de principios de esta década, Giró, X., y Jarque, J., M., “El discurso editorial sobre inmigración de *El País*, *La Vanguardia*, *El Periódico* y *Avui*, desde El Ejido hasta la cumbre europea de Sevilla (1999-2002)”, en Zapata-Barrero, R., y Van Dijk, T., A. (edit.), *Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, Barcelona, CIDOB, 2007, pp. 17-44; Martínez Larola, M., “Una aproximación a cómo se construye la imagen de los inmigrantes en la prensa gratuita”, en *Tonos digital: Revista electrónica de estudios filológicos*, nº 14, 2007 [consulta realizada el 21 de marzo de 2008], disponible en <http://www.um.es/tonosdigital/znum14/secciones/tritonos-2-imagen-inmigrantes.htm>; Téllez Rubio, J., J., “Algunas consideraciones sobre inmigración y periodismo”, en *Entelequia: revista interdisciplinar*, nº 4, 2007 (Ejemplar dedicado a: Inmigración), pp. 323-336. Un reciente estudio empírico pone de relieve que el tipo de enfoque en la noticia y el origen de los inmigrantes protagonistas inciden en el impacto socio-cognitivo de las noticias sobre inmigración. Igartua Perosanz, J., J., “Recepción e impacto socio-cognitivo de las noticias sobre inmigración”, en *Revista de Psicología Social*, vol. 23, nº 1, 2008, pp. 3-16.

³³¹ Una discriminación que surge, en el análisis de las relaciones sociales que realiza Zino Torrazza, J., como una consecuencia de la inherente desigualdad entre las posiciones sociales, actuando en el sentido de “sostener o reforzar los privilegios, el reparto desigual de atributos o bienes entre las posiciones [...], una discriminación que, a menudo, se hace comprensible (en un sentido de aceptable o tolerable) para el conjunto (‘hay inmigrantes sin papeles porque no han cumplido con la legalidad para obtenerlos’ [...])”. “Inmigración y práctica discriminatorias. Nuevas retóricas para la exclusión social”, en Bergalli, R. (coord.), *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Barcelona, p. 31.

³³² Tampoco se trata por supuesto de caer en la trampa del adoctrinamiento, pero sí de iniciar una propedéutica, una profilaxis o corrección de una tendencia natural a la exclusión, en palabras de Delgado Ruiz, *op. cit.*, p. 8.

³³³ Mill, J., S., *Sobre la libertad*, *op. cit.*, p. 103.

los que no sólo se sitúa bajo sospecha, invirtiendo el principio básico de presunción de inocencia, sino que se les explica que nuestro modelo de inmigración es la inmigración invisible, la más próxima al viejo concepto de *Gastarbeiter*, del trabajador que hace su trabajo y desaparece sin dejar huella y sin apenas coste. Este ideario que conjuga la seguridad como concepto de autodefensa del sistema, no de los derechos de las personas inmigrantes, es una transposición del particularismo del Estado-nación que se flexibiliza sólo en función de la perentoria demanda de mano de obra dócil y barata en una sociedad que no quiere inmigrantes³³⁴.

Esta idea nos remite a un Derecho de índole penal, que criminaliza al inmigrante simplemente porque la negación de su derecho a tener derechos sirve al discurso del riesgo que está detrás de la política de admisión de inmigrantes³³⁵. En este esquema normativo, la reunificación familiar del inmigrante no es lo más importante; de ahí que existan tantas reticencias a la concesión de la misma, porque aquí no importa ni la vida comunitaria, ni la integración como medio de esa vida³³⁶. Sólo importan las personas productivas y evidentemente la mayoría de familiares reagrupables no lo son³³⁷. Si la integración es aquello que cabe esperar de los extranjeros y sus familias, los obstáculos legales y la situación de incertidumbre que se imponen a los trabajadores son un

³³⁴ “Sobre las garantías de los derechos sociales de los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 4. Para el citado autor, cuya opinión compartimos en este punto, la desaparición tras el 11-S de las políticas de inmigración –salvo en su conexión con la dimensión de seguridad y orden público– es particularmente grave es el contexto español, cuyos principales instrumentos jurídicos crean un modelo de política de inmigración que se basa paradójicamente en la negación de su objeto. “Ciudadanía: la jaula de hierro para la integración de los inmigrantes”, en Aubarell, G., y Zapata, R. (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona., 2004, pp. 215-217.

³³⁵ La percepción que se genera y se potencia –al margen de la intencionalidad directa– es la de que la inmigración constituye una clase peligrosa. Miquel Novajra, “La negación de la ciudadanía: movimientos migratorios y extranjería”, *op. cit.*, p. 279. En términos criminológicos, estaríamos ante el desmoronamiento del ideal resocializador cuyo sitio sería ocupado por el aseguramiento de la sociedad mediante la exclusión de los “peligrosos”. Véase Ortiz de Ubina Gimeno, “¿Y ahora qué? La criminología y los criminólogos tras el declive del ideal resocializador”, *op. cit.*, p. 4.

³³⁶ El derecho a poner límites a la entrada y residencia de un extranjero es una excepción que pertenece al Estado, pero no es un derecho incondicional. Debe estar encuadrado por los compromisos internacionales en materia de derechos fundamentales. Por ello, el derecho a vivir en familia y el principio de igualdad no son derechos y libertades negociables. Unzurrunzaga y Aierbe, “Desigualdad y discriminación a través de la normativa de extranjería”, *op. cit.*, p. 80.

³³⁷ El trabajo como parte clave del proceso de integración es una máxima que evidentemente ni siquiera resulta discutida a nivel de la UE. Véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, tercer informe anual sobre inmigración e integración (apartado 3.2), COM (2007) 512 final, de 11 de septiembre.

impedimento crónico en orden a una incorporación a la vida social sin trabas y en términos de una cierta normalidad³³⁸.

El binomio laboral-familiar, como ejes materiales de la política de admisión de inmigrantes en Europa en general, y en España en particular, es una expresión normativa de la crisis de un Estado del bienestar que no equipara en el ejercicio de derechos a todos los habitantes del territorio pero sí se ha servido de la inmigración como fuerza de choque de esa decadencia³³⁹. El inmigrante es una persona que viene a trabajar y de la que se aprovecha su rendimiento mientras sea necesario³⁴⁰. La consolidación del mencionado binomio como pilar de la política de admisión no tiene contestatario porque la representación social es lo suficientemente sólida como para empezar a cuestionar el rol que se ha asignado al inmigrante (poco cualificado, sin recursos, un “invitado”, etc.)³⁴¹. El asimétrico tratamiento jurídico entre trabajadores beneficiarios o no del Derecho comunitario, pieza fundamental de la acción política y normativa comunitaria, que tiene su epicentro en la noción restringida de libertad de circulación y, por ende, de los derechos que irradian de la misma, viene a constituir un específico reflejo del estructural antagonismo existente entre la lógica universalista de los derechos humanos y la dinámica segregadora del mercado.

Ante este panorama desolador, la esperanza es que la conciencia crítica arraigue y la política migratoria actual no siga rehusando el mundo de los derechos³⁴². Para ello, el

³³⁸ Delgado Ruiz, *op. cit.*, pp. 11-12.

³³⁹ La crisis del Estado social conlleva un empeoramiento del estatuto jurídico del extranjero, aceptado únicamente desde una perspectiva mercantilista. Carrió Sampedro, “La ciudadanía como fundamento del resurgimiento de una sociedad de clases”, *op. cit.*, p. 230; en sentido análogo Naïr, *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, pp. 149-150. Más contundente es Geddes, A., cuando afirma que “no es la migración la que desafía al Estado de bienestar, sino que son los cambios que tienen lugar en el interior de los Estados los que pueden llegar a desafiar las concepciones existentes sobre las migraciones”. “Inmigración y Estado del bienestar en Europa”, en López Sala, A., M., y Esteban, V. (coord.), *Zona Abierta 116/117, Las políticas migratorias*, Madrid, 2006, p. 178.

³⁴⁰ La crítica a la concepción instrumental de la inmigración, entre otros, en la extensa obra de De Lucas Martín. A título de ejemplo, además de las ya citadas en este trabajo, véase “Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración”, en De Lucas Martín, F., J., y Torres, F. (edit.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, 2002, pp. 23- 48.

³⁴¹ Un *trabajador huésped*, no un inmigrante que busque un nuevo hogar y una nueva ciudadanía, en definitiva un súbdito. Walzer, *Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y de la igualdad*, *op. cit.*, pp. 68 y 70.

³⁴² Siendo “uno de los grandes retos de los derechos en la actualidad el de ser presentados como la guía que debe presidir cualquier política migratoria [...], la política migratoria debe estar presidida y ser capaz de

discurso de la seguridad tiene que ser replanteado como discurso de los derechos, no del poder como fin en sí mismo³⁴³. Una política de extranjería tiene un carácter más justo cuando el mercado no funciona como criterio de orientación³⁴⁴.

Además, la admisión laboral tiene que reformularse, desterrando la concepción normativa y social del extranjero inmigrante como simple objeto de trabajo, poniendo el derecho a ser persona en el lugar que le corresponde³⁴⁵. La emancipación de los inmigrantes pasa porque se les dé el protagonismo que merecen, que puedan ser consultados sobre qué futuro quieren construir como cualquier persona³⁴⁶. Si la sociedad quiere los beneficios económicos que proporcionan los trabajadores inmigrantes tiene que corresponder dando el protagonismo en la vida social a los citados trabajadores en las decisiones que les afecten³⁴⁷.

Se impone un nuevo debate que insista en que otra política es posible, una política que tenga en cuenta el binomio inmigración y necesidades del mercado laboral, pero que

infundir las exigencias de autonomía moral, la satisfacción de las necesidades básicas y de participación”, De Asís Roig, “Algunas reflexiones sobre el fenómeno migratorio y los derechos humanos”, *op. cit.*, p. 535 y 544-545.

³⁴³ En este sentido, la seguridad del propio Estado o gobierno que es un fin en sí mismo, ha de ceder paso a un concepto jurídico solidario, un lugar donde se podría encarar una legítima y verdadera política de seguridad de los derechos fundamentales de todos los seres humanos sin exclusiones. Anitua, “La inmigración y los discursos de la seguridad”, *op. cit.*, pp. 154-155.

³⁴⁴ Zapata Barrero, “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, *op. cit.*, p. 160.

³⁴⁵ Sagarra i Trías es contundente, al señalar que hemos de plantearnos un cambio de perspectiva, una ruptura con las políticas que han configurado la inmigración e iniciarse el proceso en que se entienda la extranjería, la inmigración y la multiculturalidad *como factores de progreso y de cambio*. “Los derechos políticos y públicos de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000”, *op. cit.*, p. 67. O, como afirma Zapata, se impone una *perspectiva de acomodación*, una implicación de la ciudadanía en el proceso de cambio que supone la multiculturalidad, pues el nuevo objeto de la política migratoria no ha de ser el inmigrante sino también el ciudadano. Zapata Barrero, “La retórica de la ciudadanía y la inmigración”, *op. cit.*, p. 36; *idem*, “¿Existe una cultura de la acomodación en España? Inmigración y procesos de cambio en España a partir del 2000”, en *Documentos CIDOB*, serie Migraciones, nº 1, 2004, p. 11.

³⁴⁶ En el fondo, lo que está en juego es la eterna labor de consenso de la Ética, porque la propia raíz esencial de la dignidad humana (la libertad) sólo puede ser respetada cuando el hombre debe decidir no ya sólo cuáles han de ser sus actitudes, sino también cuáles son los fines que desea hallar en su vida y cuáles son las normas que le ayudarán a alcanzarlos. Beriain, “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”, *op. cit.*, p. 212.

³⁴⁷ Política de ciudadanía e inmigración son materias dependientes de un consenso recíproco. *Cfr.* Kymlicka, W., “Immigration, citizenship, multiculturalism: exploring the links”, en *The political Quarterly*, vol. 74, S1, agosto de 2003, p. 204; Walzer, *Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y de la igualdad*, *op. cit.*, pp. 71-74. Además, como afirmara Nino, C., S., en su defensa del constructivismo ético, discusión y autonomía moral irían de la mano. *El constructivismo ético*, Madrid, 1989, p. 132.

ofrezca una igualdad de oportunidades a todos aquellos que son “candidatos” al ingreso³⁴⁸. Seguimos pensando que la inmigración es una cuestión de mano de obra y orden público, y que la respuesta se basa en la lógica policial e instrumental/laboral³⁴⁹. Mientras la política de inmigración gire en torno a un cálculo unilateral, a lo más que puede aspirar el inmigrante es a ser admitido entre nosotros como un trabajador “tolerado” con fecha de caducidad³⁵⁰. Es necesario alcanzar un modelo de ley de inmigración que regule quién tiene derecho a entrar y permanecer y quién debe ser expulsado, pero también las condiciones de convivencia de un número creciente de inmigrantes estables³⁵¹. Se trataría de la necesidad de cambiar el punto de partida de la política de inmigración y, mientras

³⁴⁸ Un discurso en el que la organización de la sociedad “buena” no sea una forma reaccionaria y excluyente, sino una integradora, flexible, cambiante y redefinida constantemente por todos. Anitua, *op. cit.*, p. 137. Siempre partiendo de que la idea de bien común no puede darse por cerrada. Cfr. Nielsen, K., “Reconceptualizing Civil Society for Now: some somewhat Grascian Turnings”, en Walzer, M. (edit.), *Toward a Global Civil Society*, Oxford, 2002, p. 60 y ss. La flexibilización del mercado laboral para incentivar más la contratación de “ida y vuelta” de los inmigrantes, por la que abogan autores como Campuzano, C., “El debate sobre la inmigración en España ¿una oportunidad doblemente perdida?”, en *Revista CIDOB d’afers internacionals*, nº 53, dedicado a Ciudadanía europea e inmigración, 2001, p. 39, hoy en día de actualidad plena ante la crisis económica que vivimos, es una medida coherente desde el punto de vista político, si se acompaña de otras que garanticen que el futuro personal de los inmigrantes no sólo sea decidido por quien lo admite.

³⁴⁹ De Lucas Martín, “Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis”, *op. cit.*, p. 47. Como subraya el autor, es hora de que se supere el cinismo instrumental (que mira a la inmigración en clave laboral o como cuestión de mercado) o el humanitarismo paternalista/asistencialista, que reitera la visión instrumental y que recurre a la caridad como una mal entendida solidaridad, en definitiva de tomar en serio la inmigración como cuestión política. “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, *op. cit.*, p. 15. Cfr. asimismo Sagarra Trías, “Inmigración en la Unión Europea: normativa y políticas comunitarias”, *op. cit.*, p. 43. La alternativa de un sistema de selección por puntos que tuviera en cuenta otros criterios como la capacidad profesional, las competencias lingüísticas, etc., sobre el que se discute desde algunas opciones políticas, vendría a instituir, desde nuestro punto de vista, una meritocracia. A su favor, Martiniello, *La Europa de las migraciones. Por una política proactiva de la inmigración*, *op. cit.*, pp. 113-114.

³⁵⁰ ¿En qué se sintetiza pues el acuerdo de paquetes de movilidad con terceros países que permitan que sus ciudadanos tengan mejor acceso a la UE? Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo, el planteamiento global sobre la migración un año después: hacia una política global europea en materia de migración, COM (2006) 735 final, de 30 de noviembre (apartado 3.2).

³⁵¹ Santolaya Machetti “Los inmigrantes en situación irregular: derechos, expulsión y regularización (1990-2004)”, *op. cit.*, p. 129. La política de admisión tiene que armonizar sus normas en el nivel europeo como indican Reermann “Readmission Agreements”, *op. cit.*, p. 123, o más recientemente Wihtol de Wenden, “Admissions Policies in Europe”, *op. cit.*, p. 287. Se trata de garantizar una política de inmigración de la UE que tenga en cuenta la necesidad de un marco equilibrado de derechos y obligaciones de los nacionales de terceros países, como recuerda Fernández Conejo, M., T., “Hacia una política de inmigración común”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, p. 542. En estas coordenadas, se propone la homologación de los permisos de trabajo y residencia en toda la Unión. Dictamen del Comité de las Regiones “Plan de Política en materia de inmigración legal lucha contra la inmigración ilegal futuro de la Red Europea de Migración”, de 13 de febrero de 2007, 2007/C/146/01 (DOUE C 146, de 30 de junio), (punto 2.12).

ello no se haga, defender que el principio es la libertad de desplazamiento y la igualdad, y que los límites que puede poner el Estado son reglas excepcionales, y no la norma³⁵².

Esa toma en consideración requiere de un proceso continuo, nunca acabado, de distanciamiento del utilitarismo presente en la política de extranjería. Habría que realizar “propuestas que permitan una lógica distinta del fundamentalismo de mercado [...], ese modelo mercantilista, el de la política de inmigración entendida como estadística y que se concreta en el axioma de los contingentes o cupos”³⁵³. La discusión debería centrarse en el modelo de sociedad que se construye y que afecta al conjunto de la ciudadanía, si se apuesta por la segmentación étnico-laboral y la lógica del mercado o se aboga por los derechos humanos y la lucha contra la exclusión³⁵⁴. Como afirmaba Habermas, “toda prosecución de la tradición es selectiva, y es precisamente esta selectividad la que ha de pasar hoy a través del filtro de la crítica [...]”³⁵⁵.

Por último, se hace necesario una redefinición del concepto de reagrupación. La vida en familia no puede considerarse un privilegio, es un derecho³⁵⁶. El proceso de integración requiere resolver el reagrupamiento como una cuestión de justicia, no en función de los intereses económicos de un país³⁵⁷. El inmigrante, además de trabajador, es persona y

³⁵² Véase Unzurrunzaga y Aierbe, “Desigualdad y discriminación a través de la normativa de extranjería”, *op. cit.*, p. 91. La integración cívica en el nuevo espacio público requiere la articulación de medidas normativas que reconozcan que las personas inmigrantes necesitan la aplicación del principio de igualdad como diferenciación por encontrarse en situaciones específicas de desigualdad. Ramiro Avilés, M., A., “El derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes, una utopía para el siglo XXI”, en *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, n° 18, época II, enero 2008, p. 123.

³⁵³ De Lucas Martín, “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones, Inmigración, un desafío para España”, *op. cit.*, pp. 134-135; en sentido análogo Fernández Teruelo, J., G., “El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, p. 241.

³⁵⁴ Martín, E., “El Ejido, dos años después. Realidad, silencios y enseñanzas”, en De Lucas Martín, F., J., y Torres Pérez, F. (edit.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, 2002, p. 96.

³⁵⁵ Habermas, J., *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, 1989, p. 121.

³⁵⁶ *Cfr.* De Lucas Martín, F., J., “Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, n° 1, 2003, p. 67; Naïr, *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 235.

³⁵⁷ Véase Blázquez Ruiz, “Derechos humanos, inmigración, integración: propuestas y reflexiones desde el ámbito de la filosofía política y jurídica”, *op. cit.*, p. 130.

tiene derecho a contar a su lado con su familia³⁵⁸. Desde las instancias gubernamentales ¿no se piensa en el inmigrante como productor económico, su condición de *homo faber* o fuerza bruta, ignorando su derecho a crear y contar con su propia familia?³⁵⁹ La visión instrumental del inmigrante, como prueba el regateo del derecho al reagrupamiento familiar, tiene que ser superada si queremos avanzar en la lógica de los derechos y desterrar la regresión del Derecho en materia de extranjería³⁶⁰.

Su tratamiento no puede distinguir entre categorías de personas en función de su procedencia. Apostamos por una aplicación decidida de los vínculos familiares como criterio suficiente para fundamentar la exigencia del respeto al derecho a la vida en familia, del derecho a acompañar o reunirse con el familiar que reside legalmente en el país de destino sin carencias previas, eliminando el doble juicio de capacidad económica y familiar que se exige para la reagrupación (en la autorización y en el visado).

Esta tarea es compleja pero plausible. Indudablemente, no podemos remediar la situación de los derechos de unos para seguir postergando los de otros. En este sentido, el “sin papeles” no puede ser olvidado. ¿Qué criterios de justicia son aplicables a una persona que ha permanecido en la clandestinidad dentro del territorio español?, ¿qué hacer en caso de la imposibilidad de ejecutar una orden de salida?, ¿le son aplicables los mismos criterios de admisión que hemos analizado a lo largo de este capítulo? Son muchas de las preguntas que permiten concluir que el debate sobre los derechos de los inmigrantes siempre está y estará en proceso³⁶¹. La ontología del “irregular” y su acceso a la legalidad confluyen en el intersticio del arraigo, punto de encuentro y desencuentro de la lógica de los derechos y la lógica utilitarista. A fin de cuentas, el reconocimiento del arraigo certifica la realidad de extranjeros inmigrantes que viven en situación administrativa irregular en nuestro país, siendo un instrumento de preservación de la paz social.

³⁵⁸ De acuerdo con Nusbaum, M., C., la familia debería ser tratada como un ámbito de gran valor, pero no “privado”; es decir, en contra de las teorías del contrato social, debe estar dentro de los límites de la justicia política. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, Barcelona, 2007, p. 317. Desde luego no parece que consideraciones de justicia política informen la legislación de extranjería en general.

³⁵⁹ Blázquez Rodríguez, “El derecho del inmigrante a una vida en familia: Una perspectiva desde el derecho comunitario europeo”, *op. cit.*, p. 172. En un mundo como el del *homo faber*, el utilitarismo se encuentra atrapado en una interminable cadena de medios y fines sin llegar a algún principio que pueda justificar la propia utilidad. Arendt, H., *La condición humana*, Barcelona, 1993, p. 172.

³⁶⁰ Como afirma Arriaga Iraburu, percibir al extranjero instalado legalmente sólo como *individuo* o como mera fuerza de trabajo es insuficiente en términos de derechos humanos, *op. cit.*, p. 278.

³⁶¹ La mera juridificación de las necesidades (su reconocimiento como derechos) es insuficiente si no va acompañada de un poder social que la respalde. Silveira Gorski, “Desarraigo y democracia de las diferencias”, *op. cit.*, p. 90.

CAPÍTULO V

LA INVISIBILIDAD JURÍDICA DEL EXTRANJERO INMIGRANTE: EL UMBRAL DE INDIFERENCIA HACIA EL OTRO

I. NOTAS PRELIMINARES

Una vez examinados los criterios formales y materiales de admisión de los extranjeros inmigrantes en general, en el territorio nacional, finalizamos nuestro estudio analizando dos instituciones que, en su denominador común, afectan a extranjeros inmigrantes que parten de una situación administrativa previa que ha sido calificada de “irregular”: el arraigo y la inejecución de las medidas de expulsión o devolución¹. Con sus divergencias de orden jurídico, tanto una como otra, de uno u otro modo, constituyen criterios de cierre de la política interna de admisión. Si el arraigo es una constatación jurídica de una situación de hecho, la inejecución es una verificación de las carencias morales de una política que mantiene a la persona en una peculiar situación *extra-legem* sin expectativa visible de redención a corto plazo.

Las dos instituciones son consecuencia de las circunstancias. En cierto sentido, la persona en situación irregular, tanto si permanece en ese estado como si puede transitar hacia el universo de la legalidad, “no es deseada” por parte de los poderes públicos, pero las circunstancias coyunturales no conocen de razones putativas sino reales. Por un lado, la salida de la situación de irregularidad se exterioriza por medio del arraigo jurídico, una de las escasas oportunidades que tiene el “irregular” para acceder al estadio de legalidad. O, lo que es lo mismo, una suerte de admisión de “urgencia” que no oculta el carácter excepcional de todo el ordenamiento de extranjería². Por otro, la vinculación no reconocida legalmente crea la paradójica situación de quien, ante la imposibilidad de ejecución de la expulsión o la devolución, según proceda, deja al extranjero en situación

¹ A efectos de nuestro trabajo, con la denominación de extranjero inmigrante en situación “irregular” englobamos a los que permanecen en el país sin cumplir los requisitos establecidos en la legislación de extranjería, con independencia de que sea de forma originaria o sobrevenida.

² Otra interesantísima materia de análisis, que podría ser objeto de ulteriores investigaciones, y que excede los límites de este estudio, es la relativa a las peculiaridades del arraigo como clave de la transición hacia la adquisición de la condición de nacional.

irregular en un estado permanente de no-derecho, del que sólo saldrá indemne cuando pueda alcanzar la *preciudadanía* que, en el plano administrativo, se traduce en general en la situación de residencia legal³.

No obstante, el lugar común que relaciona a arraigo jurídico e inejecución adquiere connotaciones éticas. La invisibilidad jurídica es el principal efecto de la calificación de un extranjero inmigrante como irregular y la inejecución sintetiza la expresión legal de la modificación del sentido de excepcionalidad de la situación de ilegalidad del extranjero, convirtiendo lo excepcional en una situación normalizada. Entre ambas, con todas las matizaciones que se quieran aducir, la indefinición identitaria es el fundamento ético-político de la condición personal y social del extranjero que tiene que transitar por ese estadio de la clandestinidad. Por ello, partiremos de la hipótesis principal de que ambas situaciones jurídicas, con sus discrepancias de orden jurídico, convergen en la zona de indiferencia que constituye la ontología sustancial de un Derecho como el de extranjería, que expresa un estado de excepción y que hemos resumido en este trabajo en la fórmula de la inclusión excluyente y la exclusión incluyente. Es decir, el espacio vital del inmigrante en general, y del irregular en particular, es el universo del estado de excepción⁴.

³ Como se indicó en el capítulo segundo, el concepto de ciudadanía jurídica es de contenido reductor y claramente excluyente, por lo que viene a consolidar a todas las demás personas por oposición como “no ciudadanos”. Estos últimos vendrían a ser hoy en día, en el marco español, los nacionales no españoles y, en el contexto de la ciudadanía europea, los no nacionales de algún país de los configuran en la actualidad la UE. *Cfr.* Moya Escudero, M., “Inmigración y ciudadanía de la Unión Europea”, en *Educación para la ciudadanía intercultural y democrática*, Madrid, en prensa. En todo caso, la categoría de no ciudadano tiene un lugar común: la falta de acceso pleno a la formación de la voluntad pública. No obstante, no siempre la residencia legal será el paso intermedio para alcanzar el estadio de la nacionalidad. Por ejemplo, los hijos de padre o madre originariamente españoles y los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio podrán optar por la nacionalidad española de origen en los plazos previstos en la D.A. séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas a favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (BOE núm. 310, de 27 de diciembre). La entrada en vigor de esa disposición está prevista para el 28 de diciembre de 2008. Las directrices sobre el ejercicio y alcance de este derecho, así como las normas de procedimiento precisas para agilizar la tramitación de solicitudes en los Registros Civiles están contenidas en la Instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre (BOE núm. 285, de 26 de noviembre).

⁴ Un espacio en el que la excepción es la regla y en el que derecho y hecho, exclusión e inclusión, interno y externo, entran en una zona de irreductible indiferenciación. Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, *op. cit.*, p. 19.

El Derecho de extranjería es expresión de una decisión soberana de excepción, que tiene su mejor fórmula de desarrollo en la incisión de la desorientación ética de los extranjeros inmigrantes que han sido previamente calificados de irregulares. En ese umbral comparten un lugar común tanto la inclusión condicionada jurídicamente y excluida éticamente de los que acreditan algún tipo de arraigo, como la de los que no son admitidos jurídica ni moralmente pero sirven a los fines de la sociedad. En ese lugar, el destino del inmigrante es transitar de uno a otro estado simplemente porque es considerado un indiferente jurídico y ético.

Los llamados eufemísticamente “sin papeles”, que permanecen en nuestro territorio sin ningún tipo de autorización (que han entrado bien de forma legal, ya sea con visado de estancia o con visado y autorización de residencia temporal y han visto cómo caducaba su permanencia de forma legal, o que nunca abandonaron el rol de la clandestinidad) constituyen más que una situación jurídica, una cuestión de orden moral en los inicios del tercer milenio⁵. Efectivamente, una calificación jurídica tiene capacidad para introducir al inmigrante en un derecho para “los sin derecho”, convirtiéndolo en un no-hombre, en un perdedor de todo su legado moral⁶. La conversión de la excepción en la regla normal deja prácticamente sin efecto la realización efectiva de los derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular, afectando con ello al derecho de todo ser humano a

⁵ En esta expresión se destaca y condensa el espíritu presente en la legislación de extranjería: la carencia de la autorización administrativa de entrada y permanencia es el núcleo de la división del ejercicio de los derechos de los extranjeros inmigrantes. El pronunciamiento del intérprete constitucional (STC 236/2007) censura esa división, pero no respecto a todos los derechos, permitiendo que el legislador orgánico pueda incorporar “condiciones específicas” o “condicionamientos adicionales” al ejercicio de derechos como el de reunión, asociación, huelga y libertad sindical, si bien no puede denegar su disfrute por la situación administrativa del extranjero inmigrante. No podemos dejar de recordar que el derecho a la reagrupación familiar les sigue siendo negado y que su derecho a la libertad personal está “hipotecado” por los mecanismos sancionadores del Derecho de extranjería. ¿Dónde queda el referente moral de la persona, su dignidad en esta expresión coloquial? Considerando la dirección seguida por la política oficial de inmigración, se pregunta Blázquez Ruiz si habrá que comenzar a llamarlos *sin estatus*. “Derechos humanos, inmigración, integración: propuestas y reflexiones desde el ámbito de la filosofía política y jurídica”, *op. cit.*, p. 125.

⁶ La ilegalidad migratoria es una construcción política. Bello Reguera, “La emigración y la periferia moral europea”, *op. cit.*, p. 20. En este contexto, la figura del inmigrante irregular es una construcción jurídica doblemente negativa. Por una parte, en contraposición al nacional y, por otra, al extranjero inmigrante en situación legal, lo que determina un punto de partida conceptual deficiente. Véase Del Valle Gálvez, “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, *op. cit.*, pp. 140-141. Lo que está en entredicho, en este contexto, son los tres hechos básicos que comprenden la inteligencia moral y que nos recuerda Nussbaum: la dignidad del ser humano como ser ético, la sociabilidad humana y las múltiples necesidades humanas. *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, *op. cit.*, pp. 273-274.

desarrollar su vida personal y social con dignidad. Podemos decir que la norma, desde su excepción, es inmanente, pretiriendo cualquier fundamentación axiológica⁷.

El *irregular* es el principal damnificado de la legislación de extranjería en nuestro país, y que hace de la topología del irregular el prototipo de un “estar dentro y estar fuera”, un “nadie”⁸. Es, como afirma Moré, el primer candidato al fracaso⁹. Su redención jurídica sólo será posible como un acto de gracia del poder¹⁰. Paradójicamente, en el peor de los casos, quienes no obtengan el “indulto”, podrán seguir transitando por ese camino del no-derecho mientras que la sociedad receptora preste su tolerancia interesada o, en el mejor de los casos, esté forzada por las circunstancias¹¹. En último término, este estado de excepción está cuestionando la humana *facultas eligendi*, el derecho a elegir el propio espacio vital, su íntima pertenencia, y no entiende de valores sino de políticas legislativas. La des-posesión del derecho a tener derechos hace del “irregular” la nueva categoría de marginado social por excelencia.

Siguiendo los parámetros metódicos de esta investigación, nos detendremos en primer lugar en las claves conceptuales sobre la dificultad de realización del vínculo de pertenencia del inmigrante, que encuentra su expresión máxima en el irregular, y que se mueve en el universo de la indefinición identitaria. Este estadio inicial nos permitirá comprender cómo esta doble desesperanza, el no ser considerado de “dentro ni de fuera”, en definitiva, el producto del desencuentro entre la huida en origen y la pérdida de

⁷ ¿Dónde queda la libertad de elección, respetar, reconocer y proteger que la persona pueda desarrollar sus propios planes de vida, la idea de fundamentación de los derechos en definitiva?

⁸ La persona del trabajador irregular se ve sometida a una gran sensación de vacío y de pérdida de apoyaturas que sostengan la débil fragilidad de su experiencia humana. Delgado Álvarez, G., “La situación de los trabajadores inmigrantes irregulares en territorio español”, en Del Valle Gálvez, A., y Acosta Sánchez, M., Á. (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Cádiz, 2005, p. 104. De hecho, cuando se utiliza, desgraciadamente con profusión, el calificativo de “ilegal” para referirse a estos trabajadores se está estigmatizando a su portador. Gascón Abellán, “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, *op. cit.*, p. 7.

⁹ Moré Martínez, *La vida en la frontera*, *op. cit.*, p. 83.

¹⁰ Precisamente porque parte de lo que Solanes Corella denomina una “infracondición jurídica”. “Integración sin derechos: de la irregularidad a la participación”, *op. cit.*, p. 12.

¹¹ Como subraya Hernández Losada, la tolerancia tiene mucho que ver con nuestra forma en particular de concebir la justicia. “La tolerancia y el futuro del liberalismo”, *op. cit.*, p. 232. Hasta el punto de que ese rechazo y aceptación que incorpora la tolerancia ha terminado por convertirse en rasgo estructural del Derecho, del actual Derecho tolerante. García Figueroa, A., “Del derecho a la tolerancia al derecho de la tolerancia”, en *Jueces para la Democracia*, nº 56, 2006, pp. 39-40.

contenido ético que se realiza en destino, está presente en la propia noción de arraigo que se maneja en sede normativa. Y es que el legislador interno se sirve de un concepto de amplias connotaciones psico-sociales desposeyéndolo de cualquier fundamento que no sea el meramente operativo para el sistema. Partiendo de esta idea, ofreceremos algunas aclaraciones conceptuales, realizaremos un estudio crítico de la legislación en la materia en el nivel de Derecho interno y finalmente se realizarán algunas aportaciones críticas en clave ética¹².

Se hará especial énfasis en la lógica conceptual que acompaña y define esta institución nuclear del Derecho de extranjería¹³. La pérdida de valor ético de la política de extranjería en materia de arraigo es una expresión de la capacidad selectiva que tiene el soberano para decidir, según las circunstancias, dónde se sitúa la línea de separación entre el mundo de la legalidad y la ilegalidad, una divisoria que es más frágil de lo que parece. El “estar dentro estando fuera” y “el estar fuera estando dentro” son indiscernibles en materia de admisión¹⁴. El arraigo no es sino una forma de exteriorizar ese espíritu, haciendo de la institución una prolongación más del criterio de admisión laboral que informa nuestro ordenamiento.

Finalizaremos el capítulo aportando algunas reflexiones sobre la expresión última de la miseria moral de la política normativa de admisión, que se sintetiza en la inexecución de dos instituciones, la expulsión y la devolución, sobre la que se estructura la política de criminalización del inmigrante. Para ello, analizaremos, tras una breve aproximación a la institución de la expulsión judicial, las múltiples paradojas que se derivan de la inexecución de la expulsión judicial, de la administrativa y de la devolución. Expondremos algunas notas en relación con la expresión contradictoria que representa para un ordenamiento que se denomina garantista la paralización de una medida sancionadora de abandono del territorio español, principalmente activada por ausencia de instrumentos

¹² La idea de arraigo, en su singularidad normativa, requiere indagar en aquellos aspectos que cualifican su ontología. Intentaremos inferir qué significado en sede especulativa puede desprenderse de esa observación empírico-normativa.

¹³ Una institución que reproduce la filosofía de la admisión: la lógica de la incorporación real al mercado de trabajo (necesidad) y el extrañamiento ante el otro (seguridad).

¹⁴ Una exclusión inclusiva, es decir, que sirve para incluir lo que es expulsado, parafraseando a Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, op. cit., p. 35.

convencionales de readmisión, pero también por las razones de arraigo como causa justificativa de la suspensión cautelar en sede judicial de la expulsión. El extranjero irregular se verá impedido durante un periodo de tiempo, más largo que corto en la mayoría de los casos, dependiente de la prescripción de la sanción, a ni siquiera poder optar a formalizar su situación legal aun cumpliendo todos los requisitos previstos para acogerse a cualquier modalidad de arraigo normativo. En definitiva, la inexecución unida a la perversa alianza entre inadmisión a trámite de la solicitud de normalización y la prescripción constituye un mecanismo de perpetuación de la situación de no-derecho de la persona. El peregrinaje por la zona de incertidumbre donde el hombre es no-hombre y la dignidad es una quimera: la permanencia forzada en la situación de clandestino¹⁵. En último término, esta postrera realidad viene a representar la idea de cierre de un sistema que, paradójicamente, “condena” a los no admitidos legales a permanecer entre los admitidos reales sin legalizar su situación.

II. LA INDIFERENCIA ÉTICA EN EL FRONTISPICIO DE LA OPCIÓN SELECTIVA

1. El ser migrante en la encrucijada del *ius migrandi* y la indefinición identitaria

El sentido actual de la noción de migración se sintetiza en torno a dos elementos que le dan su especial naturaleza: el anhelo de libertad del sujeto se acompaña de la omnipresencia del control y la coerción ejercida por las sociedades de acogida¹⁶. Libertad individual e interés de la sociedad receptora se convierten en los dos ejes constitutivos de la ontología migratoria contemporánea¹⁷.

¹⁵ Desgraciadamente, el problema no es la existencia de residentes irregulares sino, como recuerda la respuesta de la Subcomisión de extranjería del Consejo General de la Abogacía al libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales, que “el residente ilegal es desde el punto de vista social, jurídico, como sujeto de derechos, como persona, sencillamente inexistente. Tan sólo carne de expulsión”, consulta realizada el 10 de agosto de 2007], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/ResLibroVerde.pdf>, p. 2.

¹⁶ El derecho inalienable a abandonar la propia comunidad política no se corresponde con un derecho equivalente a ser aceptado en una comunidad ajena, un derecho éste último supeditado al principio de autodeterminación colectiva de la comunidad. Colom González, *Razones de identidad. Pluralismo cultural e incorporación política*, op. cit., p. 254.

¹⁷ Véase las observaciones apuntadas en el capítulo primero de este trabajo.

La noción de migración lleva implícito un *continuum* existencial y emocional del que huye sin huir y se integra sin integrarse. Con la primera parte de la proposición queremos afirmar que la huída del mundo originario es una fuga física o material. Aunque se apostate del significado espiritual de las raíces culturales, sociales y familiares de la persona, en el más profundo subconsciente del individuo nunca desaparecerá del todo el sentido de pertenencia en punto de esperanza de retorno, lo que explicaría la segunda parte de la proposición. Ese “estar en dos mundos sin estar en ninguno” es la singularidad característica del ser migrante, que le va a “condenar” a ser continuamente examinado de fidelidad por la sociedad que lo acoge. En este sentido, formulamos la siguiente hipótesis: la indefinición identitaria facilita la selectiva función del derecho de admisión de los Estados de acogida. La epistemología moral en la que se mueve este paradigma es la preservación de la exigencia del arraigo como garantía de dominio y pervivencia del particularismo de los derechos.

A las sociedades de destino les interesa concentrar en la *vis* atractiva de su contrario –el desarraigo como expresión fidedigna de la desvinculación– toda la razón de ser (al mismo tiempo tutelar y represiva) de un Derecho de extranjería pensado precisamente para afirmar la coerción de la libertad¹⁸. En este contexto, la mínima posibilidad de socialización del “sin papeles” pasa por la *preciudadanía*, un estadio por el que tiene que transitar el residente legal, con carácter general, antes de cumplir los requisitos para la adquisición de la nacionalidad española¹⁹. No obstante, ese paso previo es un presupuesto graciable que no garantiza en un futuro la recuperación de la identidad, que es negada por la sociedad receptora²⁰.

¹⁸ Mezzadra insiste en el proceso de “hibridación” y de desplazamiento cultural como caracteres del sujeto postmoderno frente a la defensa de la subjetividad personal que él postula. *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, *op. cit.*, p. 47.

¹⁹ Un proceso de socialización que no es fundamentalmente diferente del proceso de integración del inmigrante y que, en definitiva, permite la formación de individuos libres. Lapeyronnie, D., “Les deux figures de l’immigré. *Une société fragmentée?*”, en Wieviorka, M. (dir.), *Le multiculturalisme en débat*, París, 1997, pp. 256.

²⁰ Hasta tal punto llega esa negación que, hasta que no sea “naturalizado”, hasta que no ha dejado de ser él, no podemos creer en su integración. Lucas Martín, “Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración”, *op. cit.*, p. 55. Y es que, el momento jurídico y el tiempo social no suelen coincidir, como demuestra el ejemplo de la inmigración rumana (y búlgara). Izquierdo Escribano, A., y León-Alfonso, S., “La inmigración hacia dentro: argumentos sobre la necesidad de la coordinación de las políticas de inmigración en un Estado multinivel”, en *Política y Sociedad*, vol. 45, nº 1, 2008, p. 30. Al respecto, sostiene Moya Escudero, M., que “la capacidad de integración depende de las personas y no de su nacionalidad, aunque esta pueda contribuir por la lengua o las costumbres a facilitar aquella”. “Una visión de conjunto. ‘Nacionalidad, extranjería y acceso al mercado de trabajo’”, *op. cit.*, pp. 75-76; *idem*,

En primer lugar, la individualidad del migrante en general, y del irregular en particular, no puede pensarse sin reconocer la ambivalencia que condiciona su ser²¹. La decisión migratoria ha sido siempre vista con desconfianza, una categoría estigmatizada cercana a la traición²². De ese rechazo se sirven las sociedades de destino para consolidar la figura del arraigo como presupuesto por antonomasia a partir del cual decidir si se concede o no el acceso de un irregular a la comunidad²³. Toda la construcción moral del deber y la responsabilidad pierde su razón de ser cuando alguien huye de su mundo²⁴. El éxodo es una categoría explícita de un proceso de individualización del proceso migratorio, una noción que sintetiza lo mejor y lo peor de la crisis existencial y emocional del sujeto migrante como persona²⁵. No es nada extraño que, en la tradición intelectual y política, se discuta sobre migración como proceso sociológico de índole natural, sustancialmente determinado por causas demográficas o económicas; a fin de cuentas una cuestión reductible a causas objetivas sin suficiente comprensión de las razones éticas²⁶. En la “huída” del migrante, detrás de unos condicionantes materiales de vida, existe una

“Inmigración y ciudadanía de la Unión Europea”, *op. cit.*, p. 24, en prensa; en sentido análogo, Seguí, L., *España ante el desafío multicultural*, Madrid, 2002, p. 161. Incidiríamos en la afirmación de estos autores añadiendo que, desde la parte del “nosotros”, ni siquiera la adquisición de la nacionalidad española garantiza la aceptación ética y social del extranjero inmigrante por mucho que sea ciudadano desde el punto de vista jurídico. Las cifras estadísticas sobre el total de concesiones y denegaciones de la nacionalidad española por residencia desde 1990 a 2007 y por países de procedencia desde 2001 a 2007, en Blanco-Morales Limones, P., y Caballud Hernando, A., “Inmigración, integración y adquisición de la nacionalidad española”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, pp. 440.

²¹ La idea de extraño, su naturaleza unilateral y singularidad, es aducida de forma preclara en la argumentación beckiana. Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo segundo.

²² Mezzadra, *op. cit.*, p. 43.

²³ Siempre partiendo de una premisa: las identificaciones, adscripciones a algo que se pretende fijo, claro, diáfano y que denominamos *cultura x* no coinciden con la realidad casi nunca. Miquel Novajra, “La negación de la ciudadanía: movimientos migratorios y extranjería”, *op. cit.*, p. 256.

²⁴ El pensamiento crítico se detiene en la frontera de la opulencia. A la sociedad de destino no le interesa saber que “el abandono de su país de origen es una necesidad para su mismo desarrollo personal, un estado de necesidad vital que le hace buscar horizontes más esperanzadores”. Miraut Martín, “Los objetivos de las políticas de inmigración”, *op. cit.*, pp. 334 y 335.

²⁵ La decisión de emigrar a otro país es una expresión directa del libre desarrollo de la personalidad del sujeto que sólo podría negarse si se entiende que el inmigrante tiene una capacidad de decisión limitada en este punto o si se piensa que su llegada al país de acogida causa daño a terceros, *ibidem*, p. 349.

²⁶ Mezzadra contrapone la idea de subjetivación en la radiografía del proceso migratorio al automatismo material de las causas llamadas objetivas, lo que lógicamente no significa obviar esas causas, *op. cit.*, p. 45. Cfr. asimismo García Picazo, P., “Migraciones: entre la intolerancia y la utopía. Sobre la globalización de la ‘cultura de la pobreza’”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 11, 2006, recurso electrónico disponible en [http://www.reei.org/reei%2011/P.Garcia\(reei%2011\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/P.Garcia(reei%2011).pdf).

subjetiva conciencia de rebeldía del sujeto a no ser devorado por su fatal destino²⁷. Sobreponerse a ese malicioso e injusto devenir vital es una reacción de rebeldía, de lucha fratricida de la persona contra sí mismo y sus circunstancias²⁸. Por tanto, migrar más que un acto de traición es un acto íntimo de lucha por la dignidad del sujeto como ser humano²⁹. En cierto sentido, es la única emancipación posible para la persona desesperada³⁰. Nadie puede pretender tener legitimidad para que, en un instinto de supervivencia, una persona sucumba a la desolación.

2. La pérdida de valor ético de los vínculos en la sociedad receptora.

Sin embargo, el acto de manifestación de la libertad personal a decidir, un elemento fundamental del individualismo de los derechos, entra en colisión con esa “muralla defensiva” que es la representación que de la alteridad formula quien necesita de esos “otros” para salvaguardar su Estado del bienestar³¹. La percepción del inmigrante como diferente es producto de la miopía intelectual del mundo de acogida, esencialmente deudora de la herencia colonialista, cuyo ideario dicotómico reproduce³². La antigua

²⁷ “El discurso reactivo suele percibir el acto mismo de la migración como un acto voluntario, un acto de elección; mientras que el discurso proactivo interpreta el acto mismo como un acto forzado movido por la necesidad”. Zapata Barrero, “Política del discurso sobre la inmigración en España: discurso re-activo y discurso pro-activo en los debates parlamentarios” [consulta realizada el 2 de enero de 2008], *op. cit.*, p. 332.

²⁸ ¿Cómo argumentar la voluntad de no reconocer ese otro derecho elemental que es el de emigrar, cuando se huye de una pseudo-vida sujeta a la miseria y el hambre, a enfermedad y muerte de los niños, a falta de libertad? De Lucas Martín, “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, *op. cit.*, p. 8.

²⁹ El derecho a emigrar sería, según la tradición liberal (desde Locke) un derecho natural fundamental aunque imperfecto, basado en la visión de la persona humana como ser autónomo con derecho de aceptar o rechazar las precondiciones básicas del ejercicio de su libertad comunicativa, entre ellas la elección del país de residencia. Benhabib, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, *op. cit.*, p. 102.

³⁰ Si todos tenemos el derecho elemental a escoger nuestro plan de vida, forma parte de esa elección básica la libertad de movimiento. De Lucas Martín, “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, *op. cit.*, p. 43.

³¹ El migrante ha sido siempre el “otro” de la nación. Castles, *Ethnicity and globalization. From migrant worker to transnational citizen*, *op. cit.*, p. 187. Y es que, como afirmara un clásico como Mill, “el despotismo de la costumbre es en todas partes el eterno obstáculo al desenvolvimiento humano, encontrándose en incesante antagonismo con esa tendencia a conseguir algo mejor que la costumbre, denominada según las circunstancias, el espíritu de libertad o el de progreso o mejoramiento”. *Sobre la libertad*, *op. cit.*, p. 144.

³² Un interesante análisis psico-social de la percepción distinta de los inmigrantes a partir del concepto de grupo en Rodríguez Pérez, A., ...[et al.], “Los turistas nos visitan, los inmigrantes nos invaden. Un estudio de

distinción entre civilización de la metrópoli y barbarie de las colonias vuelve a adquirir sentido con la explosión migratoria, ahora de efecto inverso, que pone en entredicho la idiosincrasia de cada sociedad³³. No hay más que observar cómo, desde la perspectiva jurídica, los ciudadanos siguen siendo una categoría privilegiada y los extranjeros, especialmente los irregulares, son los “súbditos” del sistema, aquellos que sólo pueden ejercitar o realizar sus derechos mediante una exteriorización del voluntarismo o el carácter tolerante de lo público³⁴.

En el discurso y la práctica migratoria de las sociedades receptoras está presente todo el designio de indiferencia con el que, llegado el caso, es aceptado el migrante³⁵. La ambigüedad e indefinición que el término inmigrante conlleva le hace idóneo para incluir en él todo lo que la sociedad puede percibir como ajeno pero instalado en su interior³⁶. Esta tutela manifiesta la posición de inferioridad con la que es reconocido: un “bárbaro” al que hay que domesticar previa su admisión en la comunidad³⁷. De este modo, se retira

la percepción de amenaza desde el concepto de grupalidad percibida”, en *Revista de Psicología Social*, vol. 23, nº 1, 2008, pp. 41-52.

³³ En la catarsis actual, la *seidat* se desplaza en aras de un estructuralismo social, de una racionalidad medida y calculada sin atención a elementos personales, “un triunfo de la superioridad del sistema sobre el individuo” como afirma Sauquillo, “El discurso crítico de la modernidad: Michael Foucault”, *op. cit.*, p. 260. El ser individual como concepto queda “inutilizado” y con él toda la filosofía humanista heredada desde el período ilustrado. Todo el posmodernismo, como nueva filosofía, piensa las ideas desde su practicidad, “un análisis de acuerdo con las reglas de su sistema práctico de formación”, *ibidem*, p. 262. La lógica del interés público de los Estados parece haberse eco de este pensamiento, presente en toda la legislación de extranjería.

³⁴ Las actitudes sociales hacia los inmigrantes extracomunitarios es la primera expresión de esa falta de reconocimiento. Se discute el derecho a haber venido, a haber inmigrado. El prejuicio de superioridad puede tener buena culpa de ello, aparte del rol policial que imprime la legislación sobre inmigración. Un cambio de mentalidad necesario es tratar el derecho a inmigrar como un tema social y no de orden público, como recuerda Pajares Alonso, *La inmigración en España. Retos y propuestas*, *op. cit.*, pp. 205 y 217. El caso expreso de los irregulares es la última metáfora que nos pone ante los ojos las aporías de un modelo de democracia y ciudadanía que se basa en la exclusión, una categoría cuya construcción es muestra clara de las fronteras interiores de nuestras democracias. De Lucas Martín, “Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración”, *op. cit.*, p. 41. En terminología toddiana, podríamos decir que la mentalidad diferencialista *a priori* exige que el nuevo papel del hombre diferente lo represente el irregular e impone que se perpetúe la segregación de un grupo paria. *Cfr.* Todd, *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, *op. cit.*, pp. 88 y 89.

³⁵ Es la apoteosis del principio de identidad anonadante (mi ego) sobre el principio de diferencia anonadado (el no-yo) abandonado a su propio infortunio, a la indiferencia [...]. Díaz Hernández, “Problemas de convivencia en la sociedad pluralista y multicultural”, *op. cit.*, p. 201.

³⁶ De Lucas Martín, F., J., Peña Obiol, S., y Solanes Corella, Á., *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*, Valencia, 2001, p. 61.

³⁷ La calificación de “bárbaro” de los demás es la única definición posible de la barbarie. Naïr y De Lucas Martín, *El desplazamiento en el mundo: inmigración y temáticas de identidad*, *op. cit.*, p. 130. Asistimos al “renacimiento del mito del bárbaro, del buen salvaje, del que se decía otrora que no podía ser tratado como

todo protagonismo individual a una decisión tan fundamental como la de migrar en aras de la capacidad decisoria de una sociedad que repele la libertad personal con la oposición de la sempiterna seguridad colectiva³⁸. De hecho, “la identidad verdadera del inmigrante la estamos haciendo las sociedades receptoras”³⁹. La lógica de la exclusión y el pragmatismo está presente en esta batalla ganada por la seguridad interna frente al componente más personalista del *ius migrandi*⁴⁰. La lucha está descompensada⁴¹. Todos los fenómenos patológicos que en la actualidad fracturan y distorsionan la convivencia pacífica en las sociedades desarrolladas son expresión de una concepción de la estructuración identitaria que, con distintas especificidades, posee un denominador común: la exclusividad de los lazos de pertenencia comunitaria. Se ha terminado por consolidar, más bien diríamos enquistar, una lógica de la identidad negativa, de una exclusión del diferente, del extraño, del otro⁴². Como expone De Lucas Martín, estaríamos ante una lógica jurídica perversa

nosotros porque no era como nosotros”. García Amado, “¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?”, *op. cit.*, p. 244. No se trata ya de una *no igualdad* de los ciudadanos que debe ser superada, sino de una *desigualdad* de los súbditos. Los grupos considerados exteriores serán explícitamente definidos como inferiores y no como simplemente diferentes. Todd, *op. cit.*, p. 136.

³⁸ La reducción del otro a simple bárbaro, a infrahombre, a maleante por naturaleza es el producto de un nosotros arcaico, Vitale, *Ius migrandi. Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*, *op. cit.*, p. 140-141, que deprecia la conciencia crítica y autónoma del sujeto por su origen nacional. En todo caso, “el principio de libertad no puede exigir que una persona sea libre de no ser libre. No es libertad el poder de renunciar a la libertad”. Mill, *Sobre la libertad*, *op. cit.*, p. 190.

³⁹ García Fernández, R., “Inmigración e identidad”, en *Eikasia: revista de filosofía*, nº 17, 2008, p. 286.

⁴⁰ Como recuerda García Amado, “El Estado-nación se constituyó en la modernidad explotando y fomentando la diferencia del grupo frente al otro [...]”, *op. cit.*, p. 243. La expresión “exclusión” hace referencia a un proceso y una situación. Wieviorka, “Culture, société et démocratie”, *op. cit.*, p. 13. A fin de cuentas, el soberano es el punto de indiferencia entre violencia y derecho, el umbral en el que la violencia se hace derecho y el derecho se hace violencia [...]. Véase Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, *op. cit.*, pp. 47 y 86. Sin embargo, algunos autores como Castel, matizan esa lógica, subrayando que tenemos que distinguir entre dos lógicas heterogéneas, la de la discriminación oficial y la que produce los procesos de socialidad. Castel, R., “Encuadre de la exclusión”, en Karsz, S. (comp.) *La exclusión: bordeando sus fronteras. Definiciones y matices*, Barcelona, 2004, p. 68.

⁴¹ La injusticia se define muy bien en la ausencia de reciprocidad entre lo que se da y lo que se recibe, cuando la asimetría e inequidad entre los poderes y los derechos se ponen de manifiesto. Sahuí, A., “El inmigrante como ‘paria’. Arendt y la identidad política”, en *Cuadernos de Alzate, Revista vasca de la cultura y las ideas*, nº 36, 2007, p.88.

⁴² La conciencia del nosotros se construye sobre la negación del otro. Véase García Amado, *op. cit.*, pp. 238-239. En análogo sentido, Silveira Gorski, “La vida en común en sociedades multiculturales”, *op. cit.*, p. 15; Pennix y Martiniello, “Integration Processes and Policies: State of the Art and Lessons”, *op. cit.*, p. 140. La colectividad mide su potencia y su operatividad por la oposición al otro; es la idea que tan acertadamente sintetiza Canetti en su construcción metafórica de la doble masa. Véase *Masa y poder*, *op. cit.*, p. 76 y ss. O, como indica Zapata Barrero, “la identidad del inmigrante no se adquiere por nacimiento como la del ciudadano, sino que responde a una cierta expresión del fundamentalismo estatal”. “Fundamentalismo estatal de la UE en torno a la inmigración”, *op. cit.*, p. 152.

que respecto a los derechos conjuga el principio del regateo [...], una lógica jurídica que instituye una especie de carrera de obstáculos en la que además cabe la marcha atrás [...] y cuya consecuencia es la construcción del inmigrante como infrasujeto, *ergo* como infraciudadano, un *status* jurídico que se basa en la negación de los principios jurídicos más elementales [...], siendo la clave de la justificación de ese estatus de dominación/subordinación y desigualdad/discriminación, junto a esa visión instrumental, el vínculo entre heterogeneidad social del inmigrante y desigualdad ante el Derecho⁴³. En especial, el irregular está apresado en la decisión de excepción soberana de la que nos habla Agamben, alguien con el que se puede ser indiferente precisamente por ser parte constitutiva de la zona de indiferencia en la que vida natural y vida social no existen, sólo nuda vida⁴⁴.

En el espacio de lucha que se desarrolla en la frontera simbólica entre el mundo de “los sin nada” y el cosmos de la opulencia se produce la metamorfosis de la huída, que pasa de ser esperanza a frustración de libertad y que devuelve al migrante a una dura condición de “traidor” que responde, en gran medida, a los intereses del país de origen. O sea, alguien que no merece ser del “nosotros”, pero al que también se desprecia en su país de origen⁴⁵. Quien adopta una decisión de tan enorme significado vital se arriesga a ser catalogado como una persona sin pertenencia, alguien rechazado por la misma razón de su decisión⁴⁶. Vitale define esta situación existencialmente como una fuga sin meta, “cuyo

⁴³ De Lucas Martín, “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, *op. cit.*, p. 172; *idem*, “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 215.

⁴⁴ *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, *op. cit.*, pp. 108, 137-138 y 141-142. Los “margizens”, como los denomina Martiniello, no gozán más que de derechos reducidos, casi inexistentes, en la medida en que su estancia no está jurídicamente reconocida en uno de los países de la Unión. *La Europa de las migraciones. Por una política proactiva de la inmigración*, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁵ Incluso en el peor de los casos puede pagar con su vida en ese cruel intento de alcanzar la *arcadia*. El inmigrante puede ser descrito como sujeto individual situado *ante la frontera*, alguien que llama a la comunidad política en busca de nuevas oportunidades vitales; sujeto *por la frontera*, detenido ahí e inspeccionado mediante ciertas reglas para permitir o no su entrada; sujeto *antes que la frontera*, alguien más digno que la frontera misma. La tensión entre estas tres descripciones, a juicio de Del Águila Tejerina, R., retrata bien el problema principal de las teorías de la justicia relativa a los procesos migratorios. “Tolerancia, respeto y democracia ante la inmigración”, en Del Águila Tejerina, R. (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, 2005, p. 2. Más contundente se muestra Wihtol de Wenden, al afirmar que “las nuevas fronteras se construyen en el interior mismo de los Estados: europeos y no-europeos en Europa en el plano jurídico, “nosotros” y “ellos” en la cotidianidad alrededor de fidelidades reales o supuestas [...]”. *¿Hay que abrir las fronteras?*, *op. cit.*, p.36.

⁴⁶ En último término, los migrantes son los candidatos a una apatridia de facto, un doble expulsado moral y existencial, *cfr.* Vitale, *op. cit.*, p. 87 y ss.

único y provisional objetivo no puede ser otro que el de esconderse o desconocerse, adoptar una identidad doble y ambigua camuflando la propia no-identidad, hasta llegar a coincidir paradójicamente con el propio estereotipo”⁴⁷. La tragedia del inmigrante es que se convierte en extraño de identidad en ambas comunidades y se le niega, por tanto, su derecho a ser parte de la sociedad⁴⁸. Su ubicación espacial no obsta para que quede desarraigado de los lazos de unión vital con cualquier colectividad⁴⁹. Parece olvidarse que el extranjero inmigrante, como todo ser humano, “es un ser condicionado, ya que todas las cosas con las que entra en contacto se convierten de inmediato en una condición de su existencia”⁵⁰.

El espacio político y cultural en el que viven los migrantes es, por consiguiente, un espacio difuso, ampliamente fragmentario, en esencia diaspórico⁵¹. La incompreensión del migrante es categórica en los dos polos del proceso, situando a la persona en una encrucijada de despersonalización y desafiliación⁵². Estaríamos ante un sujeto alienado y sin pertenencia, aunque el discurso oficial hable de identidades múltiples y de la defensa de los derechos humanos como categoría universal⁵³. En la conciencia doméstica subyace

⁴⁷ *Ibidem*, p. 101.

⁴⁸ De tal modo, el espacio público se rodea del muro infranqueable encabezado por ese gran rótulo que dice “derecho estricto de admisión”, Zapata Barrero, *Multiculturalidad e inmigración*, *op. cit.*, p. 39. Un espacio que no se podrá traspasar si no se hace previa renuncia expresa de toda huida de la indefinición identitaria. Como advierte Bauböck, obligar a los emigrantes a escoger entre una de sus pertenencias puede impedir sus perspectivas de realizar sus aspiraciones de vida. Bauböck, “Lealtades rivales e inclusión democrática en contextos migratorios”, *op. cit.*, 45.

⁴⁹ Su destino fatal es ser una persona sin circunstancia pertenencial y, por ende, sin identidad precisa. Estas víctimas del proceso globalizador se aferran a cualquier mínima posibilidad de escape de las agitaciones económicas, sociales y políticas en las que se insertan. Su *telos* existencial es la simple subsistencia. El exilio del siglo XXI está marcado en una zona de indiferencia entre lo externo y lo interno, entre la exclusión y la inclusión. Agamben, “Política del exilio”, *op. cit.*, p. 88.

⁵⁰ Arendt, *La condición humana*, *op. cit.*, p. 23.

⁵¹ Un lugar en donde el migrante puede ser perfectamente un *wargus*, hombre lobo, un *Friedlos*, “sin paz”, ese *banido* de ascendencia medieval, que habita paradójicamente en los mundos del animal y el hombre, la *phýsis* y el *nómos*, la exclusión y la exclusión, sin pertenecer a ninguno de ellos. Véase Agamben, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, *op. cit.*, pp. 135-137.

⁵² De hecho, en terminología de Zapata, “la retórica populista o *ciudadanismo* expresa una apelación constante a la ciudadanía, en contraposición a los que no son ciudadanos (los inmigrantes) [...] una retórica que esencializa su interés hasta el punto de convertirlo en única fuente de legitimidad”. Zapata Barrero, “La retórica de la ciudadanía y la inmigración”, pp. 32-33.

⁵³ No puede dejar de recordarse que los derechos humanos son “la formulación jurídica del reconocimiento de valores objetivos, propios de todo ser humano”. Villoro Toranzo, L., “Multiculturalismo y Derecho”, en Krotz, E. (edit.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona,

una diferenciación acentuada cuando se trata de los inmigrantes, “todos somos diferentes, pero ellos más”, podría ser su eslogan, sin olvidar que muchas diferencias que se ensalzan son aquellas que paradójicamente no existen, pero que son apreciadas por la población: los prejuicios⁵⁴. Nos escandalizamos de la vulneración flagrante de los derechos y de la ausencia de democracia en civilizaciones que situamos en el mundo del subdesarrollo, y adoptamos una postura hierática ante la perversión de los derechos de los extranjeros en nuestro sistema. En el plano jurídico, la profundización en el rigorismo de los criterios administrativos de acceso (autorizaciones, visados, etc.) viene a corroborar la fisura alevosa en la tensión existencial en la que se mueve la categoría de migrante y que tiene su punto de apoyo en el distinto grado de realización de la libertad de circulación y residencia.

El estigma que acompaña al extranjero y que lo diferencia del nacional es su origen, una procedencia que desempeña el rol sobre el que se articula su *otredad*. Ahora bien, el problema es que no existe una imagen uniforme y unívoca del otro, por cuanto resultaría un ejercicio retórico y simplista reducirlo a toda persona que es de origen no nacional español, centrándonos en nuestro caso. En efecto, todos sabemos que un hombre de negocios norteamericano o un investigador alemán, por poner sólo dos ejemplos significativos, serán “otros” formalmente pero no tendrán la imagen simbólica de miserabilidad e inferioridad con las que se cataloga al “otro” migrante desesperado del sur⁵⁵. Esta argumentación viene a confirmar que la noción de otro es relativa por contextual⁵⁶. Además, es un rol que acompañará a su titular en su largo apostolado de pertenencia sincera en destino⁵⁷.

2002, p. 220; “un ideal regulativo ético y jurídico prepositivo”, Fernández, E., *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, 2003, p. 25; en otras palabras, “los derechos humanos son concebidos como los requerimientos morales más fuertes que se dan en el discurso moral [...]”. Laporta, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, nº 4, 1987, p. 41.

⁵⁴ Pajares Alonso, *La inmigración en España. Retos y propuestas*, *op. cit.*, p. 50. En fondo, somos pluralistas pero particularistas.

⁵⁵ Esta honda postergación, que traspasa lo empírico, está resultando altamente costosa en términos de “paz social” para las sociedades de acogida. Piénsese por ejemplo en la “revuelta” acaecida a final de 2005 en Clichy-sous-Bois, barrio periférico de París. Como afirma De Lucas Martín, el inmigrante arrastra el estigma de haber nacido mal, a destiempo, en el lado malo de la geografía. “Ciudadanía: la jaula de hierro para la integración de los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 223.

⁵⁶ En el tiempo presente concentrada en la imagen del migrante que procede de países subdesarrollados y especialmente en los clandestinos. Muy distinto es el carácter de la migración procedente de los países comunitarios; véase el artículo de González Enríquez, C., *Los otros inmigrantes: los europeos comunitarios de países ricos*, 7 de agosto de 2008 [consulta realizada el 22 de octubre de 2008], disponible en la web del

Como adelantamos en el capítulo segundo, el inmigrante en general, y el “sin papeles” en particular, ha sido estigmatizado con el rol de auténtico “enemigo” de nuestro tiempo, un ser que ha sido aniquilado moralmente, desposeído de su dignidad y el respeto a su persona⁵⁸. ¿Dónde queda el derecho a la existencia moral de la persona? La idea de exclusión alcanza su cenit en la representación social interesada de un nuevo enemigo en las sociedades opulentas del tercer milenio⁵⁹. Quien no es admitido o invitado a formar parte de la comunidad es calificado como la gran amenaza al sistema⁶⁰. En el fondo, el “nosotros”, *a fortiori* prisionero de su contradictoria mismidad, se sirve de todas las oposiciones que puedan debilitar la presencia existencial del migrante para reafirmar su autoctonía identitaria⁶¹.

Real Instituto Elcano www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/Elcano_es/Zonas_es/DT37-2008.

⁵⁷ El marco natural del prejuicio es el proceso de categorización social, entendido como una característica humana básica de la que nos servimos para diferenciar, clasificar, poner orden y simplificar los objetos y personas que forman parte de la realidad que nos rodea, siendo los estereotipos ese conjunto de etiquetas simples y cómodas de las que nos valemos sobre todo para establecer diferencias (diferenciación en categorías) entre las personas que pertenecen a determinados grupos. Corte, L., y Blanco, A., “Conflictos intergrupales y prejuicios étnicos en las sociedades receptoras de inmigrantes”, en Del Águila Tejerina, R. (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, op. cit., p. 308.

⁵⁸ El problema no es la convivencia sino el rechazo, no la variedad sino la fobia hacia lo extraño. Lamo de Espinosa, E., “Fronteras culturales”, en Lamo de Espinosa, E. (edit.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, 1995, p. 29.

⁵⁹ Como afirma Castles, la exclusión social y la exclusión étnica están vinculadas en caminos complejos. *Ethnicity and globalization. From migrant worker to transnational citizen*, op. cit., p. 188. La gran paradoja de la modernidad reciente es que el reconocimiento universal se da la mano con la exclusión sistemática de la ciudadanía a inmigrantes, ilegales, etc. Mardones, “El multiculturalismo como factor de modernidad social”, op. cit., p. 40. Desde el punto de vista social, la exclusión genera la construcción empírica de la dualidad social. Sasser, M., “La exclusión no existe, yo la encontré”, en Karsz, S. (comp.) *La exclusión: bordeando sus fronteras. Definiciones y matices*, Barcelona, 2004, p. 92.

⁶⁰ Ante esa amenaza imaginada se impone el “fortalecimiento del vínculo social como fundamento de la exclusión”. Carrió Sampedro, “La ciudadanía como fundamento del resurgimiento de una sociedad de clases”, op. cit., p. 224. Como expuso Wieviorka, M., la impotencia o el miedo, por un lado, y la expansión, la dominación, por otro, aparecen como las dos orientaciones del racismo identitario. *El espacio del racismo*, Barcelona, 1992, pp. 245-246. Lamo de Espinosa matiza esta afirmación, al puntualizar que el racismo emergente está más provocado por temores o inseguridades propias que por miedo al otro. Lamo de Espinosa, op. cit., p. 51.

⁶¹ Noción que es, asimismo, ambigua y polivalente en sociedades plurales en sus identificaciones nacionales como la española. Vallespín Oña, F., insiste en que todo grupo se dota de toda una serie de “marcadores de frontera” dirigidos a resaltar su *diferencia* con relación a los otros. “Inmigración y derechos: un enfoque liberal”, en Del Águila Tejerina, R. (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, 2005, p. 116. Por su parte, Pietro Barcellona insiste en la no resolución del llamado por él “vínculo social” para referirse a estos fenómenos de degeneración de la identidad. Véase “El vaciamiento del sujeto y el regreso del racismo”, op. cit., p. 113 y ss.; *idem*, *Postmodernidad y comunidad. El regreso del vínculo social*, Madrid, 1992, p. 81.

El inmigrante regular está excluido de la ciudadanía jurídica, pero sin embargo se le tolera mientras sea útil para la sociedad que lo acoge. Pues bien, a esa exclusión el “sin papeles” añade la condición de ser objeto de la deriva “penal” subyacente en la legislación de extranjería, alguien a quien se puede privar de libertad aún no siendo un criminal y que siempre tendrá presente que puede ser objeto de un proceso de expulsión del territorio⁶². En el discurso mediático sobre la inmigración irregular, el *otro* pierde su personalidad individual pasando a formar parte de una alteridad *homogeneizante*, ya que su identidad se define a partir de una cosa de objeto físico determinado: los papeles⁶³.

La realización de los derechos de los irregulares pierde todo su sentido práctico por efecto de la siempre presente necesidad de ocultación de su condición, sin que puedan redimirse fácilmente mediante la socialidad y la comprensión de sus semejantes (simplemente no los tienen)⁶⁴. Estos marginados del escasamente controvertido orden global difícilmente podrán responder a la clásica pregunta ¿De dónde eres?⁶⁵ Algo que para cualquier persona sería de fácil respuesta, para ellos se torna una respuesta vacía e insalvable. Su “no ser conscientes de dónde eres”⁶⁶ es “un no tener un sentimiento de pertenencia excepto como individuos a los que se ha agregado por un destino común como víctimas de fuerzas más allá de su control o responsabilidad”⁶⁷. Efectivamente, lo único que une a estas personas es el escaso legado de la conciencia de compartir la deriva de la

⁶² Si la dignidad es “algo superior al simple respeto, es decir, la consideración de la persona como fin en sí mismo” como recuerda Megías Quirós, “Dignidad, universalidad y derechos humanos”, *op. cit.*, p. 257, ¿cómo se compatibiliza la dignidad con la compulsión a la que se somete al extranjero en situación irregular?

⁶³ Casero Ripollés, “Discurso mediático, inmigración e ilegalidad: legitimar la exclusión a través de la noticia”, *op. cit.*, pp. 74 y 85.

⁶⁴ Su alteridad es absoluta, crónica e irrevocable. Bergalli, R., ...[et al.], “Extranjería. Existencias criminalizadas”, *op. cit.*, p. 42.

⁶⁵ La cuestión ¿de dónde eres? interroga a la pertenencia y asume una fundamental alteridad, no ser de aquí y que para el inmigrante implicará preguntarse en el fondo cuándo regresará. Raj, D., S., “*Where Are You From?: Middle Class Migrants in the Modern World*”, University of California, 2003 [consulta realizada el 4 de abril de 2007], recurso electrónico disponible en www.ugr.es, p. 200.

⁶⁶ Expresión de Hobsbawm que Davidson enuncia como traducción del *heimatlos*, término que el autor australiano utiliza de forma análoga a paria. Davidson, “Ciudadanía y migración, ¿derechos para aquellos sin pertenencia?”, *op. cit.*, p. 40.

⁶⁷ Davidson, *loc. cit.*

globalidad, de las desigualdades entre zonas del mundo, la no participación en la distribución de los recursos, la arbitrariedad y el rechazo a su condición⁶⁸.

Sintomáticamente, el paisaje étnico y racial es preponderante en la vorágine migratoria⁶⁹. En la figura de “paria” se ha condensado el sentimiento de desarraigo, un creciente déficit de *socialización*, un no saber dónde está el espacio vital de uno⁷⁰. La citada noción sintetiza la antítesis del humanismo moral kantiano⁷¹. El paradigma epistémico de la sociedad moderna desde tiempos de la Ilustración, el ser con autonomía, capacidad de autogobernarse, de decidir en libertad el destino de su vida, se restringe y coarta en el mundo global⁷². La frontera simbólica que separa a los “legales” de los que carecen de derechos adquiere importancia y dramatismo porque, dentro de una sociedad que no duda en calificar su sistema jurídico como el más garantista, el que ha entrado de forma ilegal en territorio nacional es obligado a permanecer en un estado de servidumbre

⁶⁸ Las conexiones entre sociedad y cultura, tanto como el entendimiento de las dos dimensiones, la local y la global de la comunidad, ayuda a explicar cómo el inmigrante puede operar entre dos mundos. Brettell, C., B., “Theorizing migration in Anthropology. The social construction of networks, identities, communities and globalscapes”, en Brettell, C., B., y Hollifield, J., F. (edit.), *Migration Theory, Talking across disciplines*, Nueva York, Londres, 2000, p. 118.

⁶⁹ El principio que une a la asimilación y a la exclusión es que la inmigración no debe introducir ningún cambio significativo en la sociedad receptora. Castles, “Globalización y transnacionalismo. Implicaciones para la incorporación de inmigrantes y para la ciudadanía”, *op. cit.*, p. 29. Precisamente porque la inmovilidad social se nutre de una interesada diferencia, el “acto primordial de racismo en nuestros días, pasa por negarles a las personas calificadas como diferentes, la posibilidad de pasar desapercibidas [...]”. Bergalli, R., ...[et al.], ¿Criminalización de los inmigrantes?”, en *Actas de las Jornadas del Graduat en Criminología i Política Criminal, 2000 y 2001*, Barcelona, 2003, p. 222.

⁷⁰ Castles y Davidson, *Citizenship and migration. Globalization and the politics of belonging*, *op. cit.*, p. 159. En sentido análogo, Zamora, “Inmigración, ciudadanía y multiculturalidad”, *op. cit.*, p. 203 y ss.

⁷¹ Su significado semántico atiende al excluido, el que no merece ni trato por ser considerado inferior a los demás. Por el perfil marginal del paria, podemos incluir en esa acepción la locución análoga de “*meteco*” que, empleada por Walzer, *Las esferas de la justicia*, *op. cit.*, p. 65 y ss., es traída a colación por Kymlicka y Norman para definir a los grupos inmigrantes sin posibilidades de acceder a la ciudadanía. “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts”, en Kymlicka, W., y Norman, W. (edit.), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford, 2000, p. 21. Como pone de relieve Vitale, “en la raíces de lo que parece ser la perpetua e ineluctable génesis del paria [...] se halla una perversa, ancestral y casi universalmente extendida voluntad de desconocimiento del ser humano como tal [...] que es donde se manifiesta la contradicción entre teoría y práctica del universalismo de los derechos”. Vitale, *op. cit.*, p. 80.

⁷² Cuando un inmigrante llega, su espacio de acción se ve inmediatamente circunscrito por la estructura básica institucional del país, la región y la ciudad donde se instala, careciendo de los bienes que las instituciones distribuyen a sus ciudadanos. Zapata Barrero, “¿Existe una cultura de la acomodación en España? Inmigración y procesos de cambio en España a partir del 2000”, *op. cit.*, p. 14.

personal y social⁷³. Los Estados–nación del primer mundo repelen cualquier acusación de limitación de libertades cuando a sus nacionales se refiere, pero no dudan en negar a los demás la condición fundamental del ser moral: su capacidad de decidir su propia autorrealización⁷⁴.

Recapitulando, el “irregular” es el objeto perfecto para el ensañamiento de un Derecho de naturaleza represiva como el de extranjería, alguien con el que no puede haber contemplación porque, si no se le convierte en chivo expiatorio de los males de la sociedad y se le castiga, pondrá en riesgo el orden de opulencia de una sociedad ensimismada⁷⁵. ¿Qué Derecho que se autoproclame protector y garante de los derechos de las personas, que facilite el ejercicio de la libertad personal para decidir su opción de vida, puede permitir que algunos seres humanos sean considerados súbditos? ¿Estamos ante la deconstrucción del modelo de cultura jurídica elaborado hace más de dos siglos? La respuesta no puede ser muy optimista. En este sentido, apuntamos la hipótesis de que el irregular sintetiza esa figura del Derecho romano arcaico, recuperada por Agamben, para legitimar el poder, que es el *homo sacer* y que se incluye en el orden jurídico únicamente bajo la forma de su exclusión⁷⁶.

⁷³ Para los inmigrantes, la discriminación se hace más intensa si además de estar obligados a abandonar su país de origen no encuentran en el país de acogida una situación que les permita satisfacer sus necesidades adecuadamente. Miraut Martín, “Los objetivos de las políticas de inmigración”, *op. cit.*, p. 335.

⁷⁴ Aunque los criterios de delimitación para pertenecer al demos han variado históricamente, su conceptualización siempre fue construida históricamente en términos excluyentes, trazando pues una profunda línea divisoria con los que permanecían fuera “los otros”, que quedaban en una situación moral, sociopolítica y normativa de inferioridad, *cfr.* Zapata Barrero, *Multiculturalidad e inmigración*, *op. cit.*, pp. 7-12. Se niega al extraño el “derecho a tener derechos”, tal y como lo formuló Arendt, un derecho proclamativo metafísicamente, pero que adquiere su plena materialización en el reconocimiento de la condición de miembro de una sociedad, derecho que impone un deber moral paralelo formulado de forma evocadora del imperativo moral kantiano: la protección y el respeto al otro; en definitiva, un derecho a ser tratado por los demás en concordancia con ciertos estándares de dignidad y valor humano. Benhabib, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, *op. cit.*, pp. 50-53. Un derecho que, como se encarga de recordar La Torre, M., no sólo moralmente sino también conceptualmente es anterior a los derechos políticos y a la ciudadanía. “La ciudadanía, una apuesta europea”, en Prieto Sanchís, L. (coord.), *Tolerancia y minorías: problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Cuenca, 1996, p. 117.

⁷⁵ El inmigrante en situación de no regularidad administrativa aparece condenado a una situación de sujeto paciente jurídico. Ibarra Robles y Esnaola Hernández, “Ciudadanía europea frente a la ciudadanía comunitaria”, *op. cit.*, p.106.

⁷⁶ Un *homo sacer* a quien cualquiera puede dar muerte [entiéndase en sentido figurado] pero que es a la vez insacristable, es nuda vida, *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, *op. cit.*, p. 18. El entrecorchetado es nuestro.

La presencia de estas personas dentro del hábitat del *nosotros*, como refleja nuestra legislación de extranjería, sólo será admitida como una concesión de quienes se arrojan la potestad de representar a la especie comunitaria⁷⁷. Todo ello en el lugar en el que la excepción soberana se hace indiscernible de la norma, donde lo lícito e ilícito se confunde⁷⁸. La ingente masa de inmigrantes en situación irregular es “condenada” a permanecer en la clandestinidad para ir consolidando una permanencia invisible que, paradójicamente, le puede abrir las puertas a los derechos si obtiene una autorización de residencia y trabajo. Alguien que, en caso de ser admitido legalmente, lo será con reservas y que además tendrá que transitar por el purgatorio de la no-admisión ética a muy largo plazo. El epíteto de “converso” que acompaña a la condición del trabajador inmigrante extranjero, es algo más que una realidad semántica⁷⁹. Su significado trasciende el plano jurídico para situar a la persona en la excepción del ignorado. La indiferencia hacia el diferente se extracta en la no posesión de crédito de visibilidad pública, ni de vínculo originario reconocido, una calidad de vida ínfima, etc.⁸⁰ ¿Cómo se sintetizan estas ideas en la legislación de extranjería española?, ¿qué papel desempeña el arraigo como factor de inclusión de los que se postulan a legales? En las páginas que siguen introducimos posibles respuestas a estas y otras preguntas al hilo de las reflexiones jurídico-normativas que se infieren de la comprobación empírica.

⁷⁷ Una gracia que tiene como función recordar que “los principales instrumentos de la política inmigratoria propician estigmatizar, instrumentalizar y extranjerizar al inmigrante, negándole la posibilidad de ser inmigrante de verdad, esto es, libre en su proyecto migratorio [...]”. De Lucas Martín, “Ciudadanía: la jaula de hierro para la integración de los inmigrantes”, *op. cit.*, p. 217.

⁷⁸ El imperio de la discrecionalidad de los Estados en la materia de irregularidad es tributario de la carencia de regulación específica en Derecho internacional general. Del Valle Gálvez, “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, *op. cit.*, p. 142.

⁷⁹ En efecto, toda la lógica selectiva persigue un reconocimiento a medida, parcial y por etapas, con el objeto de que el extraño no abandone su condición de “otro” y adquiera su plena dignidad a voluntad de la sociedad que lo acoge. No obstante, afirmaciones como que los derechos humanos se han convertido en herramientas que legitiman la dominación, una estrategia discursiva y funcional (De Lucas Martín, “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, *op. cit.*, p. 22) aún siendo parte de un excelente análisis discursivo, nos parece que tienen que ser matizadas y puestas en contradicción con la realidad jurídica. Desde nuestro punto de vista, no se puede afirmar rotundamente que los derechos humanos sean *per se* instrumentos de dominación, sino más bien que la legislación de extranjería establece mecanismos que dificultan la plena realización de esos derechos, que es otra cosa bien distinta.

⁸⁰ Como pone de manifiesto Gutiérrez Gutiérrez, su desamparo no concierne a los ciudadanos porque no puede nunca afectarles. “Constitución española, derechos de los extranjeros”, *op. cit.*, p. 21.

III. LA CARENCIA ÉTICA DE LA POLÍTICA NORMATIVA EN MATERIA DE ARRAIGO

1. La inestabilidad del concepto de arraigo

Todos hemos oído hablar en alguna ocasión de términos que incitan a una profusa utilización en el lenguaje ordinario sin una inequívoca traducción en los campos especializados de conocimiento, expresiones semánticas que pervierten el plausible entendimiento que de los mismos puede elaborarse en el ámbito de las ciencias sociales, de los que se aboga como política y socialmente correctos, pero cuyo significado preciso nadie conoce. El arraigo es uno de estos términos que, por su simbolismo social, es una expresión reiteradamente invocada por políticos para resaltar el impacto mediático de una de las vertientes del fenómeno social que acucia a nuestras sociedades: la inmigración.

De esta manera, se suele argumentar, sobre todo a escala de la opinión pública, que en la sociedad de inmigrantes de principios de milenio hay dos categorías de personas estrechamente asociadas a modelos culturales diferentes: los nacionales⁸¹, de los que no se duda su pertenencia a la comunidad, y el resto –los extranjeros, especialmente los “sin papeles”– a los que se ve como extraños, como hemos indicado. Esta dicotomía es reconducida inmediatamente a la presunción maniquea de que los “que vienen de fuera” no aportan un patrón cultural de respeto por los valores y los derechos de la persona similar al menos al europeo, por el hecho de que su cultura puede estar mediatizada por costumbres y tradiciones ajenas al modelo cultural occidental y fuertemente impregnadas de elementos teológicos y rituales. ¿En qué medida puede desarrollar una persona comportamientos y actitudes de incorporación cuando el ordenamiento interno adopta un patrón policial ante él?⁸²

En este contexto, la utilización del término arraigo no viene sino a corroborar una significación nada democrática y solidaria del mundo occidental europeo, que incide en la

⁸¹ A los que se han asimilado los nacionales de países de la Unión, asimilados y familiares a efectos de libre circulación y residencia. Nos remitimos a lo expuesto en el capítulo segundo de este trabajo.

⁸² Afirma Fraser, N., que “cuando las cuestiones de justicia se configuran de forma que algunos quedan excluidos de toda consideración, la consecuencia es un tipo especial de meta-justicia, en la que a alguien se le niega la posibilidad de ejercer reivindicaciones primordiales de justicia en una comunidad política dada”. “Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, IVR, 2005, p. 74.

profundización de las diferencias nacionales y territoriales implícitas en la socialidad moderna, para advertir que las raíces de la persona requieren de un proceso de adaptación⁸³. Así, el arraigo aparece como un *iter* temporal y social, un proceso en continua creación y variabilidad, para convertirse finalmente en prueba irrefutable para el acceso a la comunidad nacional⁸⁴. Normalmente, este uso asimila el arraigo en términos de incorporación como si fueran nociones sinónimas o equivalentes⁸⁵. Seguidamente introducimos unas puntualizaciones a nociones que, no sin frecuencia, se utilizan de forma indistinta, y cuyo desviado uso puede introducir más confusión que aclaración en un discurso sobre la funcionalidad del arraigo en materia de derechos de los extranjeros⁸⁶.

⁸³ Incluso se realizan, a nivel interno, propuestas de suscripción de un “contrato de integración” que incluya el respeto de las costumbres nacionales (véase *infra* nota a pie 94). Una aproximación al contrato de integración en otros países en Guiraudon, V., “Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea”, en *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 43, 2008 [consulta realizada el 15 de agosto de 2008], recurso electrónico disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/resources/file/ebe3bd0734beef8/ARI43-2008_Guiraudon_contrato_integracion.pdf?MOD=AJPERES&attachment=true. Un comentario a la propuesta de contrato de integración que se discutió en la pasada campaña electoral española de principios de 2008 en Sagarra i Trías, E., “El contrato de integración individual con los inmigrantes: ¿es una medida electoral o es un negocio jurídico?”, 18 de febrero de 2008, recurso electrónico disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/CONTRATOINTEGRACION.pdf>. La imposición de un “contrato de integración” por el que abogan países como Francia, y que en España no está mal visto, es un alegato a la perpetuación de la arbitrariedad de la lógica de la selección de inmigrantes. Véase el artículo de opinión de Naïr, S., “Europa se blindo ante los inmigrantes”, publicado en el diario El País de 18 de junio de 2008. Mientras, el Gobierno español, en su errático discurso, pretende tranquilizarnos alegando que Francia ha retirado su propuesta de contrato de integración a incluir en el Pacto sobre la inmigración en la UE. Noticia disponible en www.elpais.com de fecha 13 de junio de 2008 [consulta realizada el 20 de junio de 2008]. Al respecto resulta interesante el artículo de Jault-Seseke, F., “La loi nº 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l’immigration, à l’intégration et à l’asile. Vers une nouvelle conception de l’intégration”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, nº. 1 (enero-marzo 2008) pp. 5-34.

⁸⁴ Esa noción ha sido utilizada como base de la defensa de la regularización de inmigrantes que, por sus lazos estrechos con el país, hace necesario dotar de legalidad a su situación fáctica. Ruiz Legazpi, A., *El arraigo familiar en España*, 2004 [consulta realizada el 16 de junio de 2006] disponible en http://www.pcb.ub.es/idp/cat/2_recerca/immig/pdf/tj_ruiz.pdf.

⁸⁵ Desde una perspectiva *psicosocial*, algunos autores como Bajo Santos –obviando el término arraigo– distinguen dos conceptos; por una parte, el de *adaptación*, no tanto como etapa o meta intermedia en el camino hacia la integración, sino como el concepto más adecuado para expresar la situación, las actitudes, los deseos y las vivencias del inmigrante; por otra parte, el concepto de *integración* resultaría más apropiado para expresar el punto de vista de los miembros e instituciones de la sociedad receptora. Bajo Santos, R., “Conceptos y teorías sobre la inmigración”, en *Anuario jurídico y económico escorialense*, nº 40, 2007, p. 836. En sentido análogo, Zapata Barrero, Z., considera que el término “integración” es más normativo y el de “acomodación” más descriptivo. *El turno de los inmigrantes: esferas de justicia y política de acomodación*, Madrid, 2002, p. 75.

⁸⁶ Y es que el concepto de arraigo resulta esencial para responder a la estructural irregularidad que produce cualquier ley de extranjería en las circunstancias actuales. Aparicio Wilhemi, “Los derechos sociales de las personas inmigradas en España”, *op. cit.*, p. 66.

La noción de arraigo es un concepto polisémico, controvertido y nada determinado, además de estar en permanente evolución interpretativa. Cuando se habla de sus posibles acepciones no suele adoptarse la precaución de que estamos ante una noción con múltiples matices. Es habitual referirse al aspecto más literal del término: consolidar una situación personal y social en una determinada comunidad⁸⁷. Según el diccionario de la Real Academia Española el sentido etimológico de esta noción va íntimamente relacionado con la acción y efecto de arraigar (procede de la raíz latina *ad*, a, y *radicāre*). El dinamismo implícito en las unívocas definiciones etimológicas “echar o criar raíces” “dicho de un afecto, de una virtud, de un vicio, de un uso o de una costumbre: hacerse muy firme”, “establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas, fijar firmemente algo”, por citar las más significativas, nos advierte de la presencia de dos elementos que caracterizan la naturaleza de lo que podemos concebir como arraigo. Por una parte, el componente objetivo o material, de índole puramente empírica –la permanencia no provisional sino estable o dilatada en un determinado territorio– y por otra, el subjetivo o voluntarista, el más complejo pero el que sistematiza el significado de esta noción, ya que el arraigo implica establecer vínculos con otras personas, en definitiva compartir un proyecto de vida⁸⁸.

No obstante, no debemos preterir que la trascendencia del sentido y alcance de esta idea regulativa va más allá del establecimiento de unos vínculos o lazos de unión con otros. El significado volitivo de participación en la comunidad requiere preguntarse si este planteamiento significa la admisión de que se comparte un modelo de derechos, una perspectiva ética común o sólo estamos argumentando una inserción aséptica que todo el que ejerce la acción de arraigo puede realizar sin atender a las reglas de comportamiento de la colectividad que lo acoge. Estamos pues ante un juego de ventajas y contrapesos que

⁸⁷ Vemos pues aparecer en esta definición los dos elementos principales que forman parte intrínseca de la naturaleza humana. Sociedad e individuo son pares conceptuales no exentos de dificultad discursiva, pero en ningún caso han de ser discernidos como dicotómicos, sino como nociones complejas, pero interrelacionadas e interdependientes, Capella Hernández, J., R., “Las raíces culturales comunitarias”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, 2000, p. 66. Como recuerda López Calera, el debate sobre la problematicidad y dialéctica de la individualidad y la socialidad es una de las controversias vertebrales de la filosofía política que siguen irresueltas, a pesar de la prolija tradición histórica y filosófica al respecto. López Calera, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, 2000, pp. 155-156.

⁸⁸ Situación fáctica en la que incide Franco Pérez, A., F., “Inmigración y extranjería. Las alternativas de regularización de los extranjeros en España”, en Presno Linera, M., Á. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, 2004, p. 221.

va a circundar todo el proceso de la identidad de una persona⁸⁹. La inserción en la masa que representa el colectivo social da seguridad y confianza al candidato a “echar raíces”, a cambio de una cierta renuncia a su anterior pertenencia⁹⁰. El problema se plantea cuando a la persona se le obliga a renunciar a sus raíces anteriores a cambio de no admitirlo plenamente en la comunidad de acogida⁹¹.

Siendo conscientes de la compleja y nada pacífica tarea de dar una posible definición, podrían atenderse tres elementos principales: a) una permanencia estable y continuada en un territorio; b) la presunción de lazos sociales y familiares en ese territorio y c) la efectiva incorporación al mercado de trabajo. Así, podría conceptuarse como la “situación que deviene de la permanencia continuada en el territorio español durante un tiempo determinado, de una oferta de empleo viable que demuestre la real y efectiva incorporación a su mercado de trabajo, o de los lazos familiares estrechados con extranjeros residentes en España o con los propios nacionales”⁹². En la definición indicada, el elemento subjetivo no está presente. La convivencia está expresamente tasada en los distintos vínculos familiares que se ostenten.

En estas consideraciones previas, no podríamos pasar por alto una noción interrelacionada con el arraigo en clave pertenencial pero con un ámbito de significación propia: la *incorporación*⁹³. Siendo conscientes de que se trata de dos conceptos cuyo proceso de definición no es nada pacífico, podemos advertir una diferenciación de matiz entre los mismos. La incorporación es un proceso que puede abarcar distintas formas de

⁸⁹ El concepto de identidad remite a una estructura de lealtades afectivas y racionales (no exentas de violencias materiales y simbólicas) que se ponen en funcionamiento con unas reglas muy particulares. Castilla Vallejo, *Hacia un multiculturalismo de la complejidad*, *op. cit.*, p. 38. O, como subrayan Naïr y De Lucas Martín, “La identidad es la relación tensional entre el Yo y el Otro, entre el sujeto y el objeto, como resultado de la conminación de adaptabilidad formulada por la sociedad global”. *El desplazamiento en el mundo: inmigración y temáticas de identidad*, *op. cit.*, p. 263.

⁹⁰ Véase la precisa disección del concepto de masa que, en términos antropológico-sociales, realiza Canetti en su obra *Masa y poder*, *op. cit.*, p. 7 y ss.

⁹¹ Advierte Rubio Marín, R., al respecto que “la realidad del arraigo de los inmigrantes debe constituir un hecho dotado de relevancia moral autónoma”, “El reto democrático de la inmigración ilegal (A la luz del debate actual en España)”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 36, 2002, p. 184.

⁹² Definición recogida en www.conpapeles.com/termino-Arraigo_34.php [consulta realizada el 12 de enero de 2007].

⁹³ Preferimos este término a otros como integración, inclusión, etc., que, desde nuestro punto de vista, vienen a institucionalizar la representación de la idea de superioridad de la comunidad de destino.

arraigo (social, cultural, lingüístico, etc.)⁹⁴. Mientras, el arraigo adquiere una sustantividad propia, un estadio de consolidación en la identidad social y personal del sujeto⁹⁵. En la actualidad, cuando habitualmente se menciona la expresión “arraigo”, se alude a las políticas de inserción o incorporación social de inmigrantes, a la tensión existente entre modelos de convivencia, la diferencia cultural, etc.⁹⁶ Sin embargo, la realidad sociológica, en la que lo fundamental es el componente institucional de desarrollo identitario –el clásico dilema mono y multiculturalismo– estará siempre abierta a debate y sin expectativas plausibles de finalización a corto o medio plazo⁹⁷. Además, en el contexto actual, se ponen en entredicho las prácticas multiculturalistas por su ineficacia para la adquisición de un auténtico sentimiento de arraigo por parte de muchos nacionales, no ya de origen no comunitario, sino también comunitarios sencillamente porque la ciudadanía

⁹⁴ La integración es un concepto funcional, dimensión social del ordenamiento de extranjería y requisito para la adquisición de la nacionalidad por residencia. Esteban de la Rosa, “Inmigración y Derecho de extranjería”, *op. cit.*, pp. 51-52. Torres Pérez, F., lo define como el “buen” proceso de inserción social de los inmigrantes, que no comporte ni la asimilación forzada, ni la marginación y exclusión de los inmigrantes, una contrapartida que se modula en función de la “buena inmigración”, aquella que está dentro de los límites de nuestra capacidad de recepción. “La integración de los inmigrantes y algunos de los desafíos que nos plantea”, en De Lucas Martín, F., J., y Torres Pérez, F. (edit.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, 2002, pp. 49-50. Para Giménez Blanco, es más justo y eficaz hablar de “adaptación mutua y construcción compartida entre la población autóctona y la población extranjera”, *Qué es la inmigración: ¿problema u oportunidad?, ¿cómo lograr la integración de los inmigrantes?, multiculturalismo o interculturalidad?*, *op. cit.*, p. 88. Lo que no está nada claro son propuestas contractuales en apariencia pero unilaterales en su práctica, como las que ha lanzado el presidente de la Generalitat valenciana, que pretenden “forzar” a voluntad de los inmigrantes para “facilitar la integración”. Noticia disponible en www.elpais.com de 29 de abril de 2008 [consulta realizada el 30 de abril de 2008]. Y, sarcásticamente, “se comprometa a defender los derechos humanos”. Noticia de la web del diario Público de 28 de abril de 2008 [consulta realizada el 29 de abril de 2008], disponible en <http://www.publico.es/espana/075554/valencia/exigira/extranjeros/firmar/contrato/integracion>. Esa propuesta se ha plasmado en un proyecto de ley de integración aprobado por el Consell con fecha 1 de agosto de 2008 [consulta realizada el 3 de agosto de 2008], noticia disponible <http://www.elmundo.es/elmundo/2008/08/01/valencia/1217606992.html>. La iniciativa incluye el denominado 'Compromiso de Integración' en el que la Generalitat "pondrá a disposición de los inmigrantes un programa de conocimiento y de comprensión de nuestra sociedad, de sus valores y de las reglas de convivencia, de todo lo que constituye en estos momentos el acervo político, cultural, lingüístico y social de la Comunitat".

⁹⁵ Podríamos resumirlo en la siguiente afirmación: el arraigo es el contenido y la incorporación es el continente.

⁹⁶ Sin embargo, no se reflexiona adecuadamente que los inmigrantes están obligados a probar permanentemente una voluntad de integración que poseen en mayor grado que buena parte de la ciudadanía, al mismo tiempo que se les niegan de hecho los medios para esa integración. De Lucas Martín, “Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración”. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis, *op. cit.*, p. 48. Hacemos nuestras esas palabras, aunque puntualizamos que esa voluntad de integración es más bien una expresión del arraigo que ha de estar presente en todo proceso de incorporación.

⁹⁷ Un interesante artículo sobre los riesgos de los reduccionismos subyacentes relativos al concepto de pluralismo cultural en De Lucas Martín, F., J., “¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, pp. 15-39.

sigue siendo una categoría asociada a la nacionalidad⁹⁸. Si los valores son motivaciones que están culturalmente especificadas y las necesidades de identidad y seguridad requieren, en muchas ocasiones, la defensa de valores. ¿Por qué se niega al extraño sus valores? Simplemente porque su identidad no existe para quien lo excluye⁹⁹.

Por consiguiente, desde el punto de vista conceptual, el arraigo se delimita como la *expresión de una conciencia íntima de la persona*, su voluntad de pertenencia a una comunidad, que lleva implícita la adquisición de un grado de inclusión suficiente como para no tener que estar sujeto a un constante juicio de aceptación de la comunidad de destino: sería el estadio final del proceso de incorporación¹⁰⁰. El arraigo aparecería, en el plano teórico, como nodo de la pertenencia ganada por la persona y una de las principales manifestaciones del derecho a la libertad de desarrollo personal del individuo. Posteriormente, examinaremos cómo esta definición queda muy lejos de la realidad jurídica interna.

Para autores como Capella, las *raíces* son los rasgos culturales que sirven para identificar y ordenar funcionalmente elementos fundamentales en el proceso de individualización-socialización¹⁰¹. En este sentido, el “echar raíces” vendría a significar un proceso de interiorización del mundo de vida en el que, aunque sea con carácter forzado por las circunstancias, se ha escogido desarrollar todo el espectro identificativo de una

⁹⁸ Como afirmaba Todd, la palabra integración sigue estando vacía de sentido, puesto que tanto los asimilacionistas como los segregacionistas la utilizan dándole el significado que les interesa; absorción de individuos los primeros, enclavamiento de los grupos los segundos, para terminar concluyendo que la apertura teórica a la diferencia, la tolerancia abstracta del multiculturalismo, ha conducido al cierre práctico de las fronteras y las mentalidades. *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, op. cit., pp. 353-354.

⁹⁹ Cfr. la distinción entre libertad y reconocimiento que realiza Berlin, I., *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Madrid, 2001, p. 91 y ss.

¹⁰⁰ Precisamente la consolidación de los vínculos en destino y la sujeción a su ordenamiento jurídico son dos criterios que, a juicio de Rubio Marín, son plenamente aptos, tanto para los inmigrantes en situación regular como irregular. *Immigration as a democratic challenge: citizenship and inclusion in Germany and the United States*, Cambridge, 2000, p. 85.

¹⁰¹ Capella Hernández, “Las raíces culturales comunitarias”, op. cit., pp. 72-73. O, como afirma Martucelli, la afirmación pública de la identidad es una extensión del proceso de individualización de la persona. “Les contradictions politiques du multiculturalisme”, op. cit., p. 64.

persona desde el prisma de una nueva realidad social en su comunión con los demás, y que se va a transmitir intergeneracionalmente¹⁰².

Indudablemente la caracterización de la naturaleza subjetiva del arraigo, como estado de referencia personalizada de identidad de una persona, tiene que tener una expresión objetiva, exterior, visible al mundo social y jurídico¹⁰³. De todas formas, insistimos, y la prueba está en los desgraciados atentados del 7-J en Londres, esa exteriorización del arraigo, la aparente consolidación de un modo de vida que ha superado todos los controles de exigibilidad multicultural de sociedades como la británica o cualesquiera otras con alto nivel de mestizaje, depende en el fondo de lo más íntimo de la libertad de la persona; en definitiva, proceder a una adquisición auténticamente sentida de lo que significa compartir valores comunes en sociedades que les han dado la oportunidad de rehacer sus vidas.

El reconocimiento jurídico del arraigo de una persona, ya sea a través de la adquisición de la nacionalidad de destino o por medio del acceso al estatuto de residente, es sólo un aspecto –el objetivo– del problema de la determinación de los miembros de la comunidad. El otro –el subjetivo–, de imposible constatación pública, implica una reciprocidad de intereses entre sociedad receptora e individuo, sin que pueda fallar alguna de esas dos partes¹⁰⁴. Los medios disponibles por los poderes públicos y la sociedad en general para consolidar ese espíritu de solidaridad, de unión proyectiva con sus semejantes hacia idéntico fin existencial, el respeto mutuo por los derechos y la dignidad de los demás, no tendrán posibilidades de éxito si no se recompensa el esfuerzo del individuo con lo que le corresponde por justicia: el ejercicio de sus derechos sin tutela

¹⁰² Lo que no se puede obviar, como a juicio de Carens hace un autor como Kymlicka, es que los inmigrantes se desenvuelven en un contexto de elección complejo donde existen elementos, en mayor o menor medida, de su cultura de origen y la que existe en destino, *cf.* Carens, J., “Liberalism and culture”, en *Constellations*, vol. 4, nº 1, 1997, p. 45.

¹⁰³ Sin embargo, en una sociedad fragmentada en la que se “absolutiza” la conciencia de pertenencia a las comunidades particulares resulta imposible proponerse cualquier tipo de objetivo colectivo y, menos aún, llevarlo a cabo. Velasco Arroyo, “Liberalismo y derechos de las minorías: una relación conflictiva”, *op. cit.*, p. 143.

¹⁰⁴ Una respuesta inclusiva tendría mucho que ver con la respuesta de la sociedad civil. *Cfr.* Walzer, M., “The Concept of Civil Society”, en Walzer, M. (edit.), *Toward a Global Civil Society*, Oxford, 2002, pp. 25-27. Sobre la responsabilidad cívica con los “otros”, véase también Waldron, J., “Cultural Identity and Civic Responsibility”, en Kymlicka, W., y Norman, W. (edit.), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford, 2000, pp. 155-174.

administrativa¹⁰⁵. La falta de reconocimiento de la efectividad de los derechos de los “otros” es, desde el punto de vista socio-antropológico, una negación de la necesidad psicológica básica de la persona –la de identidad y pertenencia– que como tal no puede ser objeto de negociación sino de satisfacción¹⁰⁶.

El avance hacia la puesta en común de proyectos vitales, entre otros muchos matices, depende de un importante factor emocional: la creencia de sentirse parte de un grupo humano. Muchos de los problemas a los que se enfrentan las sociedades de acogida de inmigrantes en el nuevo milenio no encuentran una pacífica solución de convivencia por la escasa vertebración de verdaderas políticas de inclusión que hagan efectivamente partícipes a los inmigrantes en la vida social y política. El extrañamiento identitario, expresado a través de la compulsión pública a la que se somete el ejercicio de los derechos fundamentales de las citadas personas, termina por dar carta de naturaleza a un acto subjetivo sometido a escrutinio institucional como estadio previo en el camino hacia la ciudadanía¹⁰⁷.

Como hemos indicado en el epígrafe anterior, la pérdida de identidad de origen que acompaña a las personas que renuncian a un modo de vida se agrava por la despersonalización moral que la comunidad de destino impone al candidato a la pertenencia al “mundo del bienestar”¹⁰⁸. Por esta circunstancia, la apelación al desarraigo como auténtico *cáncer* de los problemas de identidad actuales implica partir de la afirmación general expuesta *supra* de que los inmigrantes tienen una transición identitaria

¹⁰⁵ La integración es un proceso multidimensional, con una dimensión normativa, otra socioeconómica y otra muy importante la sociocultural e identitaria, todas ellas en una profunda interrelación. Torres Pérez, “La integración de los inmigrantes y algunos de los desafíos que nos plantea”, *op. cit.*, pp. 53-54. Hoy en día, no se puede menospreciar la idea de lealtad hacia la propia comunidad de hombres y mujeres construida en torno a la cultura, pues no resulta tan ajena como la de lealtad hacia la cultura de origen. Parekh, *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*, *op. cit.*, p. 243.

¹⁰⁶ Alzate Sáez de Heredia, R., “Identidad y conflicto”, en Markez, I. (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Donostia-San Sebastián, 2006, p. 25.

¹⁰⁷ El concepto de ciudadanía [entendemos que la autora hace referencia a la ciudadanía desde el punto de vista jurídico] ha sido y es polémico por su doble naturaleza incluyente/excluyente y por el ideal de sociedad que incorpora. Agra Romero, M., X., “Ciudadanía: fronteras, círculos y cosmopolitismo”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 36, 2002, p. 10.

¹⁰⁸ El contingente anual, la exigencia de visado, la preferencia por los permisos [hoy autorizaciones] de corta duración, etc, son instrumentos para la defensa frente al inmigrante que desembocan en inevitables procesos de regularización. Solanes Corella, “La ‘paradoja’ del principio de control de flujos migratorios”, *op. cit.*, p. 415.

fuertemente condicionada por la pérdida de lazos con sus comunidades de origen y el rechazo de las comunidades de destino. La ontología identitaria del inmigrante es clave en la comprensión de la política normativa en materia de arraigo, esa búsqueda constante, el hacerse acreedor de alguna identidad definida y aceptada por los demás. El “no saber dónde estar”, la indefinición en suma, es el rasgo que sintetiza una idea de pertenencia que aparece pergeñada por el legislador, institucionalizando el arraigo normativo como presupuesto fáctico que puede solucionar el problema jurídico pero no el ético, desatendiéndose de la suerte del espacio de afiliación del admitido. La desorientación, la búsqueda de la identidad perdida produce, en no pocas ocasiones, auténtica frustración emocional que peligrosamente se refleja después en la marginación social, una desesperanza de no ser comprendido por los de allí ni por los de aquí¹⁰⁹.

En definitiva, lo que está en juego es la *dignidad* de la persona, impedida por la minuciosa acreditación de la identidad a la que son conminados quienes están en “tierra de nadie”, y que parte de la original limitación del *ius migrandi*¹¹⁰. Esta restricción será, en todo caso, más o menos flexible en consideración a razones de “paz social” o de “réditos políticos”; por consiguiente, escasamente acorde a criterios de justicia. Para todos los seres que logren esquivar los controles del Estado policial, que hace de la excepción la norma cuando se trata de extranjeros, el derecho a migrar –una potestad a la que se opone el poder selectivo cuando se trata de llamar a las puertas de la prosperidad– se convierte en una expectativa del derecho a la visibilidad jurídica y a la igualdad en derechos que yace aletargada a la espera de la siguiente oportunidad de regularización.

2. La regularización colectiva, el utilitarismo de la conciencia humanitaria

La omnipresencia del migrante extranjero, en especial el clandestino, no parece alterar el ritmo de una sociedad que se piensa a sí misma desde su superioridad identitaria y que tolera toda la múltiple y compleja expresión colectiva de los recién llegados, siempre que

¹⁰⁹ “Aquellos que hacen que las fronteras estén menos claras o que provocan cambios pueden que sean tratados como marginados por ambas comunidades”. Lévy, J., T., *El multiculturalismo del miedo*, Madrid, 2000, p. 77.

¹¹⁰ Lo que se pone en entredicho es la persona, que es un “fin que ella misma decide sometiendo a la regla, que no tiene precio y que no puede ser utilizada como medio, por todas las posibilidades que encierra su condición, que suponen esa idea de dignidad humana en el punto de partida”. Peces-Barba Martínez, “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana”, *op. cit.*, p. 27.

no se ponga en cuestión la ortodoxia del entramado elitista edificado¹¹¹. El discurso de las sociedades de acogida consolida el agnosticismo hacia el otro, un ser que en la relación práctica/imaginario y viceversa se reviste de todas las patologías sociales posibles para reverenciar la clausura del nosotros y que, en definitiva, está instalado en una sociedad de la que no forma parte¹¹².

Los Estados fortifican sus fronteras con vallas infinitas no solo material sino moralmente, con el único objeto de exteriorizar su poder sobre la movilidad, establecer toda una escenografía que se ejecuta con el fin de fiscalizar los actos subjetivos de expresión de la autonomía personal, en resumen embridar la libertad de las personas¹¹³. Toda resistencia resulta vana. En último término, ¿qué mayor poder que tener la capacidad de decidir quién y cuándo cae en la clandestinidad, una expresión suprema del estado de excepción aplicado al inmigrante?¹¹⁴

No obstante, esa misma potestad responde a la más elemental racionalidad práctica. De ahí que, en sentido inverso, en determinadas circunstancias, es decir, cuando interese al Estado, se pueda emprender el camino hacia la legalidad¹¹⁵. Del mismo modo que en el anterior capítulo subrayábamos que la admisión de un extranjero inmigrante era producto de un acto de consentimiento unilateral de quien posee el derecho a admitir, la única

¹¹¹ Y es que la más relevante característica que define la migración moderna es su choque con la nueva realidad del Estado territorial que constituye la modernidad política y que defiende sus fronteras para hacer de éstas un cerco prácticamente infranqueable. Vitale, *op. cit.*, p. 42.

¹¹² Un elemento interesadamente extraño para garantizar la cohesión interna de la comunidad. La vanagloria de lo propio o lo particular desprovee de práctica discursiva a cualquier disidencia que no se ajuste a la asimetría de poder, de pensamiento, y de acción moral de los sujetos que forman el vínculo. En ese sentido, “las mayorías tienden a ver sus propios valores y tradiciones como lo normal o la cultura nacional más que como una expresión de una pertenencia étnica particular”, Castles y Davidson, *Citizenship and migration. Globalization and the politics of belonging*, *op. cit.*, p. 62.

¹¹³ *Cfr.* Mezzadra, *op. cit.*, p. 91.

¹¹⁴ El voluntarismo presente en el “derecho a tener derechos” es manifiesto: su universalidad es un acto de potestad o *imperium*, contradictoriamente sólo realizable por el poder soberano por la asunción putativa de una obligación, plausiblemente exigible en el plano moral, pero a la que nadie le obliga desde el particularismo ético. *Cfr.* Benhabib, *op. cit.*, p. 59. La colisión entre el *ius migrandi* y el derecho de reserva de los Estados da pie a una pregunta que sigue abierta, ¿y si las fronteras agravan la clandestinidad en lugar de limitarla? Wihtol de Wenden, *¿Hay que abrir las fronteras?*, *op. cit.*, p. 61.

¹¹⁵ Si consideramos, como afirma Agamben, que la excepción soberana es ese umbral de indiferencia entre inclusión y exclusión, entre naturaleza y violencia, *cfr.* *op. cit.*, p. 51, es fácil colegir que esa excepción oscile en el intersticio donde se confunde y a la vez se hace inconfundible la nuda vida, en nuestro caso representada por el inmigrante irregular.

redención posible de quien está en estado de ilegalidad jurídica es esperar un ejercicio de mínima tolerancia, siempre amenazada de resolución¹¹⁶.

En este sentido, la denominada comúnmente “regularización” de la persona, que permanece en territorio nacional en forma no conforme a una legislación de orden administrativo como la de extranjería, es una especie de perdón o indulto *parcial* de la sociedad receptora por una causa ajena al voluntarismo de la persona¹¹⁷. La desgracia de ser un invisible público sólo tiene una salida jurídica, nunca ética. El indulto se produce porque conviene ser práctico y además de paso se consigue “aliviar” periódicamente las conciencias ante la marginalidad social y jurídica en la que se mueve el “sin papeles”¹¹⁸.

A. La normalización como proceso de ida y vuelta

Para una mejor comprensión del alcance teórico de los conceptos que definen la teleología de la regularización colectiva, tal y como se instituyen en la política normativa actual, vamos a realizar una sucinta referencia a los últimos procesos que se han realizado por el Gobierno español¹¹⁹.

¹¹⁶ Ese mismo orden político que nos da acceso al establecimiento de ciertos derechos y de ciertos elementos cruciales en la consecución de una vida política libre, debe tener la capacidad de poner en marcha ciertos mecanismos de “cierres” o de reserva de la admisión, cruciales para poder ser definido siquiera como un orden político particular. Del Águila Tejerina, “Tolerancia, respeto y democracia ante la inmigración”, *op. cit.*, p. 6.

¹¹⁷ Tradicionalmente, en el acervo jurídico de extranjería se hace una referencia genérica al concepto de “regularización” como aquellas formas no ordinarias de admisión de extranjeros no comunitarios al mercado nacional de empleo, en oposición a las ordinarias del contingente y solicitud individualizada de trabajo del régimen general, siendo la excepcionalidad de esta vía una transposición jurídica de ese ejercicio de tolerancia. Como fórmula jurídico-administrativa anómala, incorporada al ordenamiento español por la presión fáctica que el fenómeno de la inmigración irregular ha supuesto para la sociedad española, es calificada por Franco Pérez, “Inmigración y extranjería. Las alternativas de regularización de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 214. Para Trinidad García y Martín Martín, son “amnistías administrativas”. *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, *op. cit.*, p. 105. Por su parte, para Molina Navarrete ...[et al.], se trata de técnicas de normalización laboral, en cualquiera de sus variantes, vinculadas a una relación laboral o a una necesidad económica. *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, 2005*, *op. cit.*, p. 268.

¹¹⁸ No se puede olvidar que las políticas migratorias son cada vez más dependientes del estado de la opinión [pública], hasta el punto de tener que recurrir a prácticas subterráneas por miedo de ella: regularizaciones caso por caso o concesiones de permisos de residencia “a la carta”, Wihtol de Wenden, *op. cit.*, p. 45.

¹¹⁹ En este estudio hemos creído conveniente partir de los más recientes procesos jurídicos para que la investigación no se extralimite por cuestiones de fondo. Para los procesos habidos desde 1985 puede verse, entre otros, Ballester Pastor, *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, *op. cit.*, p. 33 y ss; Picó Lorenzo, “Nuestra errática normativa sobre extranjería : especial referencia a las regularizaciones y al arraigo”, *op. cit.*, pp. 66-67; Baganha, M., y Reyneri, E., “La inmigración en los países del sur de Europa y

El RD 239/2000, de 18 de febrero, que establecía el procedimiento para la regularización de extranjeros previsto en la disposición transitoria primera de la LO 4/2000¹²⁰, introdujo *ex novo* el concepto jurídico indeterminado de *permanencia continuada* además con *dies a quo* (el solicitante debía encontrarse en España con anterioridad al 1 de junio de 1999). Este concepto vino a expresar una idea fundamental en materia de admisión de irregulares y que no está llamada a ser modificada: la constatación de que transitar por el mundo de los “sin” (derechos, socialización, pertenencia, etc.) es el sacrificio que ha de soportar quien quiera disfrutar de lo que para el resto de mortales no se discute. ¿Por qué una persona tiene que soportar ese coste añadido, el daño a su propia libertad de realización, si quiere ser admitido en la *preciudadanía* en la que se ha convertido la residencia legal?¹²¹ Una plausible respuesta, entre las muchas que podrían plantearse, desde nuestro punto de vista, incidiría en la condena ética y social de quien jurídicamente es conceptualizado como “infrasujeto” de derechos.

El condicionante de la permanencia continuada, cuyo límite mínimo de tiempo quedaba a la discrecionalidad del órgano gubernativo de turno, era acompañado por la titularidad de un permiso de trabajo y residencia o permiso de residencia en algún momento en los tres años inmediatamente anteriores a la entrada en vigor de la LO 4/2000 o, en su caso, haber solicitado alguno de los referidos permisos en alguna ocasión hasta el

su inserción en la economía informal”, en Solé, C. (coord.), *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, Barcelona, 2001, pp. 186-190; en la misma obra Solé, C., y Parella, S., “La inserción de los inmigrantes en el mercado de trabajo. El caso español”, pp. 13-30; Aguilera Izquierdo, R., “El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 181-184. Una sucinta referencia en “Una evaluación del último proceso de regularización de trabajadores extranjeros en España (febrero-mayo de 2005). Un año después” DT Nº 15/2006 – Documentos. Miroslava Kostova Karaboytcheva (14/8/2006) [consulta realizada el 21 de noviembre de 2007], disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/documentos/252.asp>.

¹²⁰ BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2000. La Resolución de 20 de marzo de 2000, de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia contenía las instrucciones para la ejecución del citado procedimiento (BOE núm. 70, de 22 de marzo de 2000).

¹²¹ Una “preciudadanía” que podrá dilatarse, desde el punto de vista jurídico, más o menos en función de la aplicación de las normas sobre adquisición de la nacionalidad por residencia, que como sabemos establece distintos plazos de residencia legal para la obtención de la misma. Por todos, puede consultarse a Lara Aguado, “Nacionalidad e integración social: (A propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre)”, *op. cit.*, pp. 1449-1450; Moya Escudero, M., “Nacionalidad e integración del trabajador extranjero”, en VV. AA., *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 2003, pp. 33-42; Rubio Castro, A., y Moya Escudero, M., “Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate”, *op. cit.*, pp. 136-145. No obstante, téngase en cuenta que, como se indicó en nota al pie 3 de este mismo capítulo, se podrá transitar desde la irregularidad hasta la nacionalidad sin pasar por ese estadio previo cuando entre en vigor la D.A. séptima de la Ley 52/2007.

31 de marzo de 2000¹²². Esta circunstancia, en parte, perjudicó a gran número de personas que no distinguieron entre los dos procesos a la hora de presentar sus solicitudes. La existencia de relación laboral *de facto* no era suficiente en aquel momento. La necesaria acreditación de una primera admisión formal era un impedimento más a la transición de estados jurídicos. Por tanto, el ya penoso camino por el mundo de la explotación y la marginalidad era condición necesaria pero no suficiente, lo que pone de manifiesto que el enemigo tenía que ser humillado antes de cualquier concesión.

El último presupuesto, de orden eminentemente público y reiterado en todos los procesos que se implementaron desde la inicial LO 7/1985, hace referencia a la “limpieza” punitiva, en concreto, no estar incurso en alguna de las causas de expulsión previstas en la Ley, ni que la misma hubiera sido acordada con anterioridad por alguna de las causas previstas en la LO 7/1985, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, y su Regl. de ejecución¹²³. Los otros condicionantes para obtener la ansiada “legalización” eran: no tener prohibida la entrada, salvo prescripción de la expulsión; no poseer proceso judicial penal en curso, a no ser que el interesado acreditase el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones.

Sin duda, las dificultades atinentes a la justificación de un requisito como la acreditación de la presencia en nuestro país antes de una fecha muy anterior a la entrada en vigor de la LO 4/2000, que escondía una retroactividad *de facto* para cerrar el paso a los recién llegados hizo necesaria, casi sin solución de continuidad, la adopción de medidas normativas de urgencia. De este modo, el RD 142/2001, de 16 de febrero¹²⁴ se dictó para que, sin necesidad de presentar nueva documentación, se diese una “segunda oportunidad” para la regularización de los extranjeros que se encontraban en España y que habían presentado solicitud de regularización al amparo de lo previsto en el Real Decreto 239/2000¹²⁵. En concreto, para aquellos que vieron denegada la misma exclusivamente por

¹²² Hay que recordar que aquel proceso de regularización se inició el 21 de marzo de 2000.

¹²³ BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985 y BOE núm. 140, de 12 de junio de 1986, respectivamente. Posteriormente se analizará la “condena” de quien no puede ser materialmente expulsado por ausencia de instrumento de readmisión.

¹²⁴ BOE núm. 44, de 20 de febrero de 2001.

¹²⁵ Según se indica en su Preámbulo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000 (en concreto en su Disposición transitoria cuarta).

no cumplir el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999¹²⁶. Esta “amnistía” (*reexamen* lo denominaba la propia norma) acotaba su ámbito subjetivo a quienes no les fue posible acreditar su permanencia en España antes de la citada fecha, lo que evidentemente no suponía eximirlos del resto de requisitos anteriormente mencionados.

Llegamos en este punto al enésimo proceso de normalización laboral con muchas interrogantes de futuro¹²⁷. El legislador, tras la reforma operada en 2003, ha querido “consolidar” la regularización ordinaria como una vía excepcional de acceso pero abierta a las circunstancias de presión social y humana que origina la bolsa de irregulares¹²⁸. Por primera vez se reconoce oficialmente, al menos como principio programático, que siendo una de las finalidades de la nueva regulación de desarrollo de la LOEXIS la lucha eficaz contra la inmigración irregular, el proceso de normalización es necesario temporalmente por la gran cantidad de personas que están en nuestro territorio carente de una autorización que le permita incorporarse legalmente al mercado de trabajo interno¹²⁹. De manera

¹²⁶ Como subraya Franco Pérez, nuevamente se imponía la impronta del paliativo jurídico de urgencia y que, en la práctica, se trataba como una ampliación del marco temporal establecido en el proceso de 2000, *op. cit.*, p. 219.

¹²⁷ Proceso que se contiene en la Disposición transitoria tercera del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (BOE núm. 6, de 7 de enero de 2005) y Orden PRE/140/2005, de 2 de febrero, de desarrollo de la citada disposición (BOE núm. 29, de 3 de febrero) y que concluyó el 7 de mayo de 2005 con la legalización de la situación de cerca de 600.000 clandestinos según cifras oficiales, la más alta en el relativamente corto devenir de las normas de extranjería en nuestro país. Fuente: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales [consulta realizada el 2 de abril de 2006], disponible en <http://extranjeros.mtas.es/5actualidad>. Esta cifra supera con creces los 36.013 extranjeros regularizados en 2001 o los 137.454 de 2000, datos disponibles en Cavas Martínez y Fernández Collados, “Sistemas de acceso de los extranjeros al mercado nacional de trabajo”, *op. cit.*, p. 491. Los afiliados en situación de alta alcanzaron la cifra de 18.238.966 a final de febrero de 2006, aumentando un 5,5% respecto al mismo mes del año anterior. Este crecimiento está sesgado al alza por el proceso de regularización de extranjeros iniciado en febrero de 2005 y que finalizó con más de 550.000 personas dadas de alta en la Seguridad Social [cifra muy alejada de los 700.000 oficialmente aducidos]. No obstante, entre los trabajadores extranjeros regularizados, se han producido lógicamente cambios en su situación laboral desde el cierre del proceso administrativo de regularización. Así, a final de febrero de 2006 eran únicamente 478.439 los que mantenían su alta laboral, según cifras de la Caixa [consulta realizada el 30 de junio de 2006], disponible en http://www.pdf.lacaixa.comunicacions.com/im/esp/200604mtr_esp.pdf.

¹²⁸ Como pone de manifiesto Picó Lorenzo, antes de la entrada en vigor del marco aplicativo previsto en la LO 4/2000, el sistema de autorización de cupos de trabajadores extranjeros constituía *de facto* regularizaciones encubiertas, al no exigirse que los extranjeros que se acogían al mismo se hallaran ni residieran en territorio extranjero, *op. cit.*, p. 66.

¹²⁹ Sintetizando, los principales objetivos de esta “normalización de tipo económica” establecidos en la parte introductoria del Regl. LOEXIS eran: a) hacer aflorar una parte de la economía sumergida existente, añadimos nosotros del que se beneficiará principalmente las arcas del Estado; b) regularizar la residencia y trabajo en España de una elevada cifra de indocumentados, y c) proporcionar una inserción durante un mínimo de seis meses y, en su caso, más si pueden renovar sus permisos. En todo caso, la autorización

simbólica, el RD 2393/2004 retira la consideración según la cual las situaciones de irregularidad son imputables a la voluntad del propio inmigrante¹³⁰. Ahora bien, como indicamos *supra*, los requisitos establecidos para ese salto de la ignominia a la más mínima dignidad de la persona nunca serán fáciles de conseguir para el “irregular”.

El proceso se presentaba como apuesta por la regularización laboral, en lo que parece ser una primera aproximación para abordar el problema, no sólo desde la unilateralidad de quien está en situación irregular en nuestro país, sino desde una perspectiva menos permisible con la parte que se beneficia de esa clandestinidad laboral, dando, eso sí, la oportunidad de ajustar esa situación¹³¹. Al contrario de los procesos de 2000 y 2001, que se fundamentaban en la firme defensa del arraigo estructurado en la existencia de vínculos familiares con residentes documentados o haber sido titular de un permiso anterior, esta nueva regularización centró sus esfuerzos en hacer aflorar los miles de “contratos” *de facto* existentes, una prueba más de que el utilitarismo es el principal condicionante de la realización de los derechos de los extranjeros¹³². Para un Estado es insostenible vivir con cientos de miles de personas “invisibles”¹³³.

inicial de residencia temporal y trabajo, producto de la regularización, produce los mismos efectos que cualquier otra concedida para el acceso al mercado de trabajo, sea por el procedimiento general o por el de contingente; por consiguiente, es renovable por un periodo de dos años si se cumplen los requisitos legales procedentes (art. 62 y ss. Regl.). Naïr califica este proceso de normalización como el “proceso *más democrático y progresista* experimentado en Europa en los últimos años”. *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 132.

¹³⁰ Ramos Quintana, “Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo: nuevas vías y modalidades de contratación”, *op. cit.*, p. 15.

¹³¹ Este proceso presentaba novedades notables respecto a otros realizados en España. No se contemplaba el arraigo social como criterio de regularización y por tanto, a diferencia de los procesos de 2000 y 2001, no se establecía ninguna vía de este tipo (como la existencia de vínculos familiares con residentes documentados o haber sido titular de un permiso anterior). Torres, F., “La regularización extraordinaria. Luces y sombras”, en *Página Abierta*, 160, junio 2005 [consulta realizada el 20 de noviembre de 2005], disponible en <http://www.pensamientocritico.org/frantor0605.htm>. La STSJ del País Vasco de 21 de junio de 2007 (RJ20087\234) lo calificó como “cauce intertemporal especial [...] dispuesto a favor de aquellas personas nacionales de terceros países domiciliadas en municipio español que se encontraban en esta circunstancia extraordinaria con anterioridad a la entrada en vigor de la regulación reglamentaria que para esta situación administrativa se dispone en el art. 45.2 y concordantes del RLOEx” (FJ3).

¹³² Es la primera regulación extraordinaria que se vincula al mercado de trabajo. Por todos, Molina Navarrete, C., “Disposición transitoria tercera: proceso de normalización”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 51.

¹³³ Para la gran mayoría de las personas que no pudieron acreditar la vía de normalización emprendida, sin perjuicio de las normas sobre reagrupación familiar, sólo podrán acogerse a la regularización de sus situaciones por la vía individual de las modalidades de arraigo previstas en el art. 45 Regl. de la LOEXIS, cuyas características y problemas analizaremos seguidamente.

El cambio de orientación en la lucha contra la lacra de la economía sumergida esconde un peligro evidente. Este problema no puede ser abordado desde la unilateralidad de medidas de tipo jurídico o pragmático, que podrán ser efectivas en unos casos y en otros no, pero que suscitan no pocas dudas desde el punto de vista moral¹³⁴. La inmigración clandestina plantea una serie de dimensiones humanas que exceden a la inserción laboral y que, por tanto, no deberían abordarse desde esta única perspectiva¹³⁵. Por decirlo de otra forma, los inmigrantes en situación irregular son personas antes que mano de obra o un efecto mercantil¹³⁶. Son ilustrativas las palabras de De Bruycker, al afirmar que “una regularización es el poder de Estado que selecciona a los extranjeros regularizando a unos para poder rechazar mejor a los otros llegado el caso”¹³⁷.

En primer lugar, la rúbrica del contrato de extranjería¹³⁸, por el que la sociedad se asegura el mantenimiento de la paz social y económica y el extraño puede empezar su largo itinerario hasta una ciudadanía que jurídicamente sólo alcanzará con la adquisición de la nacionalidad española, se hace depender de una vinculación laboral por cuenta ajena cierta en el momento de la presentación de la solicitud y de imperativa acreditación¹³⁹.

¹³⁴ La mejor gestión de la inmigración legal y la lucha firme contra la inmigración ilegal son las dos caras de la misma moneda. Esta afirmación de la Comisión en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una política común de inmigración, COM (2007) 780 final, de 5 de diciembre (apartado 2) pone de manifiesto la indisoluble unión entre migración y control. Esta línea directriz es un pilar fundamental del Pacto Europeo sobre inmigración y asilo aprobado en octubre de 2008 por el Consejo Europeo de Bruselas.

¹³⁵ En ningún caso, la acción puede reducirse a una acción paternalista sin abrirles los horizontes de la integración y de un desarrollo y promoción personal que les permita ser actores y protagonistas de su futuro. Delgado Álvarez, “La situación de los trabajadores inmigrantes irregulares en territorio español”, *op. cit.*, p. 112.

¹³⁶ ¿No supone un desprecio a la más elemental dignidad humana la obsesión por la mano de obra que impregna toda la legislación de extranjería y que tácitamente desprecia a aquellos que no están en activo o con posibilidad de incorporarse al mercado laboral? El efecto excluyente del proceso de normalización se ha extendido a todos aquellos familiares no activos de extranjeros que consigan la ansiada regularización laboral, por lo que tendrán que esperar a que pase al menos un año para poder acogerse a la reagrupación (o a la siempre excepcionalidad de la autorización individualizada de arraigo familiar prevista en el art. 31.4 en relación con el art. 45.2.b Regl.). Es la máxima exposición de las contradicciones de un sistema pensado en la pura mercantilidad de las relaciones humanas.

¹³⁷ De Bruycker, P., “Regularización y política migratoria en Europa”, en *Revista CIDOB d’affers internacionals*, nº 53, dedicado a Ciudadanía europea e inmigración, 2001, p. 182.

¹³⁸ El contrato de extranjería, para De Lucas Martín, ha quedado reducido a la creación del fobotipo de los irregulares. “Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración”, *op. cit.*, p. 40; *idem*, “Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración”, *op. cit.*, p. 25.

¹³⁹ La obsesión de los Estados de destino por profundizar en el rigor restrictivo de las condiciones para la posesión de visado y autorización, que se agrava además con la apuesta por privilegiar el acceso y

Para servir a esa finalidad, solo el empresario podía presentar la solicitud de autorización de residencia temporal y trabajo del inmigrante, y aportar el contrato laboral, en el supuesto general previsto en el apartado 1, DT 3ª Regl.¹⁴⁰. En este sentido nos preguntamos: ¿en qué medida se está cumpliendo la admonición pública de que el empleo sumergido sería duramente reprimido después del último proceso?¹⁴¹

No resultan nada alentadoras medidas como la exoneración al empleador de la necesidad de garantizar al trabajador una actividad continuada durante todo el período de vigencia de la autorización para residir y trabajar¹⁴². Ante el silencio que guarda el Regl. con respecto al supuesto, común por lo general, de extinción de la relación laboral antes del transcurso del periodo mínimo exigible, parece que la autorización de residencia y trabajo seguiría desplegando sus efectos, dentro del año para la que fue concedida inicialmente¹⁴³. No obstante, se podría haber asegurado un periodo no inferior al año, con carácter general, con el objeto de que la persona que ha visto reconocido su estatus de extranjero legal pueda desarrollar unos vínculos con la sociedad suficientes para, al menos, iniciar la consolidación de su situación jurídica, si lo que se pretende es que el

permanencia para determinados nacionales (por ejemplo, los que ostentan la nacionalidad de alguno de los países con los que España tiene suscritos acuerdos internacionales de ordenación de flujos) es una incitación para que los ciudadanos de países en vía de desarrollo y que no entran en el selecto club de los “elegidos” se vean irremediablemente tentados a eludir los cauces legales de inmigración. Véase Puerta Vílchez, J., M., “La regularización de extranjeros”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, 2001, p. 392. No termina de comprenderse que un proceso pensado para la regularización laboral deje fuera de su ámbito a un colectivo nada desdeñable como los autónomos (dejando a salvo a los trabajadores extranjeros empleados en el hogar [DT 3ª 1. b y 2]); una exclusión que seguirá siendo efectiva con el régimen previsto en el art. 45 Regl. para el arraigo laboral.

¹⁴⁰ Nos remitimos a lo indicado en el capítulo anterior en relación al poder del empresario para que el inmigrante transite de la frontera de la invisibilidad jurídica a la legalidad.

¹⁴¹ Sorprende que un año después de la finalización de la “normalización”, más de cien mil trabajadores de los que obtuvieron “papeles” no fueron efectivamente contratados y dados de alta en la SS (más de un 15 % del total de regularizados). La información es de fecha 10 de mayo de 2006 [consulta realizada el 21 de septiembre de 2006] y está disponible en <http://madrepatria.blogspot.com/2006/05/cien-mil-inmigrantes-regularizados-no.html>.

¹⁴² Véase DT 3ª.1.b) en relación con la DT3ª.6. Evidentemente, a partir de ese término final podrá ser renovable si se cumplen los requisitos establecidos. La actividad laboral como condicionante de la renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena y la complejidad presente en la renovación derivadas del proceso de normalización en Aguelo Navarro, P., ...[et al.], “La renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena: propuestas para una interpretación integradora”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 11, 2006, pp. 57-94

¹⁴³ Cavas Martínez y Fernández Collados, *op. cit.*, p. 493. No obstante, como recuerda Ballester Pastor, no existe mecanismo coercitivo alguno que garantice el compromiso de mantenimiento de la duración mínima de la relación contractual, *op. cit.*, p. 65.

inmigrante pueda consolidar sus vínculos en destino¹⁴⁴. Lo que tendría que ser consustancial al espíritu al que dice responder la norma, se transforma en un serio riesgo para el retorno del inmigrante a la clandestinidad¹⁴⁵.

Algunos empresarios o empleadores justamente lo que buscan del fenómeno de la inmigración es la mano de obra barata de trabajadores extranjeros. El mundo empresarial aboga por una declarada flexibilidad en las condiciones de contratación de la mano de obra extranjera. Mientras, la opinión pública está cada vez menos mediatizada por el impacto de la economía neocolonialista en la que se mueve, por necesidad, el círculo de clandestinos no-personas, permaneciendo impasible ante la ineficacia pública, quizá por un puro cálculo racional e hipócrita: la riqueza que generan alimenta el crecimiento del Estado social¹⁴⁶. Así no pocos, antes que regularizarles, han preferido "despedirles"¹⁴⁷. En no pocas ocasiones, lo normal será que, una vez conseguidos los "papeles", algunos empleadores no renueven los contratos y los inmigrantes vuelvan a la precariedad ante la imposibilidad de poder aportar nuevos contratos que permitan prorrogar su nuevo estatuto¹⁴⁸. ¿Qué solución se prevé para quienes ven cómo su empresario se niega a hacer

¹⁴⁴ Indica Ballester Pastor que la garantía de plazos mínimos razonables entre el fin de una contratación y el momento de la renovación de la autorización hubiera sido un elemento importante, puesto que la ruptura de la dinámica continuada de contratos y renovaciones [no siempre coincidentes en el tiempo] tiene importantes consecuencias para la situación administrativa del trabajador extranjero, *ibidem*, p. 67. Sin embargo, estas palabras tienen que ser puntualizadas. La renovación de la autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena se permite aunque la realización de la actividad haya sido sólo de tres o seis meses, eso sí de acuerdo con las condiciones establecidas en el Regl. de extranjería (apartados 3 y 4 art. 54). De todas formas, es cierto que las condiciones introducidas delimitan mucho el ámbito objetivo de aplicación.

¹⁴⁵ No se entiende por qué no se ha aplicado el periodo mínimo de un año seguido para el arraigo social en el art. 45.2.b) Regl.

¹⁴⁶ La aplicación selectiva, débil o modulada de la ley, es una tolerancia de hecho, en virtud de la cual las sanciones a los empresarios son sólo excepcionales y no afectan casi nunca a los verdaderos responsables, por lo que quién tiene más que perder en el camino de la clandestinidad sigue siendo el irregular. No obstante, recientemente se ha hecho pública la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a sanciones a empleadores que contraten a inmigrantes irregulares, de 23 de octubre de 2008 [consulta realizada el 10 de noviembre de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/legislacion/DsancEmpleo.pdf>.

¹⁴⁷ *Cfr.* Sánchez Castrillo, G., "Trabajadores de ida y vuelta: nuevo reglamento de extranjería", en *Lex Nova: la revista*, nº 39, 2005 [consulta realizada el 12 de noviembre de 2006], disponible en http://www.lexnova.es/pub_ln/revistas/revista_ln/Revista39/02_Informe.pdf, p. 9.

¹⁴⁸ La amenaza de convertirse en un *ilegal* si no se responde a las imprevisibles evoluciones del mercado es cada vez más real para muchos extranjeros. Naïr, *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 142.

un contrato?¹⁴⁹ ¿no puede plantearse más bien que los inmigrantes han sido el pretexto, el objeto del intento de afloración de la economía sumergida, de los empleadores que no cotizan y contratan ilegalmente personas?¹⁵⁰ De todas formas, es cierto que la regularización “legaliza” también al empleador que contrata mano de obra clandestina, lo cual siempre es positivo.

En segundo lugar, este proceso ha debido rectificar requisitos como el de la exigencia de empadronamiento como única vía probatoria para acreditar la permanencia¹⁵¹. La regularización es un intento de facilitar el reconocimiento *de iure* de una situación de hecho consolidada¹⁵². Al menos, el concepto de permanencia continuada se concretó para mayor seguridad jurídica¹⁵³. Otra cosa es que se comparta o no que ese espacio de tiempo sea considerado o no suficiente para acreditar una permanencia estable en nuestro país. Desde nuestro punto de vista, se tiene que ponderar que el plazo de permanencia tenido en cuenta tendría que haber diferenciado entre estancia legal e ilegal, reduciendo quizá el término mínimo a cuatro meses cuando sea ininterrumpidamente de forma ilegal. De esta

¹⁴⁹ Siempre quedará a salvo lo dispuesto en el art. 36.3 LOEXIS, en su redacción dada por LO 14/2003, de 20 de noviembre, si se puede probar la relación y, por supuesto, atreverse a denunciarla. Respecto al avance en los derechos de orden laboral derivados de la relación de trabajo irregular nos remitimos a lo expuesto en el capítulo primero.

¹⁵⁰ *Cfr.* Zamora, “Inmigración, ciudadanía y multiculturalidad”, *op. cit.*, p. 176.

¹⁵¹ La inscripción en el Padrón municipal, exigida a toda persona que reside en España en función de la LOBRL, ha ido creando una categoría de extranjeros empadronados que pueden ser inmigrantes irregulares con arreglo a la normativa de extranjería; una nueva prueba del carácter especialísimo de la legislación de extranjería, pero que paralelamente funciona como instrumento controlable por la Administración para regular el reconocimiento (o no) de acceso de las personas inmigrantes a los recursos sociales y a los derechos. Mestre i Mestre, R., “Inmigración, exclusión y género”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Zaragoza, p. 107. El empadronamiento refleja que la gestión jurídica y la política no siempre coinciden, produciéndose una incoherencia entre las *lógicas de la ciudad y estatal*, (por un lado, la gestión municipal de la presencia de personas invisibles en su territorio y, por otra, la lógica selectiva del Estado). Una visión precisa de la disfunción entre ambas lógicas, en Zapata Barrero, “Multiculturalidad e inmigración”, *op. cit.*, pp. 124-128. Asimismo puede consultarse, Sagarra i Trías, “Los derechos políticos y públicos de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000”, *op. cit.*, pp. 62-64; Solanes Corella, “La situación jurídica del extranjero irregular en España”, *op. cit.*, pp. 246 y 251.

¹⁵² No se aprecia así en algún que otro pronunciamiento judicial, que afirman el carácter de *conductio sine qua non* de la acreditación del empadronamiento. A modo indicativo, STSJ de Madrid, de 27 de abril de 2007 (RJ\2007\229932) (FJ3); STSJ de la Comunidad Valenciana de 3 de julio de 2007 (RJ\2007\714) (FJ1). Una interpretación más teleológica de la norma puede consultarse, entre otras, en la STSJ de Madrid de 18 de enero de 2008 (RJ\2008\266) (FJ10); STSJ de Castilla y León –Burgos– de 19 de junio de 2006 (RJ\2006\202533) (FJ5).

¹⁵³ Un mínimo de seis meses antes de la entrada en vigor del Regl. (desde antes del 8 de agosto de 2004). O lo que es lo mismo: una permanencia mayor de seis meses anterior al inicio del proceso regularizador.

forma, se habría afectado, en la menor medida posible, la condena cotidiana a la clandestinidad a la que se somete al irregular.

Aunque en un principio el empadronamiento oficial se erigió en la única prueba de la permanencia ininterrumpida, pronto se introdujo una suavización del *rigor iuris* de una norma que dejaba sin contenido al proceso¹⁵⁴. ¿Por qué había que exigir a una persona que, además de la penitencia de ser clandestino, dé carta de naturaleza oficial a su condición, que asuma voluntariamente el riesgo de ser expulsado? En un principio, el denominado "empadronamiento por omisión", consistente en suplir la exigencia de empadronamiento con otro documento demostrativo de la residencia en España del "irregular" puede responder a criterios de justicia material¹⁵⁵. Una solicitud de empadronamiento no resuelta o denegada, una tarjeta sanitaria, una solicitud de escolarización de menores, un certificado de los servicios sociales, un alta laboral en la Seguridad Social, una solicitud de asilo, o incluso una orden de expulsión no ejecutada, actuaría como prueba de la permanencia durante el periodo de tiempo exigido¹⁵⁶. Desde nuestro punto de vista, en cuanto a la aclaración de la documentación acreditativa del tiempo de permanencia¹⁵⁷, se tendría que haber añadido *de lege ferenda*, en consonancia

¹⁵⁴ Sin embargo, la existencia de una autorización de residencia temporal de carácter excepcional, en las causas previstas en el art. 31.3 LOEXIS, permite afirmar que el empadronamiento sigue siendo fundamental para el extranjero (en cuanto a derechos y futura regularización) en flagrante contradicción con lo que la ley parece propiciar. Solanes Corella y Cardona Rubert, *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, *op. cit.*, p. 106.

¹⁵⁵ El retraimiento en la inscripción registral ha hecho necesario recurrir a la figura del empadronamiento por omisión en el último proceso regularizador; *cfr.* la argumentación jurídica que respecto al empadronamiento por omisión se contiene en la STSJ del País Vasco de 7 de julio de 2006 (RJ 2007\91897) (FJ2) y que se reproduce, entre otras, en la STSJ del mismo órgano de 8 de junio de 2007 (RJ 2007\343697) (FJ3). Sobre la apreciación judicial de la prueba del empadronamiento por omisión, con cita de sentencias al respecto, véase Tolosa Tribiño, C., *Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería*, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 14, 2007, pp. 34-38.

¹⁵⁶ Recordemos que el RD 142/2001, de 16 de febrero, eliminó el requisito de la previa permanencia. Para una crítica al requisito de empadronamiento, por su inadecuación a la realidad y por su desajuste respecto al ordenamiento jurídico vigente, y su sucedáneo "el empadronamiento por omisión" y la amplia discrecionalidad del contenido de su contenido, puede verse Molina Navarrete ...[et al.], *op. cit.*, p. 270 y ss. y 280; Martín Martín, J., "Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería", en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº. 9, 2005, pp. 114-118.

¹⁵⁷ Véase Resolución de 15 de abril de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad (BOE núm. 91, de 16 de abril). Resulta incomprensible que un simple acto administrativo, aunque sea de naturaleza general, se haya convertido en la regla determinante del "acceso" de los inmigrantes a derechos o, al contrario, de su exclusión.

con la legislación general administrativa, la prueba por cualquier medio admisible en Derecho¹⁵⁸.

Desde la UE, especialmente Alemania, Holanda y Austria, se mostraban molestos por no haberse consultado con ellos este proceso que podría afectar a otros Estados miembros, ya que a juicio de estos países "en cierta medida las regularizaciones constituyen una forma de incitación a la inmigración clandestina", debate que fue relanzado ulteriormente¹⁵⁹. Una opinión plenamente actual es la aportada en su momento por De Bruycker, al subrayar que "las regularizaciones cubren un conflicto de valores en el cual los responsables políticos deben elegir concretamente entre la aceptación del extranjero y la expulsión del irregular, aunque pueden dudar al llevar a cabo una política que realiza simultáneamente estas dos vías"¹⁶⁰.

¹⁵⁸ Una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 1 de Badajoz aceptó el certificado de asistencia en un hospital como prueba de la estancia en España de una mujer extranjera antes de agosto de 2004. Como consecuencia, el órgano judicial le ha concedido el permiso de residencia y trabajo que la Subdelegación del Gobierno en Extremadura le había negado. La sentencia hace una dura crítica de la confusión y los cambios de criterio que se produjeron a lo largo del mes de abril de 2004 en torno a los documentos que eran o no admitidos para acreditar la estancia en España por parte de los extranjeros que quisieran acceder a una permiso de residencia. El juez cita algunos cambios e incluso enumera aquellos que se refieren a los documentos de carácter sanitario que se admitían: el 12 de abril se admitían como documentos fehacientes las cartillas de sanidad; el 14 de abril, una tarjeta de asistencia sanitaria en un servicio público de salud; el 20 de abril desaparece toda mención a los certificados de asistencia en hospitales y centros de salud, fuente: <http://www.extranjerossinpapeles.com/paginas/noticias/9%20de%20marzo%20de%202006.htm>. [consulta realizada el 12 de marzo de 2007].

¹⁵⁹ En la reunión de Tampere de ministros de Justicia e Interior de la UE, en septiembre de 2006, se lanzaron reproches al Ejecutivo español sobre la relación entre la presión migratoria española y el citado proceso de regularización de 2005, fuente: www.elperiodicodearagon.com/noticias/noticia.asp?pkid=272222 [consulta realizada el 12 de enero de 2007]. Quizá ese malestar puede ser reflejo de la escasa vertebración de una plena comunitarización de las políticas de extranjería e inmigración. Asimismo, la Comunicación de la Comisión Europea sobre prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, COM (2006) 402 final, de 19 de julio, recuerda la implicación de estas medidas para los otros Estados miembros (apartado 3.e. 33) para lo que se propone la creación de un sistema de información mutua sobre medidas nacionales en materia de inmigración y asilo (3.e.34). Por su parte, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la propuesta de Decisión del Consejo relativa al establecimiento de un procedimiento de información mutua sobre las medidas de los Estados miembros en materia de asilo e inmigración, de 6 de julio de 2006 (COM (2005) 0480- C6-0335/2005- 2005/0204 (CNS)) (DOUE C-303-E, de 13 de diciembre de 2006) introduce un artículo 2.1 bis (nuevo) que establece la comunicación de cualquier medida relativa a la inmigración legal y a la lucha contra la inmigración ilegal que pueda tener impacto significativo en otros Estados miembros, a más tardar en el momento de su presentación para aprobación. Un avance de la política proyectada por la Comisión en materia migratoria para 2008, en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "programa legislativo y de trabajo de la Comisión para 2008", COM (2007) 640 final, de 23 de octubre.

¹⁶⁰ De Bruycker, "Regularización y política migratoria en Europa", *op. cit.*, p. 181. Precisamente, es el caso específico de España como afirmara el autor, y nosotros opinamos que ahora es posible que más aún.

De forma general, siempre se puede objetar que, aún siendo conscientes de que el proceso hubiera sido mejorable, es más notorio el perjuicio que se podría haber causado a miles de personas debido a la institucionalización permanente de un estatuto de *ilegalidad*, por las dramáticas consecuencias personales y sociales que conlleva. Estos efectos trascienden el marco de lo jurídico y sistematizan el fracaso de una política de inmigración preocupada, hasta el momento, más en el control de la irregularidad que en la incorporación¹⁶¹. Sin obviar la importancia de esa afirmación, desde nuestro punto de vista, la funcionalidad de esta forma de admisión es susceptible de ser mejorada si partimos de otra concepción más acorde con los derechos, si empezamos a considerar que los derechos no son un privilegio de algunos y que la irregularidad, recordemos un término administrativo, no puede ser sinónimo de condena del sujeto moral¹⁶².

El problema no está en la mayor o menor cantidad de documentos exigibles, o en el tiempo de permanencia sujeto a acreditación¹⁶³. Lo más incomprensible es que el inmigrante se ve forzado a “entregar” toda su autonomía personal y social a la voluntad de otra persona (el empleador) que en este caso será la que se arrogue el *ius puniendi*, una forma de poder soberano que vuelve, de forma práctica, a manos privadas. El mayor ejemplo de alineación personal e identitaria es que alguien concentre en sus manos el poder de regreso del manumitido al sórdido mundo del no-derecho¹⁶⁴.

La cuestión central sigue abierta: ¿ha resuelto el proceso de normalización laboral el problema de des-estructuración social y personal de los inmigrantes en situación de irregularidad administrativa? Evidentemente, el desenvolvimiento práctico del proceso no alienta el optimismo al respecto, como reflejan las cifras expuestas *supra*, en especial ese

¹⁶¹ Como subrayan Molina Navarrete ...[et al.], el principio de efectividad no puede admitir el continuo desajuste entre el ordenamiento jurídico de extranjería y unas demandas del mercado de trabajo español que van más allá de la calificación legal de las personas, *op. cit.*, p. 266.

¹⁶² Por supuesto no se niega la posibilidad de establecer límites en los derechos. Lo único por lo que se interpela es que esa hipótesis esté siempre apoyada en razones teniendo presente el igual valor moral de todos; *cf.* De Asís Roig, “La participación política de los inmigrantes. Hacia una nueva generalización de los derechos”, *op. cit.*, p. 13.

¹⁶³ Sin perjuicio de compartir la crítica de autores como Molina Navarrete ...[et al.], de que los resultados obtenidos han sido inferiores a las expectativas creadas, debido tanto a las carencias reguladoras, las restrictivas interpretaciones de las normas o las disfunciones en la gestión del proceso, *op. cit.*, p. 267.

¹⁶⁴ Véase Rojo Torrecilla y Camós Victoria, “La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración”, *op. cit.*, p. 87.

inquietante treinta por ciento de autorizaciones iniciales de trabajo no acompañadas de la preceptiva alta en la Seguridad Social. Una respuesta que incide en los desajustes de la gestión de la inmigración en destino nos la ofrece Solanes Corella. Para esta autora, la conjunción de las tres respuestas habitualmente dadas (la defensiva [control de flujos], la asistencial o humanitaria y la promocional o de integración) ante el fenómeno de la inmigración no han dado lugar a una verdadera política de inmigración. Concluye advirtiéndole de que la solución a las cíclicas situaciones de emergencia que provocan regularizaciones pasa por tener el valor de abrir un debate que cuestione la orientación de los mecanismos de control de las actuales normas de extranjería abandonando el vicio de hacer política “con” la inmigración y no “de” la inmigración¹⁶⁵. Quizá, por ello, sólo un equilibrio entre las necesidades de ordenación y control de las fronteras y las demandas de oportunidades de acceso e incorporación a crecientes colectivos de inmigrantes sea la forma principal de no cronificar el problema, sin olvidar que no hay soluciones mágicas y mucho menos unidireccionales¹⁶⁶. Eso sólo será posible desde la modificación del esquema epistémico actual.

Quién sabe si necesitaremos otra regularización extraordinaria dentro de dos o tres años¹⁶⁷. La experiencia acumulada con las dificultades para regular los flujos en un mundo globalizado y los límites del Reglamento de extranjería no pueden sino abonar el escepticismo¹⁶⁸. De momento, tres años después de la finalización del proceso, asistimos

¹⁶⁵ “Los procesos extraordinarios de regulación de inmigrantes : algunas alternativas”, *op. cit.*, pp. 585-586.

¹⁶⁶ En palabras de Rega Rodríguez, A., sería preciso combinar medidas que permitan mejorar las condiciones de vida en los países de origen, junto con medidas legales que garanticen la posición de todos los trabajadores en el mercado, permitiendo su incorporación en el país de destino. “El trabajo de los extranjeros en España”, en Presno Linera, M., Á. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, 2004, p. 260. Por su parte, para Pérez Sola, España debería impulsar una nueva percepción de las políticas migratorias, más allá del estricto control del orden público en su dimensión de vigilancia fronteriza y devolución de inmigrantes, centrada en la proyección de la dignidad humana y en la efectiva protección y observancia de los derechos fundamentales, no solo en el ámbito de la lucha contra la inmigración ilegal, sino también en el diseño de políticas de integración de los inmigrantes. Pérez Sola, N., “Memorando opex nº16/2006, Más allá de la inmigración ilegal: España ante la conferencia euro-africana de Rabat”, en *Fundación alternativas* [consulta realizada el 16 de febrero de 2007], disponible en http://www.falternativas.org/index2.php?option=com_content&do_pdf=1&id=303.

¹⁶⁷ Se pregunta Gortázar Rotaache, C., J., ¿hasta cuándo sin papeles? La respuesta está abierta, pero no es ajena a la misma la existencia de ofertas de empleo, “La inmigración: ¿un problema o una fuente de riqueza? ¿hasta cuándo sin papeles?”, en Rodríguez Palop, M., E.; Campoy Cervera, I.; Rey Pérez, J., L. (edit.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, 2006, pp. 100-101.

¹⁶⁸ Quizá, como aboga Solanes Corella ante la proliferación de los procesos extraordinarios de regularización, lo mejor sería conseguir una normativa que no *generando* clandestinos e irregulares haga que

al penúltimo acto dramático: la llegada masiva a las costas españolas no se detiene y la igualdad moral y jurídica sigue paralizada en la “frontera” donde se hace indiscernible el no hombre y el hombre.

B. Del universo neocolonial a una libertad incierta

El hecho de que la política normativa de admisión interna denomine regularización o más precisamente “normalización” al proceso por el que una persona puede transitar simplemente por ese espacio de tolerancia de incierta caducidad que es la autorización de residencia y/o trabajo, es una confirmación de que los derechos de los “irregulares” no cuentan para nada, simplemente no existen¹⁶⁹. En realidad si el “sin papeles” dispusiese de la posibilidad de realizar sus derechos no habría mucho que normalizar. Lo que ocurre es que lo que representa ese mecanismo de huída de la ilegalidad como situación jurídica es, a fin de cuentas, una especie de idea resocializadora, de naturaleza práctica, de quién previamente era reo de la lógica de exclusión del extraño y seguirá siéndolo porque esa lógica no desaparece nunca del todo¹⁷⁰. Simplemente, estamos ante una remisión del extrañamiento, pero no ante su finalización, que continuará por el devenir de la candidatura a la ciudadanía que es la residencia legal¹⁷¹.

El “sin papeles” es un invisible oficial pero un visible real. Sólo la especie de manumisión que es la regularización, que tiene como consecuencia la simbólica “obtención de papeles”, convierte a su beneficiario en una persona que podrá ejercer plenamente sus derechos¹⁷². Desgraciadamente, este proceso se sirve de la figura del

el recurso a medidas extraordinarias sea innecesario. “La ‘paradoja’ del principio de control de flujos migratorios, *op. cit.*, p. 415.

¹⁶⁹ La LOEXIS, exponente de la política de extranjería, tiene mucho que ver con el racismo porque discrimina a las personas según su origen y mantiene a grupos de población en condiciones de grave inferioridad de derechos, condicionando la percepción social, pudiendo generar permisividad para un trato discriminatorio en otros muchos ámbitos de la vida ciudadana. Markez Ekimen, I., “La salud mental de los inmigrantes: ni enfermos, ni delincuentes. Mediación e integración”, en Markez, I. (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, *op. cit.*, p. 142.

¹⁷⁰ Siempre con las cautelas que hay que adoptar ante una noción como la de exclusión en nuestros días, *cfr.* Castel, “Encuadre de la exclusión”, *op. cit.*, pp. 55-86. O, como afirma en la misma obra Karsz, hay que trabajar, no *en* la exclusión, sino *sobre* la exclusión, a fin de saber lo más ajustadamente posible de qué hablamos cuando hablamos de exclusión, y de qué, al hablar de ella, evitamos hablar. “La exclusión: concepto falso, problema verdadero”, *op. cit.*, p. 134.

¹⁷¹ *Cfr.* notas a pie 3 y 121 de este mismo capítulo.

¹⁷² Sobre las objeciones que, desde nuestra opinión, inciden en el libre ejercicio de los derechos de las personas en situación irregular, nos remitimos a lo expuesto en el capítulo primero.

arraigo como expediente técnico, en cuanto toda forma de integración y vida en común se reduce generalmente a la acreditación de una permanencia determinada entre nosotros y a la existencia real o potencial de un trabajo¹⁷³. Podemos ir adelantando que la noción de arraigo que se infiere de la política normativa interna de extranjería es una reproducción del criterio de admisión laboral¹⁷⁴. Eso sí, el candidato a “legal” ha debido “purgar” su pecado permaneciendo como persona sin capacidad práctica de realización de sus derechos, con las consecuencias que esa circunstancia produce, durante un cierto tiempo¹⁷⁵.

La admisión de los extranjeros en las comunidades de destino es un expediente de perpetuación de la diferenciación. El otorgamiento de “papeles” libera al extranjero migrante de la estigmatización de la invisibilidad jurídica, aunque la penitencia aún será larga: su condición de “converso” siempre estará presente¹⁷⁶. El concepto de diferencia sirve a los intereses de la sociedad jurídico-política y civil receptora para profundizar en las entrañas de la dicotomía del nosotros y el ellos. Los reajustes sociales de las sociedades postmodernas, las incertezas, nos llevan a una suerte de masa defensiva, proteccionista y selectiva. En el grupo, las diferencias se intentan minimizar para aumentar la cohesión y ofrecer un comportamiento homogéneo hacia los demás. La identificación de una comunidad tiene que tener en cuenta estas premisas¹⁷⁷.

¹⁷³ Reduciendo a la mínima expresión posible a la integración como “proceso complejo en el que se inscriben dimensiones muy variadas que operan de forma muy distinta en función de las estrategias de los actores intervinientes”, como recuerda Rubio Arribas, F., J., “Las personas con barreras lingüísticas: inmigración económica y su proceso de normalización en la sociedad madrileña”, en *Nómadas: revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, nº 17, 2008 [consulta realizada el 10 de junio de 2008], disponible en <http://www.ucm.es/info/nomadas/17/fjrarribas2.pdf>. p. 2.

¹⁷⁴ Un criterio, cuyas consecuencias en el plano político-filosófico, fueron objeto de estudio en el capítulo anterior, al que nos remitimos.

¹⁷⁵ Si la estructura social reposa sobre la cultura nacional y el análisis del proceso de integración es entonces inseparable de una representación bien particular de la sociedad, diferenciada y moderna, como recordaba Lapeyronnie, “Les deux figures de l’immigré”, *op. cit.*, p. 256, nos preguntamos, ¿no ha quedado, en materia de extranjería, la cultura nacional reducida a una visión simplista de la realidad?

¹⁷⁶ Es más, “la vinculación de la residencia de los migrantes a un contrato de trabajo origina fácilmente la creación de siervos, personas susceptibles de convertirse en víctimas de chantajes y privadas del goce de sus derechos [...]”, Vitale, *op. cit.*, p. 122. Incluso, llegado el caso, el acceso al estadio de la naturalización, o a la condición de nacional por residencia, está sometido a la prueba final de la buena conducta cívica y suficiente grado de integración.

¹⁷⁷ Canetti nos ofrece en su obra “Masa y poder”, desde una orientación metodológica antropológico-social, una apuesta por ese concepto de “masa” defensiva para estructurar la idea de colectividad cohesionada y compacta. En el fondo, como advierte el pensador italiano, existe una patología de la persecución: la manera de reafirmar lo propio es medirse con los demás, respecto a los enemigos, *op. cit.*, p. 18. Esa desigualdad,

En este contexto, el ordenamiento jurídico interno viene a corroborar o certificar la realidad de la insuficiencia de las vías ordinarias de acceso a la condición de trabajador legal. El legislador hace un ejercicio de realismo y permite que aquellos trabajadores que se encuentran en una situación de irregularidad administrativa en nuestro país puedan regularizar su estatuto y ser visibles jurídicamente¹⁷⁸. Es indudable que se parte de la realidad empírica de la presencia de una importante bolsa de personas que, por una u otra causa, permanecen ilegalmente en nuestro país en un determinado momento¹⁷⁹. No obstante, un proceso de regularización no puede ser considerado como el fin en sí mismo, más bien es una medida, de naturaleza excepcional, dentro de un amplio programa que proporcione mayores canales legales de inmigración, teniendo en cuenta las necesidades del mercado pero también las posibilidades de integración de los nacionales de terceros países¹⁸⁰.

El criterio de inmigración admite escasa variación; sólo tendrá acceso a la condición de “legal” el que justifique su inserción en el mercado de trabajo de forma oficial¹⁸¹. Los

ese universo mental diferencialista, en el plano antropológico, trae su raíz en la familia matriz, un *a priori* que tiene como principio la desigualdad de los hermanos y que se convierte en no equivalencia de los hombres y de los pueblos. Todd, *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, *op. cit.*, pp. 68 y 87.

¹⁷⁸ Los continuos procesos de regularización son, en realidad, la prueba más clara del fracaso del sistema de cuotas, como sostiene De Lucas Martín, “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, *op. cit.*, p. 7; unos procesos que, como indica el citado autor, ponen de manifiesto los malentendidos que subyacen a la creación de la inmigración como ‘problema político’. “La dimensión política de la inmigración. Una reflexión pendiente”, *op. cit.*, p. 282. Además, esos *remiendos* a través de instrumentos inferiores a la ley indican el mediocre funcionamiento de los mecanismos de control. Solanes Corella, “La ‘paradoja’ del principio de control de flujos migratorios”, *op. cit.*, p. 406.

¹⁷⁹ Solanes lanza la hipótesis de que las leyes nacionales de extranjería, inspiradas en el ánimo europeo de “controlar” la inmigración, paradójicamente *fomentan* la clandestinidad y *crean* irregulares, *loc. cit.* Por su parte, Ramos Quintana considera que las medidas contempladas para la población inmigrante irregular siguen siendo escasas, marginales, prácticamente responden a conceptos próximos a la idea de urgencia y a la noción de inevitabilidad. “Una política de inmigración para un modelo de inmigración: la integración a través del empleo”, *op. cit.*, p. 23.

¹⁸⁰ Crespo Navarro, E., “The incipient immigration policy of the European Union in Spain”, en *Spanish Yearbook of International Law*, vol. X, 2006, p. 122.

¹⁸¹ El eje fundamental de la política de regularización de los trabajadores inmigrantes en situación irregular pasa por condicionar la autorización administrativa de trabajo y residencia a la subsistencia previa del vínculo laboral. González Calvet, J., “El arraigo como instrumento de regularización individual y permanente del trabajador inmigrante indocumentado en el reglamento de extranjería aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre”, en *Revista de Derecho Social*, nº 37, 2007, p. 108. O, en sentido análogo, del inmigrante en situación irregular sólo importa su condición de trabajador, de modo que es preciso “conectarlos” con el mercado de trabajo ya que únicamente por medio de este “vínculo” podrá recuperar la condición de “regular”. Ramos Quintana, M., I., “Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo: nuevas vías y modalidades de contratación”, en *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 23, 2005, p. 16.

procesos “extraordinarios”, que han terminado por hacerse cotidianos cada cierto tiempo, por su naturaleza excepcional, son exclusivamente internos¹⁸². Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ese carácter interno tiene que ser matizado. Es cierto que los Estados miembros de la UE tienen atribuida la competencia exclusiva para emitir las autorizaciones de residencia y trabajo. Pero también lo es que, en virtud de lo dispuesto en el art. 21 Convenio de aplicación Schengen, “los extranjeros titulares de un permiso de residencia expedido por una de las Partes contratantes podrán, al amparo de dicho permiso y de un documento de viaje que sean válidos, circular libremente durante un período de tres meses como máximo por el territorio de las demás Partes contratantes”, es decir, están en posesión del derecho a viajar¹⁸³. La existencia de este reconocimiento, aunque limitado en el tiempo y en su objeto, permite afirmar que la regularización de la situación de las personas que no reúnen los requisitos para su estancia y permanencia legal en España pueden producir efectos “indeseados” para otros Estados miembros¹⁸⁴.

Como se ha indicado, la regularización periódica de las personas que permanecen en el territorio nacional de forma irregular intenta ser una vía de normalización específica, transitoria y de carácter excepcional¹⁸⁵. Todo proceso de regularización, más propiamente de “legalización”, refleja las incapacidades, incorrecciones y falta de criterio de una decidida política estructural de extranjería, el fracaso en definitiva de toda la sociedad en

¹⁸² Estas “medidas transitorias”, que se hacen coincidir con la entrada en vigor de una nueva disposición de reforma de la LOEXIS, son intentos reincidentes de iniciar una política inmigratoria desde cero, para lo que se habilita un periodo de gracia para aquellos que pueden justificar el cúmulo de requisitos que disponen las sucesivas normas de regularización colectiva (iniciadas otrora en 1985). Las periódicas regularizaciones, en el fondo, más que solucionar el problema han servido ante todo para mostrar la ineficiencia de un sistema que se encuentra diseñado bajo criterios que se han revelado como inadecuados. De Lorenzo Segrelles, “Art. 31. Situación de residencia temporal”, *op. cit.*, pp. 798-799.

¹⁸³ Siempre que cumplan las condiciones de entrada contempladas en las letras a) c) y e) del apartado 1 del artículo 5 y que no figuren en la lista nacional de no admisibles de la Parte contratante de que se trate.

¹⁸⁴ Indudablemente, sin perjuicio de las demás circunstancias indicadas en el Convenio, la extralimitación del estricto derecho a viajar, por ejemplo, si se pretende ejercer una actividad lucrativa, sí permite calificar la situación en otro territorio de Estado miembro como “irregular”. *Cfr.* Moya Escudero, “Inmigración y ciudadanía de la Unión Europea”, *op. cit.*, en prensa, p. 15.

¹⁸⁵ Esta especie de paliativo al ingente problema de la presencia de personas que intentan escapar de horizontes vitales no deja de ser una tarea impropia que requiere algo más que esfuerzos jurídicos. ¿Es qué acaso las estructuras socioeconómicas de los países de origen se corrigen desde medidas eminentemente policiales de control de fronteras? De todas formas, es justo reconocer que todo proceso de regularización “premia” al extranjero que ha incumplido el mandato legal de salida obligatoria del país, bien por denegación de la solicitud formulada para permanecer en territorio español o por la falta de la autorización para encontrarse en España, castigando *a sensu contrario* al que sí la cumple. Picó Lorenzo, “Nuestra errática normativa sobre extranjería: especial referencia a las regularizaciones y al arraigo”, *op. cit.*, p. 68.

su conjunto¹⁸⁶. Incluso cabría preguntarse si, como apunta De Lucas Martín, optar por la regularización no contribuye a la manipulación del hecho migratorio en lugar de a su tratamiento global y centrado en primer término en las causas que están en el origen de los actuales movimientos demográficos¹⁸⁷.

Paradójicamente, si la legislación de extranjería no fomentase la vulnerabilidad administrativa de los extranjeros sin papeles no serían necesarias medidas de regularización de personas¹⁸⁸. Ese malogro enquistó la existencia de los cauces “no ordinarios” de la visibilidad pública del “sin papeles”, que han terminado por convertirse en una situación consolidada, de carácter cíclico, un elemento identificador de la política de admisión interna.

Por un lado, la política que pretende controlar o impermeabilizar las fronteras¹⁸⁹ es ineficaz o inoperante ante la avalancha humana que se le presenta diariamente, no sólo policialmente (a pesar de la supuesta sofisticación técnica de instrumentos como el SIVE o la reciente potenciación de los mecanismos del FRONTEX¹⁹⁰) sino en términos logísticos (centros de internamiento, escaso apoyo jurídico, mínima ejecución de la readmisión, etc.). Por otro, el problema social y especialmente humano derivado de la presencia en nuestro país de personas que no pueden ejercer sus derechos en las mismas condiciones que los demás introduce un conflicto social latente que, si no fuera por las periódicas

¹⁸⁶ El proceso de regularización es una manifestación más de la mercantilización de la inmigración como bien de mercado y el proceso de “cosificación” del inmigrante. Marín Marín y Gallego Moya, *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, op. cit., p. 30.

¹⁸⁷ “Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración”, op. cit., p. 45.

¹⁸⁸ Cfr. Solanes Corella, Á., “Los procesos extraordinarios de regulación de inmigrantes: algunas alternativas”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, 2002, pp. 580-581.

¹⁸⁹ Con nuevas técnicas como muros y alambradas de levantamiento, supuestamente infranqueables, que lo único que consiguen es profundizar en las fracturas y aislamientos existentes entre el mundo del desarrollo y el no-mundo.

¹⁹⁰ Frontex (del francés *Frontières extérieures*, oficialmente Agencia europea para la gestión de la cooperación operativa en las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión Europea) es un órgano descentralizado de la Unión Europea (UE) cuyo fin es mejorar la gestión integrada de las fronteras exteriores de los Estados miembros de la Unión. Nos anuncian nuevos sistemas de captación de personas vía satélite. ¿Acaso piensan enviar una fuerza de choque para flanquear a los cayucos y pateras a sus lugares de origen? Sobre el SIVE (Servicio Integral de Vigilancia del Estrecho) véase López Sala, “Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada”, op. cit., p. 97.

visibilidades públicas que se conceden a esas personas, amenazaría con poner en estado de *shock* al Estado del bienestar¹⁹¹.

La cadencia de una solución de urgencia para la salida, al menos momentánea, de ese estado de naturaleza en que se obliga a permanecer al “sin papeles” es un acto reflejo de respuesta inmediata al impacto e inquietud que en la sociedad, en su conjunto, produce la sobreexplotación de personas y que alivia, pero no resuelve, el problema a medio y largo plazo¹⁹². El denominado “efecto llamada” parece inevitable tras cada proceso de regularización colectiva¹⁹³. En un mundo globalizado, cualquier rincón de la

¹⁹¹ En algunos países como Alemania, siempre ha sido principio básico que la inmigración ilegal no debería retribuirse con procedimientos individuales o generales de regularización basados simplemente en la estancia clandestina en el país. Hailbronner, K., “Alemania”, en Aja, E. y Díez, L. (edit.), *La regulación de la inmigración en Europa*, Barcelona, 2005, p. 45 y ss.

¹⁹² El sindicato CCOO calculó en febrero de 2006 cerca de 1,2 millones extranjeros en situación irregular, justo un año después de que el Gobierno pusiera en marcha el último proceso extraordinario de regularización, contando las 285.000 personas que se estima quedaron fuera del proceso por incumplir el requisito de haber estado empadronado en España antes del 7 de agosto de 2004. A los 883.000 extranjeros sin permiso de residencia tras el proceso de regularización habría que adicionar, según la central sindical, el ritmo de entrada de extranjeros en el país que no parece haber remitido tras la normalización, pues según la Encuesta de Población Activa (EPA) la población extranjera extracomunitaria aumentó en 337.000 personas en los tres primeros meses de 2005. Dato disponible en <http://www.extranjerossinpapeles.com/paginas/noticias/7%20de%20febrero%20de%202006.htm> [consulta realizada el 19 de noviembre de 2006]. El anterior titular de Trabajo afirmó, en plena precampaña electoral, que “es una ‘evidencia absoluta’ que el número de inmigrantes irregulares ha descendido en España y ha explicado que la diferencia entre tarjetas de residencia e inmigrantes empadronados ‘no llega a 500.000’. De esa cifra, habría que restar según el ministro a los ciudadanos comunitarios, los que están en trámite de renovación y los que estudian en España”. Noticia disponible en www.adn.es de 13 de febrero de 2008 [consulta realizada el 20 de febrero de 2008]. Además, la regularización colectiva ha terminado por “institucionalizarse” como una alternativa plausible de acceso a la “legalidad” utilizando canales alternativos para la residencia en España. Por supuesto, las razones económicas están presentes. Más “legales”, más cotizantes a la Seguridad Social. Y es que los datos positivos de la inmigración se miden casi siempre en términos de beneficio económico. “La aportación de los inmigrantes garantiza las pensiones hasta 2029”, noticia disponible en www.elmundo.es de 23 de octubre de 2008 [consulta realizada el 23 de octubre de 2008].

¹⁹³ Las extremas condiciones de pobreza y precariedad en la que malviven las personas en sus países de origen harían hablar mejor de un “efecto pobreza”, verdadera causa profunda de la inmigración actual. Franco Pérez, “Inmigración y extranjería. Las alternativas de regularización de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 202. Desde el punto de vista microestructural, no son el hambre y la miseria lo que induce a emigrar, sino la disparidad entre lo que tienen en el país de origen y lo que esperan obtener fuera. Giménez Romero, *Qué es la inmigración: ¿problema u oportunidad?, ¿cómo lograr la integración de los inmigrantes?, ¿multiculturalismo o interculturalidad?*, *op. cit.*, pp. 49-50; en sentido análogo, Zubero, “El reto de la inmigración: acoger al otro y ampliar el nosotros”, *op. cit.*, pp. 151-153. Con ser ciertas estas afirmaciones, las completaríamos más contundentemente con la afirmación de autores como Solanes de que ese efecto, que tantas veces se asocia a los controles fronterizos, debe más a la laxitud de las instituciones en el combate de ese empleo clandestino, en la demanda de un mercado informal, *cfr.* Solanes Corella, “La ‘paradoja’ del principio de control de flujos migratorios”, *op. cit.*, pp. 410 y 414; De Lucas Martín, Peña Obiol, y Solanes Corella, *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*, *op. cit.*, p. 88; en sentido análogo Zapata Barrero, para quien “el vínculo no está entre el efecto llamada y la presunta legislación/política que se haga, sino en el vínculo entre efecto salida y las características de los países emisores [...]” para terminar aduciendo que “el verdadero ‘efecto llamada’ en el sistema de mercado, en especial la economía sumergida del país de destino”. “Política del discurso sobre la inmigración en España:

desesperación puede ser objeto del falso mensaje de la esperanza: las expectativas de un trabajo, aunque sea en condiciones de explotación, y con suerte esperar el tiempo suficiente para acceder a la condición de “legal”. Si para sostener la productividad en determinados sectores las economías de acogida necesitan de sobreexplotación de mano de obra y las condiciones de vida en el Sur siguen favoreciendo el drenaje de sus excedentes de población activa, se estarán dando los presupuestos necesarios para que se produzca el llamado “efecto llamada”¹⁹⁴. De este mensaje se benefician y seguirán haciéndolo las mafias sin escrúpulos mientras haya empleadores que se sigan aprovechando de las circunstancias personales y sociales de quien nada puede defender, ni siquiera sus derechos¹⁹⁵. En este sentido, la siempre insuficiente lucha por parte de los poderes públicos contra la atentatoria situación de los derechos fundamentales de las personas víctimas de tales hechos es otro factor criminógeno¹⁹⁶. En general, la actitud de

discurso re-activo y discurso pro-activo en los debates parlamentarios” [consulta realizada el 2 de enero de 2008], *op. cit.*, p. 335; también Hjarno, J., *Illegal immigrants and developments in employment in the labour markets of the EU*, Ashgate, 2003, p. 127; Giménez Blanco, *op. cit.*, p. 110. Compartimos las palabras de Ridaio, J. M., cuando sostiene que el verdadero pacto de Estado sobre la inmigración no debe versar sobre qué hacer con los extranjeros, sino con los nacionales que los contratan ilegalmente. “Populismo, democracia, inmigración”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 185, septiembre 2008, p. 25. La “llamada” de la economía sumergida también ha sido puesta de manifiesto en el Dictamen del Comité de las Regiones “Plan de Política en materia de inmigración legal lucha contra la inmigración ilegal futuro de la Red Europea de Migración”, de 13 de febrero de 2007, 2007/C/146/01 (DOUE C 146, de 30 de junio) (punto 1.1); la Comunicación de la Comisión Europea sobre prioridades políticas en la lucha contra la inmigración ilegal de los nacionales de terceros países, COM (2006) 402 final, de 19 de julio (apartado 3.f.36); la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, una política común de inmigración, COM (2007) 780 final, de 5 de diciembre (apartado 2); el proyecto de Directiva (CE) contra el empleo irregular, de fecha 16 de mayo de 2007 [consulta realizada el 20 de marzo de 2008], disponible en <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/07/196&format=HTML&aged=0&language=FR&guiLanguage=fr>. Por último, subraya la Resolución del Parlamento Europeo sobre el planteamiento de la UE sobre la gestión de la inmigración económica (COM(2004) 0811- (2005/2059/INI) de 26 de octubre de 2005 (DOUE C-272-E, de 9 de noviembre de 2006) en su apartado 17, que “la regularización en masa tiene por objeto ofrecer perspectivas a los migrantes ilegales, pero no es un sustitutivo de unas políticas sustanciales para hacer frente a la inmigración [...]”.

¹⁹⁴ Abad Márquez, L., V., “Trabajadores inmigrantes en las economías avanzadas. La paradoja de la demanda adicional en mercados con exceso de oferta”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España: contextos y alternativas*, 3º Congreso sobre inmigración en España, Granada, p. 463. O, como afirma Naïr, entre los países ribereños del sur (y en extensión los del África subsahariana) y del norte se concentran en cierto modo el “debe” y el “haber” de las relaciones de desigualdad, poder y oposición. *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁹⁵ Inmigración indocumentada y economía sumergida son dos fenómenos profundamente interrelacionados en nuestro país. La fragilidad administrativa del irregular, producto en buena medida del vínculo indisoluble entre autorización de trabajo y residencia, lo convierte en blanco perfecto de la explotación empresarial. Algo a lo que no es ajena, explícita o implícitamente, la voluntad del Estado formalizando la gradación legal del extranjero, que ocupa un nivel inferior al ciudadano y a partir de ahí se sitúa en un lugar más o menos privilegiado en virtud de su situación administrativa. Solanes Corella, *op. cit.*, p. 408.

¹⁹⁶ Cfr. Pérez Alonso, *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, *op. cit.*, p. 91. El autor se refiere expresamente a “actuación discriminatoria y permisiva” o

los poderes públicos ante los inmigrantes indocumentados es ambivalente, y oscila entre la inexistencia y la penalización extrema¹⁹⁷.

El *aprovechamiento* de la desesperación de unas personas que no tienen nada que perder –incluidos los vínculos personales y sociales–, y que quedan expuestas a los efectos perversos del no-derecho, de la impunidad frente a quien ha sido despojado de su dignidad, desempeña un rol cualificado en este imaginario¹⁹⁸. En el reinado de la desprotección del ejercicio de derechos, que hasta el momento se han negado a determinadas personas por no ser calificados como aptos administrativamente, la introducción en el microcosmos neocolonialista termina por completar la lógica de la exclusión. Los propios extranjeros en situación irregular asienten en la complicidad o connivencia con los empresarios que contratan a irregulares, con la jerarquía entre los mismos por antigüedad en el país, etc. Y, cómo no, muchos nacionales guardan un silencio de indiferencia ante la presencia de estas no-personas por puro interés material, como se apuntó *supra*¹⁹⁹.

Desde nuestro punto de vista, existe una relación complementaria y exponencial entre los conceptos de exclusión, diferencia y neocolonialismo. Los tres tienen idéntica teleología: servir a la marginación jurídica y social del inmigrante, en especial del “sin papeles”. En un mundo de enorme desigualdad, el entramado de relaciones económicas y sociales tiene una de sus manifestaciones más puras en la reproducción de pretéritas formas de colonialismo, con la diferencia de que esta novedosa versión del *ismo* se está

de “dejación de funciones”. Desde nuestro punto de vista, creemos que no se puede ser tan rotundo en esa afirmación siempre que la misma implicara el reconocimiento de que los poderes públicos inaplican, de uno u otro modo, las propias normas penales, aunque es cierto que se ha producido en los últimos años un desplazamiento del *ius puniendi* en materia de extranjería, implicando a actores privados como transportistas y empleadores.

¹⁹⁷ Torrez Pérez, “La integración de los inmigrantes y algunos de los desafíos que nos plantea”, *op. cit.*, p. 63.

¹⁹⁸ Un exhaustivo estudio reciente sobre la materia en Pérez Alonso, *op. cit.*

¹⁹⁹ No obstante, esa presencia consentida, a medio y largo plazo –evidentemente si el extranjero no es expulsado antes– puede producir efectos colaterales de los que se puede aprovechar el extranjero en situación irregular: incremento de la concienciación de los movimientos humanitarios de defensa de sus intereses y derechos, la presión colectiva de los *mass media*, etc., para terminar en un nuevo proceso de regularización. El que consigue entrar clandestinamente tiene una única consigna: aguantar en su invisibilidad jurídica hasta que se produzca un nuevo proceso de regularización que sabe que llegará, más pronto que tarde, cuando la presión social sea insoportable. Eso sí, la pendencia de la ejecución de una medida de expulsión, como veremos *infra*, “paraliza” cualquier intento de regularización a corto y medio plazo.

desarrollando y consintiendo en el corazón de las sociedades del bienestar²⁰⁰. La ineficacia de la lucha contra la explotación de personas es el signo de la potencialidad de un sistema económico enormemente estratificado entre patronos (los empresarios), súbditos (especialmente los “sin papeles”) y los capataces (los mismos “sin papeles” con mayor rango en esta escala, en razón de la fidelidad, el periodo de permanencia, etc.)²⁰¹.

La apelación al carácter postcolonial de las migraciones del nuevo milenio pone de manifiesto que las dimensiones sociales y políticas en las que se circunscribe todo el proceso se definen por formas de estratificación, en consonancia con la representación sociológica y simbólica de la alteridad²⁰². Los trabajadores clandestinos son los “nuevos esclavos” del siglo XXI²⁰³. Como hipótesis que defendemos, se trata de una expresión de una nueva forma de dominación y servidumbre que hunde sus raíces cognitivas en el interesado imaginario erigido acerca del “otro”, que sanciona el mundo de la invisibilidad en las mismas entrañas del Estado de los derechos²⁰⁴.

²⁰⁰ El descrédito democrático ante esta estratificación social de reminiscencias coloniales en el que el paria “sin papeles” ocupa el lugar más ínfimo de la sociedad, el *siervo* de los nuevos tiempos, revierte en la crisis de legitimidad social, puesto que con el incremento de esta particular diferenciación social entre inmigrantes, y entre todos ellos y los ciudadanos, la democracia y sus principios [igualdad de derechos, no-discriminación y control popular] se ven directamente afectados. Zapata Barrero, *Multiculturalidad e inmigración*, *op. cit.*, p. 110. O, en palabras de Bello Reguera, “es esa misma ‘oferta’ [de trabajo al margen de la ley] la que deconstruye con su mercado global la distinción legal/ilegal, interna a unos Estados-nación desbordados por la globalidad líquida de las realidades migratorias”. Bello Reguera, “La emigración y la periferia moral europea”, *op. cit.*, p. 21.

²⁰¹ El drama del “irregular” es que la ciudadanía sigue siendo una entelequia, una simple ensoñación. Por ello, se necesita un cambio de perspectiva político-jurídica y de mentalidad: primar la condición de persona del inmigrante antes que su utilidad como factor productivo, Martínez Abascal, *Ciudadanía social y políticas migratorias de la Unión Europea*, *op. cit.*, p. 50. Nosotros añadiríamos como hemos subrayado en este trabajo: esa entelequia perdurará incluso, si llegado el caso, el extranjero adquiere alguna vez la nacionalidad española porque nunca será, del todo, dejado de ser considerado extranjero en el imaginario colectivo.

²⁰² En ese proceso, los nacionalismos organizan narrativamente los recursos simbólicos que se encuentran a su disposición para dotar de significado a la realidad social de los individuos y crear la experiencia de un *nosotros* de cuya voluntad parezcan emanar espontáneamente las decisiones de gobierno. Colom González, “El nacionalismo y la quimera de la homogeneidad”, *op. cit.*, p. 13.

²⁰³ Delgado Álvarez, “La situación de los trabajadores inmigrantes irregulares en territorio español”, *op. cit.*, p. 102. Como subraya Pérez Alonso, la nueva esclavitud se desarrolla al margen de la ley y permanece oculta, *op. cit.*, p. 63.

²⁰⁴ Los perversos principios reguladores de la alteridad (la diferencia como anomalía y problema, el miedo y desconfianza, etc.) sirven al neocolonialismo que se ha instalado en nuestras sociedades haciendo de la visibilidad/invisibilidad un criterio flexible aplicable al extraño para explotarlo y discriminarlo a conveniencia de sus “dueños”: una persona que habita en la marginalidad, presente para la aplicación de la fuerza de trabajo y ausente para los derechos. Como afirmara Walzer hace unos años, los sirvientes que viven con [esa familia “peculiar” que es el Estado] no han desaparecido del mundo moderno. Walzer, *Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y de la igualdad*, *op. cit.*, p. 65.

En la síntesis entre lejanía y proximidad, el extranjero legal en general y el irregular en particular aparecen a consecuencia de su *atopía*, de su tránsito inacabado, como el confidente perfecto, la persona de quien se espera una fidelidad potencial y real a prueba de resignación y de “listas de espera” para la subsistencia de las formas de explotación neocoloniales, precisa y paradójicamente por la desconfianza y escasa participación social que tiene ese perfil de persona²⁰⁵. Mientras el Estado de Derecho se autoproclama adalid de los derechos humanos, ese mismo Estado parece incapaz de acabar con la lacra de la explotación personal del irregular que es empleado clandestinamente²⁰⁶. El modo como se ha construido socialmente la categoría social compleja de los inmigrantes, el análisis de las situaciones y posiciones sociales que los mismos ocupan en el entramado social, más allá de su simple designación institucional, es una de las vertientes teóricas de más productividad en el conocimiento de la sociogénesis del extraño²⁰⁷. El espacio de relaciones sociales entre autóctonos e inmigrantes es un lugar común descompensado, producto de la dominación de reminiscencias neocoloniales, un espacio de tutela, de desapego y de ensimismada categorización cívica que trasciende las marcas institucionales impuestas²⁰⁸.

El incremento de las restricciones legales a las migraciones, dificultando la entrada y permanencia de personas que no son beneficiarios del derecho de libre circulación comunitaria, se acompaña de una precariedad y flexibilidad al límite para quienes tienen la

²⁰⁵ Como recuerda Agamben, G., la imposibilidad como negación de la posibilidad (no poder ser) y la necesidad como negación de la contingencia (no poder no ser) son los operadores de la desubjetivación, de la destrucción y de la remoción del sujeto. *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, Madrid, 2000, p. 154.

²⁰⁶ La disuasión que representaría la neutralización, en la medida de lo posible, de toda la mecánica de clandestinidad laboral, es un tema insuficientemente estudiado en la actualidad y en el que habría que profundizar para analizar racionalmente, y fuera del fragor político, la inaceptable bolsa de personas migrantes que viven en condiciones por debajo de los límites de lo permisible en nuestro país.

²⁰⁷ Una sociogénesis de la que el Derecho se aprovecha, puesto que “toda la capacidad de comunicación presente en el Derecho, clave para el establecimiento del imaginario simbólico de cualquier grupo social, cuando hablamos de Derecho de inmigración tiene una línea clara, la de mostrarlos no sólo como diferentes, sino como sustancialmente distintos [...]. Se presenta al inmigrante como extraño, y peor aún como enemigo, que además de ajeno, es una amenaza para nuestra identidad [...]. El Derecho contribuye decisivamente a fijar esas características y fijar las consecuencias [...] fijando barreras frente a los adversarios que llegan de fuera”. De Lucas Martín, “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, *op. cit.*, p. 170.

²⁰⁸ Un análisis de las directrices doctrinales de los mecanismos de designación social del migrante se contiene en Santamaría, *La incógnita del extraño. Una aproximación a la significación sociológica de la “inmigración no comunitaria”*, *op. cit.*, p. 94 y ss. Desde el punto de vista antropológico, no podemos olvidar como señala Alzate, que la categorización social crea identificaciones y oposiciones entre las personas. Alzate Sáez de Heredia, “Identidad y conflicto”, *op. cit.*, p. 33.

suerte de ser admitidos²⁰⁹. Son evidentes las funciones estructurales y simbólicas que desempeñan los inmigrantes en el entramado social de los países receptores²¹⁰. La estigmatización del trabajo manual, mal pagado e infravalorado, es un excelente caldo de cultivo para la discriminación sociolaboral de los inmigrantes, que pasan a constituir la capa social más baja, a la que no es ajena la propia *etnificación* diferencial del mercado de trabajo de extranjería, que adquiere una gravedad manifiesta con los “sin papeles”²¹¹.

En este contexto, serán los más marginados quienes estén en mejores condiciones para formar parte de una economía de servidumbre que no hace sino reproducir ese estado de excepción que se aplica al inmigrante²¹². La deriva marginalista introduce al migrante en el mundo de la carencia, no sólo material, sino lo más atentatorio contra la dignidad humana, en la penuria afectiva, social y culturalmente²¹³. El inmigrante sin papeles es el prototipo del déficit de carencias. Las soluciones normativas previstas tampoco son alentadoras²¹⁴. La bolsa de “irregulares” alimenta al sistema de bienestar de los países a los que migran y reciben en contraprestación la dependencia de los mecanismos

²⁰⁹ Subraya Benhabib al respecto que “los otros de Europa, sean trabajadores extranjeros o refugiados, solicitantes de asilo o migrantes, se han convertido en un centro obvio para las ansiedades e incertidumbres generadas por la “otración” de la misma Europa, su transformación de un continente de Estados naciones en una entidad política transnacional, cuya forma constitucional y política precisa sigue siendo incierta”, *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, op. cit., p. 121.

²¹⁰ Y que se consolida en la percepción social, por ejemplo en la imagen proyectada por los *mass media*. De este modo, “el mensaje de resignificación de inmigrante en clave de ‘ilegal’, creado por el discurso periodístico [...] asentaba una dinámica de construcción identitaria a partir de la evocación de pautas de exclusión de la comunidad imaginada de la sociedad de acogida. Al atribuir a las personas y no a sus acciones, la categoría de ilegalidad, la imagen del ‘otro’ inmigrante se consolidó a partir de este dispositivo simbólico que enunciaba y reafirmaba diferencias en clave negativa de ilegalidad”. Nash, *Inmigrantes en nuestro espejo. Inmigración y discurso periodístico en la prensa española*, op. cit., pp. 66-67. Cfr. además, Bañón Hernández, A., *Discurso e inmigración. Propuestas para el análisis de un debate social*, Murcia, 2002, pp. 262 y ss.

²¹¹ Cfr. Cachón Rodríguez, “Discriminación y lucha contra la discriminación de los trabajadores inmigrantes”, op. cit., p. 116 y ss; Gascón Abellán, M., “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, op. cit., p. 4; Goytisolo y Naïr, *El peaje de la vida: integración o rechazo de la emigración en España*, op. cit., p. 119; Arango Villa-Belda, J., “Inmigración y diversidad humana. Una nueva era en las migraciones internacionales”, en *Revista de Occidente*, nº 268, septiembre de 2003, pp. 16-17.

²¹² Una inserción en los sectores periféricos y marginales del mercado de trabajo que se conceptúa normalmente en el discurso de la “inmigración no comunitaria” como estado o situación propia de los migrantes y no como proceso que atraviesa y configura la sociedad de instalación. Santamaría, op. cit., p. 140.

²¹³ La deshumanización se inscribe en la reacción neocolonialista europea contra los flujos migratorios. Bello Reguera, “La emigración y la periferia moral europea”, op. cit., p. 22.

²¹⁴ Indudablemente entre las soluciones normativas no se encuentra la regularización como mecanismo de integración de las mujeres. Casal y Mestre i Mestre, “Migraciones femeninas”, op. cit., p. 125.

sancionadores de extranjería²¹⁵. Puede resultar paradójico, pero el premio de la legalidad tiene un coste humano cualificado para el irregular. El itinerario por la marginalidad, el desamparo de la dignidad y de derechos supuestamente universales de la persona es el precio a abonar a cambio de la tolerancia²¹⁶. Como veremos a continuación, el proceso de normalización, tal y como está construido jurídicamente, puede fácilmente convertirse en un viaje con retorno porque, en el fondo, el inmigrante nunca sale de esa zona de indiferencia a la que es condenado.

3. La selección individualizada del irregular: el arraigo en la zona de indiferencia de la excepción

Los derechos de los extranjeros necesitan de la aceptación de la comunidad de destino. Como hemos advertido, el poder soberano ha establecido un estado de excepción frente al extraño en el que todas las categorías conceptuales se encuentran en una zona de indiferencia donde la sospecha es símbolo de la alienación de la persona y se paralizan los derechos, la propia autoestima moral²¹⁷. La salida de esta zona nunca es completa. Igualdad e incorporación son nociones complementarias²¹⁸. En ese espacio de displicencia, la simbiótica relación justifica tanto la exclusión desde la diferencia como la

²¹⁵ Para un estudio del perfil personal de inmigrante que engrosa la economía informal en destino y la magnitud alcanzada por ésta, véase Baganha y Reyneri, “La inmigración en los países del sur de Europa y su inserción en la economía informal”, en Solé, C. (coord.), *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, op. cit., p. 76 y ss; 136 y ss. y 205 y ss.

²¹⁶ En definitiva, se trata de una respuesta extraordinaria, una auténtica medida de gracia del sistema, motivada en gran parte por el carácter restrictivo de la mayoría de condiciones de acceso al mercado de trabajo interno: exigencia de autorizaciones previas, que a su vez dependen de informes diversos, existencia de cupos, filtro de la situación nacional de empleo, etc.

²¹⁷ La integración no se persigue si se mantienen los fobotipos, el mecanismo de sospecha que hace que todo extranjero –hoy es el extranjero extracomunitario pobre– es sujeto de sospecha y, por ello, sostiene la consecuencia “natural” de que la discriminación en el trato, la no-equiparación en derechos, está justificada. De Lucas Martín, “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, op. cit., p. 7. Como principio programático, señala la Comisión Europea que “explorará la forma en que los procesos de integración podrían contribuir más activamente a impedir la alienación social y la discriminación contra los inmigrantes [...]”. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, tercer informe anual sobre inmigración e integración (apartado 5) COM (2007)512 final, de 11 de septiembre. Esperemos que ese principio dé el salto cualitativo necesario para la eliminación de esta contradicción del Estado de Derecho.

²¹⁸ Comenta Portilla Contreras, G., al respecto que “sólo la aceptación de la igualdad en derechos de todos los sujetos, sean o no extranjeros, y, sean o no comunitarios, permitiría la inclusión de la diferencia”. “El Derecho penal ante la nueva representación totalitaria de la soberanía nacional: la inmigración ilegal”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, pp. 251-252.

indiferente inclusión, cercando toda interacción entre diferencia e igualdad, entre igualdad e incorporación, en definitiva entre realización de derechos y pertenencia a la comunidad²¹⁹.

El derecho inherente de cada ser humano a desarrollar su personalidad y su dignidad, reflejado en el ordenamiento positivo internacional y constitucional²²⁰, es un derecho de libertad que queda sin contenido si se niega o se hace compleja la posibilidad de que el migrante consolide vínculos sociales en la comunidad en la que libremente ha elegido vivir. El arraigo aparecería así como una faceta de ese libre desarrollo personal, un componente identitario fundamental para la persona. Sin embargo, esta ontología que define a la persona por sus vínculos se encuentra atrapada por la cesura entre el alcance ético y normativo de la libertad de desarrollo personal. Entendemos que la disociación entre la admisión normativa y la admisión identitaria es una consecuencia del acercamiento de la construcción del Derecho de extranjería al “Derecho penal del enemigo”. Efectivamente, el arraigo, tal y como resulta estructurado en la política normativa interna de admisión, es un criterio funcional más por mucha importancia que se le dé. Y decimos que es un criterio funcional por su alcance jurídico-positivo, muy alejado de cualquier idea valorativa que la conciba como el resultado de una libre elección de la persona²²¹.

En la complementaria apología de la lógica de la necesidad y la seguridad a la que responde el Derecho de extranjería, los derechos importan en su justa medida²²². La idea de arraigo derivada de la política normativa interna está más cercana a la lógica de la oportunidad que a la de la defensa del *ethos*. La axiología cede su puesto a la sacralización

²¹⁹ Precisamente los excluidos están en la sociedad, ya que la exclusión atañe a personas que están fuera de una sociedad de la que al mismo tiempo forman necesariamente parte. Karsz, “La exclusión: concepto falso, problema verdadero”, *op. cit.*, p. 160.

²²⁰ Véase arts. 10.2 CE y el Preámbulo, párrafo segundo, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

²²¹ En este sentido, el ideario normativo está muy lejos de la pluralidad moral, como característica esencial de la naturaleza humana: la idea de que todo hombre no es lo que es sino lo que puede llegar a ser a través de su propia libertad de elección, en donde la tolerancia no se busca sólo por ser socialmente útil o políticamente eficaz, sino sobre todo porque es moralmente obligatoria. Hernández Losada, “La tolerancia y el futuro del liberalismo”, *op. cit.*, p. 237.

²²² La creación de dos categorías jurídicas de sujetos de Derecho [legales e irregulares] y de dos lógicas jurídicas diferentes supone la quiebra del Estado de Derecho. De Lucas Martín, “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, *op. cit.*, p. 172.

del “interés público”, a un pragmatismo que templó la consideración de no-persona sólo por razones oportunistas, aunque oficialmente se aduzca un humanitarismo medido. Es un medio perfecto para implementar ese umbral de indiferencia en donde la exclusión se convierte en inclusión y la inclusión se desenvuelve como exclusión.

La segunda forma de admisión que se “oferta” al irregular –la “regularización ordinaria o individual”²²³– se sistematiza en sede normativa en la figura de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales prevista en el art. 45 Regl., en relación con el art. 31.3 LOEXIS²²⁴. Es una negación complementaria de todo desarrollo de los lazos personales y sociales²²⁵. El legislador da poco crédito a aquello que signifique algún tipo de consolidación de una opción de vida²²⁶. En esta sede lo importante es que quien se postule a la candidatura de “preciudadano” tenga claro que será aceptado mientras interese a quien lo acoge²²⁷.

²²³ Avanzar, como subrayan Trinidad García y Martín Martín, que se trata de “una fórmula que permite que en el ordenamiento jurídico se contemplen diversas situaciones que se hacen acreedoras de un tratamiento favorable para su completa incorporación en la sociedad de acogida y para evitar, justamente, futuros e imprevisibles procesos extraordinarios de regularización”, *op. cit.*, p. 105. Véase asimismo, entre otros, a De Lorenzo Segrelles, “Art. 31. Situación de residencia temporal”, *op. cit.*, p. 799; Puerta Vilchez, “La regularización de extranjeros”, *op. cit.*, p. 394; Cavas Martínez y Fernández Collados, *op. cit.* p. 484.

²²⁴ En sentido estricto, sólo lleva aparejada *ope legis* una autorización para trabajar los supuestos de autorización de residencia temporal por arraigo y los refugiados (art. 45.7, primer párrafo, Regl.) debiendo ser solicitada en el resto de casos por sus titulares (art. 45.7, segundo párrafo).

²²⁵ La unión de la autorización de trabajo a la de residencia crea una dependencia jurídica resolutoria sobre el inmigrante. En las autorizaciones concedidas en los supuestos previstos en el art. 45.2 Regl., transcurrido el año para el que se concedió la autorización por razones excepcionales, no podemos hablar de renovación sino estrictamente de modificación a una autorización de residencia o de residencia y trabajo, siempre y cuando obtengan los requisitos para su obtención, sin necesidad de visado (art. 98 en relación con el art. 47.3 Regl.). Desde nuestro punto de vista, nada impide que en el caso contemplado en el art. 45.2.c) se pueda volver a solicitar una nueva autorización de residencia por circunstancias excepcionales al no preverse otro requisito para su concesión que la acreditación de los lazos de sangre definidos en el precepto.

²²⁶ La LOEXIS, desde el principio y en sus sucesivas modificaciones, se ha referido a la situación de “arraigo” a secas, como situación con base a la cual poder otorgar una autorización de residencia temporal. Por todos, véase Márquez Prieto, A., “Inmigración, integración y exclusión: cara y cruz del arraigo laboral [A propósito del art. 45.2. a) del Reglamento de Extranjería]”, en *Aranzadi Social*, nº 10, 2005, p. 1155.

²²⁷ La ausencia de definición normativa de la noción de arraigo y su escasa mención en la LOEXIS (solamente se hace referencia al mismo en los artículos 31.3 y 63.3 del citado texto legal) son dos referencias iniciales de esa desregulación. Es criticable la remisión en blanco, sin principios ni conceptos, que la LO 14/2003 realiza a la vía reglamentaria, entre otras materias, en el arraigo; una ausencia de criterios legales que supone una auténtica vulneración de los principios de legalidad y seguridad jurídica. Aja, “La evolución de la normativa sobre inmigración”, *op. cit.*, p. 40. Análogamente se pronuncia De Lorenzo Segrelles, al puntualizar que la concreción de conceptos como el arraigo al desarrollo reglamentario no deja de ser merecedor de cierto reproche, pues debiera ser la propia Ley la que delimitara, si no en su totalidad sí al menos en sus principios fundamentales, las líneas básicas de figura como ésta, *op. cit.*, p. 800. Quizá, el ordenamiento español no adopta ningún concepto de arraigo por la dificultad de incluir en una definición legal elementos que trascienden la pura racionalidad del Derecho. Precisamente, ese silencio en la dicción no

A su calificación jurídica como hecho empírico o circunstancia a tener en cuenta como criterio de admisión que, como otros muchos, se utiliza para atribuir unas consecuencias jurídicas, se acompaña su consideración excepcional: es una situación que escapa a la aplicación de la regla general del Derecho de extranjería, lo que empieza a darnos indicios sobre su naturaleza jurídica²²⁸.

En una comparación con la regulación legal establecida en la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, ésta aún era más parca²²⁹. En concreto, se atenía a una única previsión como causa de prórroga de los permisos de residencia y su desarrollo se remitía a vía reglamentaria (art. 13.1 b)²³⁰. Por su parte, la LO 8/2000 derogó la denominada “regularización permanente” que establecía el antiguo artículo 31.3 LO 4/2000, un modo de acceso en el que no se hacía alusión a contrato de trabajo alguno, sino a “medios económicos para atender su subsistencia”²³¹.

Como antecedente más reciente, el RD 864/2001, en concreto su artículo 41.2.d) disponía que el permiso de residencia temporal podía concederse a “aquellos que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y en los que

es lo más significativo sino la intencionada falta de asunción por el legislador de la orientación jurisprudencial en el tema y que examinaremos *infra*. Véase Picó Lorenzo, “Nuestra errática normativa sobre extranjería: especial referencia a las regularizaciones y al arraigo”, *op. cit.*, p. 70.

²²⁸ Como pone de manifiesto Franco Pérez, la inclusión del concepto de arraigo en el vigente régimen jurídico de extranjería tiene una componente práctica: una solución válida y factible para minimizar los efectos política y socialmente desestabilizadores de la existencia de una inagotable bolsa de inmigrantes irregulares, más allá de las imprevisibles regularizaciones extraordinarias. “Inmigración y extranjería. Las alternativas de regularización de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 220; en sentido análogo, por todos, López López, J., “Autorizaciones de residencia temporal por circunstancia excepcionales”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 308.

²²⁹ Desde entonces, el Derecho de extranjería interno sólo ha definido al arraigo como una situación en base a la cual poder otorgar un permiso [hoy autorización] de residencia temporal, Márquez Prieto, *op. cit.*, p. 1155.

²³⁰ Sin embargo, habrá que esperar al desarrollo reglamentario de la LO 8/2000, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio (art. 41) para que esta figura adquiriera su dimensión jurídica. Sostenía Álvarez-Cienfuegos Suárez que se trataba de encontrar en el concepto de “arraigo” un mecanismo de flexibilidad humanitaria, para evitar la proliferación indefinida de nuevos procesos de regularización. “La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, *op. cit.*, p. 33. Los resultados no atestiguan esas palabras.

²³¹ *Cfr.* Picó Lorenzo, *op. cit.*, p. 70; Puerta Vilchez, *op. cit.*, pp. 396-397. Una postura a favor de esta regularización permanente, *inter alia*, en Solanes Corella, “Los procesos extraordinarios de regulación de inmigrantes: algunas alternativas”, *op. cit.*, pp. 583-585; Trinidad García y Martín Martín, *op. cit.*, p. 106.

concurra una situación excepcional y acreditada de arraigo, considerando como tal la incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles”²³². De este modo, se refrendaba en sede normativa una suerte de arraigo eminentemente familiar y social, de carácter abierto y de amplia interpretación, por cuanto no se establecía un *numerus clausus* de familiares con los que mantener lazos de parentesco y, por supuesto, manejando la inserción efectiva en el conjunto de relaciones laborales del país como una vía plausible de acceso a la condición de “legal”²³³.

La ubicación sistemática del principal precepto que contiene referencias al arraigo –principalmente su excepcionalidad– (art. 45.2) nos sitúa ante posibles indicadores de la noción que maneja el ordenamiento interno. La apelación a la dual criteriología que hacía el antiguo Regl. de desarrollo de la LOEXIS, es decir, la incorporación real al mercado de trabajo y el parentesco, incidían en los dos aspectos vehiculares de la progresión social de una persona: el vínculo laboral y familiar con la sociedad que lo ha acogido. Siguiendo este paralelismo definidor de la naturaleza del arraigo legal, la nueva disposición reglamentaria “fulmina” la autonomía del arraigo familiar. No conforme, completa ese sentido normativo con una posibilidad alternativa a la acreditación de la existencia de lazos familiares con personas que tengan estatuto de residente legal. Así, el vínculo familiar en cuestión podrá ser sustituido por la superación de un “juicio de inserción social”, dejando a salvo a los hijos de padre o madre que hubieran sido españoles de origen, que no están sujetos a ningún requisito. Con todo, es una reminiscencia de la importancia del *ius sanguinis* como criterio de atribución de la nacionalidad *mutatis mutandi*.

²³² Disposición normativa dictada en aplicación de lo dispuesto en el art. 31.4 LOEXIS en su redacción dada por LO 8/2000. Esta vía es diferente a la “regularización permanente” que posibilitaba su apartado 3, que sólo exigía la permanencia continuada de cinco años y la justificación de medios de subsistencia.

²³³ No deja de resultar peculiar que, además de que la redacción volvía a poner de manifiesto la visión normativa del arraigo como circunstancia excepcional, el citado reglamento estableciera un plazo de permanencia mínima continuada de tres años cuando la Ley no contemplaba ese requisito temporal, quizá, como afirma Ruiz Legazpi, por influencia de la regularización extraordinaria de la DT 4ª de la LO 8/2000. *El arraigo familiar en España* [consulta realizada el 4 de noviembre de 2006], disponible en http://www.pcb.ub.es/idp/cat/2_recerca/immig/pdf/tj_ruiz.pdf, p. 4. No obstante, el arraigo es un concepto jurídico indeterminado que, tras la reforma legislativa operada por la LO 8/2000, adquiriría una especial relevancia en la configuración de la situación jurídica del extranjero. Solanes Corella y Cardona Rubert, *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, op. cit., p. 104.

En las siguientes páginas vamos a analizar esta sistemática para intentar inferir la naturaleza y a la vez complejidad de un concepto que, como se encuentra estructurado jurídicamente, adquiere diversidad de matices *ad casum* pero que no incluye ninguna referencia ética.

A. El arraigo laboral

Esta figura es un instrumento novedoso en nuestro ordenamiento²³⁴. Es discutible que su orientación a la lucha contra la inmigración clandestina y la economía sumergida sea de alguna utilidad²³⁵. Se trata de una nueva vía extraordinaria, singular e individualizada de regularización de los “sin papeles” que abre una incierta fisura entre empleadores y trabajadores²³⁶. Estamos en presencia de una nueva expresión de *culpabilización* del irregular al que se le está obligando a denunciar una situación de explotación que, aunque es una vía de salida de la clandestinidad, puede convertirse en la práctica, en un seguro de regreso a ese mundo. No sabemos si se ha pecado de ingenuidad o de cinismo al regular esta figura, pero nadie puede creer que los irregulares terminen por generalizar esas prácticas; primero, por la complejidad de la prueba de la existencia del mínimo de un año

²³⁴ Que entró en vigor tres meses después de la finalización del último proceso de normalización, es decir el 8 de agosto de 2005.

²³⁵ Al contrario de lo que aducía en sus declaraciones la Sra. Rumí, Secretaria de Estado de Inmigración, en el momento de entrada en vigor de la norma, disponible, *inter alia*, en <http://extranjeros.mtas.es/es/general/NoticiasActualidade374540dd361dd003baa6e26697ea61d.html> [consulta realizada el 12 de febrero de 2006]. El Gobierno pretendía que “sea a medio plazo, un eficaz revulsivo en la lucha contra una de las principales causas de la inmigración irregular, que no es otra que la existencia de ofertas de empleo en la economía sumergida, porque los empleadores sabrán que el extranjero sin documentación podrá denunciarles antes los Tribunales o ante la Inspección laboral y salir beneficiado del reconocimiento de esa relación”. Noticia jurídica del Consejo General de la Abogacía disponible en <http://www2.cgae.es/es/contenidos/contenido.asp?iddoc=8265> [consulta realizada el 20 de marzo de 2006]. Lógicamente no responde a la misma política jurídica migratoria prevista para la normalización extraordinaria: sustituye la benevolencia al empleador por el rigorismo legal.

²³⁶ Es una técnica excepcional como la de normalización laboral prevista en la DT3ª Regl. LOEXIS, en cuanto se aparta de la regulación prevista con carácter general y permanente para canalizar los flujos migratorios socio-laborales, pero, al contrario de la anterior, con vocación de permanencia y vigencia indefinida. Por todos, Rojo Torrecilla y Camós Victoria, “La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración”, *op. cit.*, p. 94; Márquez Prieto, “Inmigración, incorporación y exclusión: cara y cruz del arraigo laboral [A propósito del art. 45.2. a) del Reglamento de Extranjería]”, *op. cit.*, p. 1154; González Calvet, “El arraigo como instrumento de regularización individual y permanente del trabajador inmigrante indocumentado en el reglamento de extranjería aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre”, *op. cit.*, p. 125; Trinidad García, M., L., “La regularización permanente: una opción sostenible”, en Andreo Tudela, J., C., y González Tamarit, L. (coord.), *IV Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 5-7 octubre 2005, Sevilla, 2006, p. 118. Para una autora como Ballester Pastor, estamos ante una “situación particularmente privilegiada”, en la que queda asegurada la permanencia del extranjero en la legalidad, aunque no pueda acreditar contrato de trabajo alguno, *op. cit.*, pp. 268 y 274.

de relaciones laborales sin exteriorización formal²³⁷ y segundo, porque esa denuncia puede no resultarle gratis en el futuro al candidato a ser admitido²³⁸.

La publicidad de la relación laboral podría terminar por convertirse en un gravamen adicional para el afectado que, no debemos olvidar, es la víctima de una situación irregular, en algunos casos de explotación, condicionada en sus actuaciones por el miedo a que se conozca su situación²³⁹. La vía del “arraigo laboral” aparece *a fortiori* desasistida gravemente de contenido por la penalización de la conducta empresarial que, según Martín Martín, vaciará por completo esta vía de regularización²⁴⁰. La entrada en juego de la denuncia de una relación no ajustada a Derecho coloca al delator en una disyuntiva nada pacífica. La vía de la regularización está condicionada a la denuncia pero esa misma acción, además de poner en aviso a futuros empleadores podría, en definitiva, producir el efecto contrario por serle más económica la sanción pecuniaria²⁴¹. Aunque es evidente que el acto de denuncia puede ser realizado, por las razones que sean, por terceras personas, en nuestra opinión no se garantiza adecuadamente que el empresario pueda revertir sobre la

²³⁷ La referencia expresa a la existencia de relaciones laborales con duración no inferior a un año no significa, evidentemente, que la misma tenga que ser actual, pudiendo tratarse de un vínculo laboral ya extinguido y que presupone una situación conflictiva y litigiosa entre empleador y trabajador inmigrante, en cuanto se exige resolución que reconozca la existencia de la relación. La complejidad de la demostración de la duración de la relación laboral en situación irregular es puesta de relieve por la doctrina científica. Por todos, Beneyto Calabuig, D., *Los trabajadores extranjeros. Análisis y comentario del nuevo Reglamento de extranjería de 30 de diciembre de 2004*, Valencia, 2005, p. 35. Una pregunta sigue presente, ¿cómo se demuestra la existencia de la relación laboral y, lo más complicado, como se acredita la antigüedad, cuando la esencia de la economía sumergida es su invisibilidad legal?

²³⁸ El precepto no alude a los posibles cauces de denuncia: lo más normal es que se persone en dependencias de la Inspección de Trabajo competente, o bien ante la Fiscalía o Juzgado competente, aunque la prueba documental que acredita la existencia y duración es la resolución confirmatoria del acta de infracción de la citada Inspección o resolución judicial que la reconozca [véase art. 46.2.b) Regl.]. La dificultad de una prueba testifical es evidente por la clandestinidad de la situación laboral en la que viven los “sin papeles”. Para la asociación tod@sigualestod@legales, “la carga de la prueba recae siempre en el más débil y el inmigrante no dispondrá de los medios exigidos –una sentencia judicial, un acta de la inspección de trabajo o bien un acta de conciliación–” [consulta realizada el 5 de febrero de 2005], disponible en http://www.extranjerosinpapeles.com/paginas/noticias/21_septiembre_2004.htm.

²³⁹ El legislador ha optado por la implicación, en la acreditación de la relación laboral, de los órganos jurisdiccionales de lo Social y de la Inspección de Trabajo. Sin embargo, prescinde de otros medios probatorios, quizá con el fin de evitar posibles usos fraudulentos.

²⁴⁰ Martín Martín, “Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería”, *op. cit.*, p. 123.

²⁴¹ No obstante, las buenas intenciones del Gobierno eran que “tras la denuncia, deberá hacer frente con carácter retroactivo a todas sus obligaciones y además, recibirá la correspondiente multa, aunque se dará una posible salida que suspenderá su sanción en caso de que liquide todas las deudas con el trabajador y con los organismos públicos correspondientes y mantenga durante al menos un año más al trabajador”. Noticia disponible en http://www.noticias.info/archivo/2004/200409/20040915/20040915_32954.shtm, de fecha 15 de septiembre de 2004 [consulta realizada el 5 de octubre de 2005].

persona afectada su forzada legalización²⁴². En último término, ¿qué garantías tiene el trabajador de que sus derechos no se paralicen en el estadio de la renovación de la autorización de trabajo si ante la denuncia se impone el revanchismo de quien tiene el poder de contratar?

Si con este sistema se pretende oficialmente combatir la inmigración clandestina, para poder acceder a él hay que demostrar que se llevan dos años como mínimo en territorio patrio. La acreditación de ese periodo se completa con la compleja demostración del mínimo de un año de paso por la economía sumergida²⁴³. La ruptura del vínculo de la presunción de una relación laboral legal es una *probatio diabolica* que favorece más al infractor que al damnificado, que no puede contar ni con la posible acreditación de un arraigo social aunque sea susceptible de remisión al informe de inserción procedente²⁴⁴. No parece incoherente, para evitar posibles situaciones injustas, que los medios probatorios acreditativos se hubiesen formulado con mayor generosidad interpretativa y no en forma de *numerus clausus*. También se pretende combatir la economía sumergida, pero para entrar en el sistema se requiere demostrar que se lleva un año trabajando en la economía sumergida²⁴⁵. ¿No estamos certificando precisamente lo que tratamos de combatir?

La puesta en marcha de este instituto, como se ha indicado, no es muy esperanzadora. Las cifras estadísticas hablan por sí solas²⁴⁶. Definitivamente, se ha instaurado un criterio

²⁴² Una prueba más de esa dependencia del esclavo a su patrono que la misma Ley refuerza, *cfr.* Pérez Alonso, E., J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina. (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, 2007, p. 87.

²⁴³ Por todos, véase Aguilera Izquierdo, “El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral”, *op. cit.*, p. 191.

²⁴⁴ Márquez Prieto considera que el precepto en cuestión [la demostración de la existencia de la relación laboral y de su duración de al menos un año] parece más bien pensado para disuadir a los empresarios de contratar a trabajadores sin permiso que para facilitar la regularización de éstos, *op. cit.*, p. 1155.

²⁴⁵ Cuestión distinta son los efectos laborales de esa relación irregular. Nos remitimos a lo indicado en el capítulo primero.

²⁴⁶ Según una respuesta del Gobierno dirigida al diputado de CiU Carles Campuzano, en los dos primeros meses de 2007 un total de 345 inmigrantes obtuvieron una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales por razón de arraigo. De las solicitudes presentadas en ese periodo, que ascendió a 7.267, la mayoría –casi 6.700– fueron para acogerse a la fórmula del arraigo social. De estas 345 autorizaciones concedidas, 318 lo fueron en aplicación de lo dispuesto en el 45.2 b del Reglamento de extranjería (arraigo social). Noticia de fecha 20 de abril de 2007, disponible en http://www.levante-emv.com/secciones/noticia.jsp?pRef=3507_33_290369_Juntos-total-inmigrantes-obtuvieron-residencia-arraigo-entre-enero-febrero. Por su parte, en 2006 casi 7.500 extranjeros obtuvieron una autorización de

formal de imposible aplicación ordinaria. Por todo lo indicado, se puede plantear si esta modalidad de admisión es realmente una alternativa favorecedora de la salida de la clandestinidad o, si por el contrario, estamos ante una nueva forma de indiferencia hacia la suerte de los derechos de las personas. Aunque oficialmente se esté ofertando una vía de acceso a la legalidad, en la práctica se le está diciendo al irregular que desista del intento porque lo peor que le puede pasar es convertirse en un “chivo expiatorio” a perpetuidad²⁴⁷.

Asimismo, es coherente plantear una interrogante sobre un tipo normativo que no soluciona a medio y largo plazo la situación del trabajador inmigrante. Si consigue solventar la complejidad de la demostración de la situación contractual irregular, tiene que pasar otra prueba: la obtención de un contrato de trabajo²⁴⁸. En efecto, la residencia por sí sola tiene plazo de caducidad siempre que no se pueda acreditar que se reúnen más de cinco años de residencia. Hay que tener en cuenta además que el plazo de residencia ilegal no computa a efectos de obtención del estatuto de residente permanente, un impedimento más para la efectividad de este tipo de figuras.

B. El arraigo social y familiar, una continuación de la presencia del criterio de admisión laboral

Las disposiciones relativas al arraigo recogidas en el Regl. de desarrollo de la LOEXIS establecen la figura comúnmente denominada en la terminología del sector jurídico de extranjería como de “arraigo social”, tipo general de acceso a la situación de residencia temporal. Este instrumento facilita el reconocimiento de la admisión en la comunidad de derechos de la sociedad de acogida. Se caracteriza por la institucionalización de unas acreditaciones que tendrá que probar el sujeto candidato.

residencia por razones de arraigo laboral, arraigo social o ser hijo de madre o padre de nacionalidad española, sobre un total de 24.877. La mayoría de las autorizaciones acordadas correspondieron a la vía del arraigo social –6.619–, seguida del arraigo laboral –223– y por ser hijo de madre o padre españoles, con 585 permisos. Las estadísticas, por defecto, hablan del carácter testimonial y carente de pragmatismo de esta figura. Noticia publicada en nota de prensa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de fecha 13 de febrero de 2007 [consulta realizada el 20 de diciembre de 2007], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=933>.

²⁴⁷ En el fondo no se está sino reproduciendo la lógica utilitarista con que es tratado el inmigrante extracomunitario por el legislador interno y, en especial el irregular. Véase Rubio Marín, *Immigration as a democratic challenge: citizenship and inclusion in Germany and the United States*, op. cit., p. 82.

²⁴⁸ En cierto sentido, la exigencia de contrato de trabajo en vigor, más objetiva y directa que la de incorporación real al mercado de trabajo, introduce coetáneamente un plus de certeza que, a fin de cuentas, garantiza al inmigrante pasar de una expectativa a un derecho.

Estas acreditaciones operan como verdaderos elementos disuasorios en orden a la regularización de la situación jurídica de la persona y, lo que es peor, en la necesaria recuperación de su dignidad.

El arraigo, en su tipo básico, tal y como aparece estatuido en el art. 45.2 b) del citado Reglamento, de conformidad con los artículos 31.1, 3 y 4 de la Ley Orgánica 4/2000²⁴⁹, estructura una serie de presupuestos acumulativos que, a nuestro juicio, instituyen un auténtico “juicio de adaptabilidad”. Es decir, se trata de un conjunto sistemático de elementos necesarios que fiscalizan distintos aspectos de la inserción social del aspirante a ser admitido en el universo de los “legales” y que, paradójicamente, no tiene como recompensa la libertad del individuo para la consolidación de esos lazos²⁵⁰. En efecto, como red sistemática que es, el sometimiento a verificación y evaluación de los patrones de capacidad de adaptación que se presentan en la norma afecta a ámbitos diferentes, más bien propios, en cierta medida, de la intimidad personal. Veámoslos a continuación.

En primer término, el extranjero en situación irregular tendrá que demostrar que tiene una vinculación territorial, una permanencia física continuada en territorio nacional de al menos tres años. Este período, si bien es idéntico a la regulación reglamentaria inmediatamente anterior, no se caracteriza por facilitar el “proceso de selección” de los candidatos²⁵¹. En un lapso temporal tan amplio es complejo que el clandestino siga “invisible” para la coerción legal sin que haya sido sometido a un proceso de expulsión²⁵². Sin embargo, esta permanencia tan prolongada es interpretada de forma extensiva por la instrucción de la Dirección General de Inmigración de fecha junio de 2005, de desarrollo

²⁴⁹ Recordar que el artículo 31.3 de la citada norma legal indica que “la Administración podrá conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos supuestos no será exigible el visado” (apartado modificado por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre).

²⁵⁰ Entre los presupuestos, por supuesto el principal: la existencia actual y vigente, no potencial de una relación laboral, se concreta en un contrato de trabajo firmado en el momento de la solicitud con una duración inicial mínima de un año.

²⁵¹ Véase art. 41.2 d) del RD 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su incorporación social, reformada por Ley 8/2000, de 22 de diciembre (BOE núm. 174, de 21 de julio).

²⁵² Distinto es que se haya podido ejecutar esa orden.

del art. 45.2. b) mencionado, al concretar “cualquiera que hubiera sido la situación administrativa del solicitante”²⁵³.

En lo que respecta a la documentación acreditativa de la permanencia continuada, ante la falta de mención expresa de documentos que verifiquen esa circunstancia, según se desprende de la dicción literal del Regl., desde nuestro punto de vista y en una interpretación lógica, habría que acudir a la legislación general administrativa, es decir, al art. 80 de la Ley 30/1992, reguladora del régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común²⁵⁴. Por tanto, la acreditación de esta circunstancia podría realizarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, al no disponer la norma expresamente lo contrario, pero siempre que adopte el carácter de continuada, como en otras figuras similares en las que se exige la habitualidad. Consideramos que la apertura de la disponibilidad de verificación de este presupuesto no incluiría, en una exégesis extensiva, sólo los medios incluidos en la Resolución de 15 de abril 2005²⁵⁵.

No obstante, en la instrucción de desarrollo anteriormente mencionada se otorga carácter preferencial, y por tanto más valor jurídico, a los documentos públicos administrativos, dotados de la presunción *iuris tantum* de veracidad. Teniendo en cuenta que esta circunstancia es de complicada prueba directa por la renuencia a formalizar una

²⁵³ La Instrucción está disponible en http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/reloex/INSTARRAIGO_SOCIAL.pdf [consulta realizada el 20 de junio de 2006].

²⁵⁴ El citado precepto establece que “los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admitido en derecho”. Para una opinión crítica al respecto, *cfr.* Lozano Ibáñez, J., “‘Cómo gustéis’. El proceso de regularización de extranjeros y la falta de control por los tribunales de la arbitrariedad reglamentaria”, en *Jueces para la Democracia*, nº 59, 2007, p. 22. Aunque referida a un supuesto anterior a la inmediata aplicación del RD 864/2001, el TS en su Sentencia de 12 de mayo de 2008 (RJ 2008\2049) (FJ5) admite el valor probatorio, a efectos de acreditar el arraigo, entre otros, de una manifestación efectuada ante fedatario público por una agencia de viajes por la que se contrató el viaje, un resguardo sellado de inscripción en el programa de ayuda de una parroquia y una oferta de trabajo. Sin embargo, el propio TS puntualiza que la documentación acreditativa de una permanencia en España debe permitir apreciar la existencia del “arraigo”, Sentencia de 12 de abril de 2007 (RJ 2007\2337) (FJ4). Por ejemplo, siempre en el supuesto de la inmediata aplicación del RD 864/2001, entiende que “la pura entrada en España en una determinada fecha” no permite, por sí sola, apreciar el arraigo, STS de 27 de abril de 2007 (RJ 2007\3715) (FJ6).

²⁵⁵ Resolución de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 14 de abril de 2005, de la Presidencia del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para la expedición de certificaciones padronales acreditativas de la residencia anterior al 8 de agosto de 2004, de los extranjeros afectados por el procedimiento de normalización inscritos con posterioridad (BOE núm. 91, de 16 de abril de 2005).

situación ilegal, el recurso a las presunciones admitidas que ofrecen ciertos documentos es el referente demostrativo de la misma. Principalmente notoria y recurrente en este sector del ordenamiento es la inscripción en el padrón del municipio en el que el extranjero tenga su residencia habitual.

El problema, de forma análoga con lo señalado en el proceso de regularización colectiva, es el desajuste entre norma y realidad social: un extranjero en situación ilegal no se compromete, en la mayoría de las ocasiones, a hacer oficial y pública su residencia por temor a la expulsión. Por ello, este requisito tendrá que ser verificado, en la mayoría de ocasiones, recurriendo no a documentos públicos de los que se deriven la presunción de vinculación de permanencia física, sino –si se quiere posibilitar el principio jurídico general *in dubio pro actio*– a medios indiciarios que introduzcan algún elemento relacional que permita inferir esa circunstancia (recibos bancarios, escolarización de hijos, justificantes de abono de arrendamiento de vivienda, tarjeta de demanda de empleo, etc.)²⁵⁶. Lo que no resultaría comprensible, desde el punto de vista técnico-legal, es que se aplicasen los criterios que específicamente se incluyeron en la retroacción de efectos de las certificaciones de inscripción de padrón posteriores al 8 de agosto de 2004 por la proscripción jurídica de la analogía *in malam partem*.

El concepto de residencia es plurifuncional, mientras que la noción de arraigo normativo es unívoca. En efecto, la segunda actúa como una causa objetiva que el Derecho tiene en cuenta o valora para la concesión excepcional de una autorización de residencia temporal. Sin embargo, la residencia, sistematizadas las disposiciones legales al respecto, aparece además calificada precisamente, a los efectos de la legislación de extranjería, como una de las dos situaciones o estados jurídicos de legalidad en los que se puede encontrar un extranjero al que resulten de aplicación las citadas normas²⁵⁷.

Por otro lado, en un posterior avance en la determinación del concepto de residencia que maneja el legislador, se produjo el desarrollo reglamentario del arraigo jurídico. A tenor del art. 45.2 Regl., la residencia adquiere un nuevo significado, más empírico. En concreto, la permanencia continuada se presenta como uno de los elementos que acreditan

²⁵⁶ Si se abre un proceso, lo que la Administración no puede hacer, si no quiere actuar con arbitrariedad, es limitar los medios para acreditar los requisitos establecidos. Véase Lozano Ibáñez, *ibidem*, p. 23.

²⁵⁷ En su artículo 30.1 bis (precepto añadido por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre) se dispone que “son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir”.

la posesión del arraigo²⁵⁸. El requisito de la habitualidad, de la estabilidad con continuación *pro tempore* en un espacio municipal determinado, empieza ya a introducir matices. En este sentido, el alcance del arraigo tal y como se deduce de este precepto implica la constatación de un domicilio habitual, de uso continuo, de una identificación habitacional de la que no se infiera una permanencia de conveniencia o itinerante. Por consiguiente, la permanencia continuada no interrumpida es uno de los componentes que acreditan la situación de arraigo que va a desenvolverse *ad intra* en las situaciones legales de residencia, pero también como presupuesto para el acceso a esa condición jurídica²⁵⁹.

El segundo presupuesto normativo es la carencia de antecedentes penales, si bien no es específico de la regularización personal que se realiza por medio del arraigo individualizado. Ya observamos en su momento cómo la certificación de la ausencia de estos antecedentes es el único requisito *sine qua non* exigible, sin excepciones, para la entrada y la residencia legal en nuestro país y en todo el espacio europeo. Con esta puntualización se quiere advertir por parte del ordenamiento que la selección de inmigrantes pone el límite en la “limpieza punitiva” del candidato, precisamente por la afectación del orden público y la seguridad que tal hecho produciría en destino.

En este contexto, la verificación de la “limpieza” de antecedentes se extiende hasta los límites espaciales establecidos por el que tendría que ser defensor de la idea de resocialización. Si bien el tenor literal del art. 45.2 b) Regl. LOEXIS indica expresamente que “carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen”, la interpretación sistemática de este precepto, atendiendo *inter alia* a lo dispuesto en el art. 46.2 a) no limita esa carencia a dos países –el de origen y España– sino que lo amplía, por coherencia con la finalidad de la norma, a cualquier país en que haya residido en un periodo de tiempo de cinco años anteriores a la entrada en territorio español. No es de extrañar esta extensión, porque siendo justos si es un requisito para obtener la autorización de residencia temporal no podía dejar de serlo para una autorización de naturaleza excepcional. No obstante, los problemas son evidentes. Además de no disponerse de garantías de que en todos los países

²⁵⁸ Excepto en el apartado 3 del citado art. [referente a descendientes de españoles de origen], modalidad extraña de arraigo, de matiz presunto, en el que el vínculo con nacionales de origen parece agotar todo el contenido exigible.

²⁵⁹ Para la aplicación y exégesis de este concepto, véanse art. 32.2 LOEXIS y 72.2 Regl.

exista un procedimiento de cancelación, se plantean problemas por su dificultad de tramitación y por la multiplicidad de abusos y estafas que pueden darse²⁶⁰.

Desde nuestro punto de vista, la extensión extraterritorial del orden punitivo español es una medida de disuasión de orden público, una excusa más al servicio de la “Europa amurallada” para que la admisión sea la estrictamente necesaria. Al menos, la indicación del inciso final del art. 46.2 a) al establecer que “[...] no deberán constar condenas [en los citados antecedentes] por delitos existentes en el ordenamiento español”, añade un poco de sentido en esta deriva que pretende dificultar al máximo la obtención de la autorización²⁶¹. La legitimidad del sistema jurídico español para extender de forma velada y tácita el orden punitivo español extraterritorialmente puede ser discutible, pero más sería un acto de regresión jurídica admitir condenas penales en origen cuando muchos de los pronunciamientos judiciales se fundamentan en tipos que no encuentran justificación en un Estado democrático de Derecho (libertad religiosa, delitos de opinión, etc.).

En tercer lugar, se establece en el art. 45.2 b) un requisito de índole laboral: la existencia de un contrato de trabajo en el momento de la solicitud, con una duración mínima de un año²⁶². El presupuesto laboral, de índole general en la legislación de extranjería, vincula la admisión en la comunidad a la acreditación de los medios de vida suficientes para garantizar la subsistencia de la persona que se acoge, con una cierta

²⁶⁰ La jurisprudencia descarta la mera pendencia de un proceso penal (tienen que constar condenas en firme). El requisito ya era exigido *ultra vires* en el anterior proceso de regularización; por todas, STS de 13 de octubre de 2004 (RJ 2004\6567) (FFJJ 4 y 5). Además, no es permisible denegar una solicitud de normalización cuando los antecedentes penales ya han sido cancelados. *Cfr.* a título enunciativo, Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Zaragoza, de 17 de marzo de 2007 (RJ\2007\111810) (FJ1); STSJ de Canarias, de 1 de febrero de 2007 (RJ\2007\155483) (FJ3); Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de 16 de mayo de 2006 (FJ2), disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/jurisprudencia/SENTENCIA144.pdf> [consulta realizada el 30 de junio de 2006]. Por supuesto, la mera existencia de antecedentes policiales tampoco es causa de denegación de la autorización por circunstancias excepcionales, Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 6 de Murcia, de 30 de abril de 2007 (RJ\2007\103729) (FJ2).

²⁶¹ Resulta paradójico que los lazos de sangre sea causa justificativa para la eliminación de este requisito de orden público (art. 45.2 c Regl.). ¿Están menos predispuestos a delinquir estas personas? Realmente estamos ante una preferencia más de la política de admisión.

²⁶² El precepto no entra en la determinación de las consecuencias de una contratación que no sea a tiempo completo o no implique prestación continuada de servicios. La falta de establecimiento de requisitos mínimos para el contrato que admita el arraigo ordinario es consecuente y adecuada con la finalidad del precepto, que es la de rescatar al extranjero de la situación de ilegalidad por medio de la integración en la dinámica laboral. Ballester Pastor, *op. cit.*, pp. 270-271.

proyección de futuro a pesar de la temporalidad existente en el mercado de trabajo²⁶³. La formalización laboral y el arraigo social forman un todo que se expresa en la autorización de residencia concedida (así se preceptúa en el art. 45.7, en su inciso inicial). Siguiendo el criterio general de este sector de ordenamiento jurídico, conforme a lo dispuesto en el inciso final del art. 46.1 b) del Regl. “los efectos de los contratos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada”. Es decir, para que la institución jurídica contractual despliegue todas las consecuencias legales asociadas a las relaciones laborales pactadas, se requerirá que se haya dictado resolución positiva de autorización de residencia y trabajo²⁶⁴.

La peculiaridad de este requisito estriba en la potestad de los Ayuntamientos para recomendar la exención del mismo, siempre que se acredite que se poseen medios de vida suficientes²⁶⁵. Bien es cierto, que esta atribución a la Administración local, a fin de cuentas la más cercana al inmigrante para conocer su más aproximada situación social y económica, no tiene carácter vinculante para el órgano resolutorio. La acreditación de medios de vida suficientes se efectuará por el solicitante del arraigo social a través de cualquier medio de prueba admisible en Derecho, entre ellos la existencia de una actividad que se desarrolle a cuenta propia, tal y como prevé la instrucción de la Dirección General de Inmigración de junio de 2005 citada *supra*. ¿En qué medida esta recomendación puede favorecer la consolidación de un clientelismo local? El hecho de que la realización efectiva de un presupuesto tan relevante como la relación laboral formalizada quede en

²⁶³ Una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Bilbao, de 30 de junio de 2008 considera que la “retribución económica es un elemento ajeno a la integración del tipo normativo previsto [en el art. 45.2.b) del Regl.] que se circunscribe exclusivamente a la duración del contrato” (FJ2). En este caso, concede la autorización correspondiente a pesar de que el salario del contrato suscrito es de 360 euros mensuales, aunque también tiene en cuenta que su cónyuge es residente permanente, lo que hace entender que puede satisfacer sus necesidades vitales más elementales. Disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/jurisprudencia/SJCAarraigoNIGERIANO.pdf> [consulta realizada el 14 de julio de 2008].

²⁶⁴ La autorización de trabajo inherente a la de residencia temporal prevista en el art. 45.2 b) citado no está sujeta a la situación nacional de empleo, pero sí al ámbito geográfico y sector de actividad a que se refiera el contrato que aporte el solicitante, salvo que la autoridad competente para su concesión estime la existencia de razones para eliminar esta limitación. Hay que insistir en la complejidad de la obtención de un contrato duradero de un año para un inmigrante que pretende normalizar su situación irregular, principalmente por la estacionalidad de los puestos que se ofertan (principalmente conexos a las campañas agrícolas y al sector de hostelería y la construcción).

²⁶⁵ Véase inciso final art. 46.2 c) Regl. LOEXIS. Y que ilustra la creciente municipalización de la gestión de las políticas inmigratorias o, lo que es lo mismo, el protagonismo de los Ayuntamientos en la materia, *cf.* González Calvet, *op. cit.*, p. 122.

manos de la discrecionalidad de los poderes públicos, con la consiguiente capacidad de interpretación de qué entiende por “medios suficientes”, es un arma de doble filo. El problema es que cuando lo que está en juego es la expectativa de integración social de una persona, estos conceptos indeterminados pueden producir indefensión si no se tienen en cuenta todos los elementos valorativos posibles y se adopta una solución, entre las varias que se puedan dar, que no sea justa.

Todavía existe una “prueba” adicional a superar por el candidato a residente temporal antes de entrar en la legalidad. Nos referimos, en cuarto lugar, a la existencia de un doble presupuesto formulado alternativamente y que ilustra el matiz más personal o subjetivo del arraigo social: vínculo familiar tasado o prueba pública de inserción.

Atendemos al primero de ellos. Se admite una especie de variante que incide en los aspectos de arraigo familiar aunque sin darle la autonomía interpretativa que tenía en la anterior regulación²⁶⁶. La vida en familia no es precisamente el objeto principal de la política de extranjería, como analizamos en el capítulo anterior; pero es que, para el tránsito de la irregularidad a la legalidad, no se contempla. En una regulación sumamente restrictiva, el nexo de parentesco sólo se define con relación a residentes²⁶⁷. En segundo término, las líneas familiares admitidas se han circunscrito a los parientes más próximos, exceptuando los colaterales o cualesquiera no indicados expresamente en el precepto (inciso final del art. 45.2 b)²⁶⁸. Además, la concreción de los familiares a los que se hace expresa mención en el párrafo segundo del precepto es incluso más restrictiva que el propio art. 17 LOEXIS (que regula las personas susceptibles de reagrupación familiar)

²⁶⁶ El arraigo familiar, a diferencia de la anterior regulación, por sí sólo no justifica ya una residencia temporal. Incluso se convierte en una figura más onerosa que el simple arraigo laboral. Véase Ruiz Legazpi, *op. cit.*, pp. 10-11.

²⁶⁷ Hay autores como Goig Martínez que “justifican” el régimen diferencial que introduce la exigencia de residencia legal para el ejercicio del derecho de reagrupación alertando de que, en caso contrario, la situación de irregularidad podría dar lugar a una situación de privilegio. Goig Martínez, “El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes”, *op. cit.*, pp. 252 y 253.

²⁶⁸ Sin embargo, esta restricción tiene que ser matizada. La relación con un ciudadano de Estado miembro o asimilado introduce alguna salvedad. Estamos de acuerdo con Soto Moya, cuando afirma que posiblemente el RD 240/2007, mediante la inclusión de la disposición adicional decimonovena en el RD 2393/2004, ha introducido un nuevo motivo para la concesión de las autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales prevista en el art. 45 de éste último: ser pareja de hecho [literalmente que mantenga una “relación estable debidamente probada”] de un nacional comunitario o español. “Acceso al mercado laboral español de los familiares nacionales de terceros Estados de españoles y comunitarios (análisis de las novedades introducidas por el RD 240/2007, de 16 de febrero)”, *op. cit.*, p. 4. Este supuesto nos da la razón. Definitivamente, la existencia de lazos con un ciudadano comunitario introduce un régimen “privilegiado” en materia de admisión, de la que carece el extranjero que no puede acreditar esos vínculos.

pues se hace caso omiso de los vínculos con menores o incapacitados de los que el extranjero sea su representante legal, además de hermanos o parejas de hecho, entre otros²⁶⁹.

Cabe dudar de la operatividad real de esta figura. Más bien, se puede inferir que se desalienta la reagrupación, haciéndola pasar por el filtro de la necesaria incorporación al mercado de trabajo legal²⁷⁰. Conviene recordar que la entrada en vigor de la LO 14/2003 eliminó la posibilidad de la reagrupación “en cascada”, como pusimos de relieve en el capítulo anterior lo que, de forma indirecta, incide en esta posible vía para salir de la “irregularidad” por quienes no pueden acogerse a la reagrupación familiar. Esta pérdida de autonomía del arraigo familiar contrasta con la institucionalización del arraigo exclusivamente familiar para los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

La segunda alternativa es la emisión de un informe de inserción social elaborado por el Ayuntamiento del domicilio de residencia habitual del solicitante. En este sentido, se trasciende cualquier consideración familiar, siendo el inmigrante objeto de una evaluación de su modo de vida, de su comportamiento social. El órgano municipal se convierte en órgano de habilitación de la persona para formar parte de la comunidad²⁷¹. Esta circunstancia nos parece que incluso podría afectar a sus derechos de intimidad personal y familiar. La idea de dos subsistemas dentro del macrosistema jurídico español, el de ilegalidad aplicable a los “*sin*” y el de los derechos, y la contraposición entre ambos, es una referencia a tener en cuenta para explicarse esta intromisión *quasi*-inquisitorial en la determinación de la aptitud social de un ser humano.

Salvando por ahora esa cuestión, habría que interrogarse por el grado de arraigo que es exigible jurídicamente. El desarrollo reglamentario de la LOEXIS (art. 46.2 c) concreta

²⁶⁹ Compartimos la opinión de De Lorenzo Segrelles, cuando sostiene que parece que lo más lógico hubiera sido que el arraigo hubiera superado los supuestos de la reagrupación familiar porque no necesitarían el arraigo [aunque es cierto que les beneficiaría en el sentido de no tener que acudir a su país de origen para solicitar y obtener el visado] quienes puedan acogerse a la reagrupación familiar. “Art. 31. Situación de residencia temporal”, *op. cit.*, p. 802.

²⁷⁰ Como subraya Ruiz Legazpi, la impresión es que el arraigo familiar se ha convertido en un arraigo laboral cualificado, *op. cit.*, p. 11.

²⁷¹ *Cfr.* Trinidad García, “La regularización permanente: una opción sostenible”, *op. cit.*, p. 119.

el contenido del informe, en definitiva los factores que definen lo que se entiende que son los elementos constitutivos, al menos indiciariamente, de una situación de arraigo. Se mencionan, de forma acumulativa, por tanto sin posibilidad de omisión de alguno de ellos, una lista de acciones o circunstancias de hecho de la más diversa índole, necesarias para acreditar el vínculo social. El tiempo de permanencia del interesado en el domicilio no requiere, en principio, una inscripción en el padrón municipal, por lo que podría ser demostrado simplemente con cualquier medio acreditativo válido en Derecho. No obstante, siempre existirían dificultades por el hecho de que la clandestinidad a la que se ve obligado a someterse el extranjero en situación irregular dificulta, cuando no impide, la obtención de pruebas o indicios suficientemente verificables que apunten a esa permanencia²⁷².

Asimismo, hay que tener en cuenta que la Instrucción de la Dirección General de Inmigración citada especifica que se haga constar en el informe el tiempo de permanencia que *consta* al Ayuntamiento respectivo, además del tiempo real²⁷³. Esta circunstancia plantea una vía peligrosa para valorar de forma no igualitaria las dos medidas de tiempo indicadas: la real y la oficial. Más bien, no debería distinguirse entre “residencias” en virtud de su conocimiento público o no, sino en consonancia con la demostración de su efectividad, con independencia del momento de toma en consideración del órgano informante. Sin embargo, en el modelo de informe que se anexa a la Instrucción en cuestión se aclara esta situación al distinguir claramente entre tiempo manifestado por el interesado y constatado por el Ayuntamiento, pudiendo esa verificación remitirse a medios alternativos a la inscripción en el padrón municipal. Con ello, el órgano municipal podrá atenerse a pruebas o indicios que le permitan tomar un juicio de valor concluyente sobre esa constancia.

Un segundo factor, éste de rasgo económico, escruta el inventario de bienes y recursos materiales de que dispone el solicitante de arraigo para poder subsistir. La

²⁷² Tal circunstancia convierte al empadronamiento en un importante instrumento para demostrar el arraigo social por su constatable veracidad, más a raíz de la modificación de la Ley de Bases de Régimen Local en cuanto a empadronamiento y cesión de datos, que ha introducido la LO 14/2003.

²⁷³ A favor de considerar la determinación del Ayuntamiento que ha de emitir el informe partiendo de la no siempre coincidencia del lugar de domicilio habitual con el lugar de empadronamiento, todo parece indicar que este último criterio prevalecería, según se desprende de la resolución de 26 de mayo de 2005, mencionada *supra*.

expresión legal se deja abierta con el objeto de facilitar la adaptación de la circunstancia al caso concreto, eso sí, dentro de la discrecionalidad del órgano resolutorio. Son susceptibles de ser medios de acreditación cualesquiera formas de conocimiento de las disponibilidades materiales de la persona, si bien la instrucción de la Dirección General orienta a título enunciativo sobre una sucinta lista de documentación que puede acreditar esa pertenencia de recursos.²⁷⁴ Con todo, hay que sopesar que este factor de inserción no puede ser interpretado de forma estricta dadas las distintas circunstancias de nivel de vida que tienen estas personas con respecto a los parámetros de un observador medio y porque, sin duda, perjudicarían aún más las posibilidades de acreditar el arraigo.

Por otra parte, se exige al candidato que declare el nivel de conocimiento de la/s lengua/s oficial/es en el territorio de la Comunidad Autónoma donde resida. Estamos en presencia de una inevitable adaptación a la identidad lingüística de un territorio, que en las comunidades con segunda lengua oficial reconocida implicará un nivel muy especial de conocimiento bilingüe²⁷⁵.

En otro sentido, el grado de inserción en el medio social donde se desenvuelve con habitualidad el solicitante y la participación de él mismo o sus familiares directos en programas educativos o de formación laboral es una *addenda* probatoria a la ya de por sí penosa fiscalización a la que es sometido. Resulta sorprendente que, mientras que ningún nacional o extracomunitario con “papeles” tiene que verse forzado a demostrar su inserción social, algo que al parecer se les presume por encontrarse en el universo de los derechos, aquel que pretende acceder a ese *edén* iusgarantista tenga que realizar ímprobos esfuerzos justificadores de su cualidad potencial para ser miembro de la comunidad²⁷⁶. La participación en programas sociointegrativos es la absoluta confirmación de la obligatoriedad de la superación del *test de adaptabilidad social* para los aspirantes a entrar

²⁷⁴Compromiso de contratación firmado por el /la empleador/a y el/la solicitante; certificación o documentación bancaria; ayudas sociales.

²⁷⁵ Este requisito puede entenderse también incluido en la acreditación de la suficiente integración que se exige en el proceso de adquisición de nacionalidad por residencia. Un reciente e interesante artículo sobre la lengua y el acceso a la nacionalidad en Elósegui Itxaso, M., “La nacionalización de los inmigrantes y la lengua”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 185, septiembre de 2008, pp. 38-44.

²⁷⁶ Desgraciadamente, desde nuestro punto de vista, esta legislación no responde a la idea de incorporación social a la que apunta Rubio Marín y mucho menos en claro desplazamiento de la pertenencia asociada a la nacionalidad como defiende la autora, *cfr.* digresión de Lara Aguado, Á., “Incorporación social como forma de compatibilizar inmigración y democracia”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, pp. 411-419.

en el sistema de los derechos²⁷⁷. Cuando el común de las personas no tiene que acreditar la posesión de valores como la solidaridad, por ejemplo con su activismo en organizaciones de voluntariado, ni disponer de una especial predisposición al asociacionismo vecinal, en el caso de los solicitantes de una autorización de residencia temporal por carácter de arraigo se les “penaliza” con la carga del *onus probandi* de dicha defensa y acción. Este cúmulo de aspectos, considerando la precariedad social y económica en la que viven, complementa un examen –nunca finalizado por completo y hecho a la medida de la sociedad de acogida– de la aptitud de una persona por razón de su origen.

Por último, queda por advertir que la Administración tiene atribuida la potestad de utilizar un nuevo instrumento de control de constatación de las aptitudes y actitudes integrativas del extranjero solicitante: la entrevista personal²⁷⁸. Esta figura tiene por objeto legal indagar en aspectos concretos de los requisitos exigidos al interesado y plasmados en el informe emitido por el Ayuntamiento respectivo²⁷⁹. Indudablemente, estas indagaciones actúan como último impedimento a la admisión antes de la adopción de la resolución, estando alentadas por la desconfianza, la presunción de culpabilidad que se le asigna a toda persona que se sitúa en el no-derecho, aunque no sea atribuible ese cliché pertenencial a su propia voluntad. ¿Por qué la inclusión de una persona en la comunidad social en la que desarrolla su vida normal es susceptible de ser vencida por las dudas acerca de la concordancia entre la voluntad real y la manifestada?, ¿no plantea esta postura un antitético Derecho punitivo para los *sin derechos* en el que la presunción de veracidad de los documentos que presentan este tipo de personas, el principio informador *in dubio pro actio* y similares, quedan desvirtuados y relegados si las razones aducidas por el “candidato” en ese juicio oral de la entrevista no convencen?

²⁷⁷ Como afirma Carens, J., no es moralmente permisible una prueba de adaptación; al final, quizá lo único que se necesita es que los inmigrantes vivan un tiempo suficiente en el país. “La integración de los inmigrantes”, en Aubarell, G., y Zapata Barrero, R. (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, 2004, p. 407.

²⁷⁸ Véase art. 46.5 Regl. LOEXIS; instrumento que, interpretado sistemáticamente, es complementario y aclaratorio del informe de inserción social emitido por el órgano municipal correspondiente.

²⁷⁹ Un reflejo más de la inversión del principio de buena fe que impregna toda la legislación de extranjería.

4. Ser y no ser del arraigo jurídico en el itinerario hacia la legalidad

La institución de arraigo que desarrolla la política normativa de admisión española, por lo que respecta al tránsito hacia la legalidad, es una síntesis del fin selectivo al que aparece orientado todo el corpus de extranjería interno. La pertenencia actúa como mecanismo de autoidentificación, estabilidad y seguridad, posiblemente los tres rasgos que permiten otorgar sentido ontológico a la identidad. Pues bien, el extranjero que pretende transitar hacia la legalidad busca su lugar en la sociedad pero también su voluntad de individuación, el deseo de ser sujeto²⁸⁰. Sin embargo, el logro de ese anhelo se encuentra con la más cruda realidad de un Derecho que no entiende de razones deontológicas. En este sentido, el arraigo jurídico es un criterio de admisión que atiende a puras razones de oportunidad, que reproduce la lógica mercantilista y que simultáneamente la agrava con otra serie acumulativa de requisitos que *de facto* actúan como impedimentos. Ésta es su ontología.

Puede aducirse que la formulación exhaustiva de los elementos constitutivos del arraigo que institucionaliza la legislación de extranjería es acorde con la naturaleza excepcional de esta institución. Sin embargo, la inflación de requisitos no es un dechado de intenciones para la reversión de la situación del extranjero irregular. La naturaleza excepcional de las normas de arraigo no debería suponer un agravamiento de las condiciones de acreditación de una circunstancia que trasciende lo jurídico para adentrarse en el terreno de la ética, por muy individual y personalizado que sea el tratamiento jurídico de esta figura. Desde nuestro punto de vista, la implementación de los impedimentos a la regularización, sea individual o colectiva, que hemos analizado en páginas anteriores, es una fiel exposición de la negación al inmigrante sin papeles de su derecho a formar parte de la sociedad²⁸¹. Como aludimos anteriormente, las cifras son decepcionantes en cuanto a la regularización individualizada y confirman que el irregular está condenado a una invisibilidad incierta, a un peregrinaje sin fecha de caducidad por el

²⁸⁰ Esta combinación entre la subjetividad y la identidad colectiva es analizada, entre otros muchos, por Touraine, “Faux et vrais problèmes”, *op. cit.*, pp. 302-305.

²⁸¹ “Se trata de una deshumanización transitoria para los individuos pero permanente en las prácticas biopolíticas que la llevan a cabo [...] un tipo nuevo de muro político-sanitario [...]”. Bello Reguera, “La emigración y la periferia moral europea”, *op. cit.*, p. 22.

mundo del no-derecho, si antes no es objeto de un procedimiento de expulsión y siempre que ésta pueda ejecutarse²⁸².

La acumulación de condiciones pone las cosas difíciles al candidato a abandonar la prisión de la “ilegalidad” en la que le ha recluido la sociedad de destino. La reproducción agravada del criterio de admisión laboral es presentada como una suerte de humanitarismo, de alivio de las conciencias ante el impresentable fracaso ético y social que representa la presencia de personas que han sido calificadas como irregulares. Por el contrario, detrás de esa expresión políticamente correcta de “nos preocupamos por la suerte de estas personas” se oculta la subordinación de la justicia al utilitarismo. La construcción jurídica del arraigo es una forma de ser humanitarios pero en su justa medida. Es un acto de gracia infinitamente calculado: realmente no se deja nada al azar. La salida de la invisibilidad jurídica sólo se permite cuando no se pone en riesgo el bienestar de los “legales”. ¿No estamos más bien ante un acto de prepotencia de quien se siente superior moralmente y con derecho a manipular el sentido de las instituciones porque sólo él establece las reglas de juego?

El punto de partida es lógicamente la obtención de un trabajo legal, una condición necesaria pero no suficiente para abandonar la situación de invisibilidad jurídica. Para el legislador, la acreditación de una permanencia continuada o un informe de inserción no son, por sí solos, circunstancias probatorias de un vínculo consolidado para hacer de la persona un reconocible jurídicamente. La situación del irregular que no tiene la suerte de poder formalizar su incorporación al mercado de trabajo legal es unilateral, a pesar de reunir los restantes presupuestos para la admisión en vía de arraigo. En este caso no hay disyuntiva: su futuro, en el mejor de los casos, es permanecer en la invisibilidad jurídica. ¿Por qué se presume que esta persona tiene menores vínculos para formar parte de la sociedad como legal?

¿Qué no es el arraigo jurídico? Evidentemente no es un acto de justicia. Tampoco es un medio de incorporación ética, aunque lo sea legalmente. Cuando en las páginas anteriores apuntábamos la hipótesis de la disociación de la admisión normativa y la

²⁸² Cfr. Márquez Prieto, “Inmigración, incorporación y exclusión: cara y cruz del arraigo laboral [A propósito del art. 45.2. a) del Reglamento de Extranjería]”, *op. cit.*, p. 1144 y nota al pie p. 1150.

aceptación identitaria se ha querido poner de manifiesto, como así se puede inferir de la visión global de la política en cuestión, que la libertad de pertenencia es deudora de un imaginario colectivo que trasciende lo jurídico. En efecto, que una persona “se gane” su libertad administrativa no le garantiza su libre capacidad de realización de vínculos con la sociedad que lo ha admitido legalmente²⁸³. La carencia de estructuración identitaria es un foco estable de desigualdad. ¿Por qué la pertenencia y la plenitud en el ejercicio de los derechos no siguen caminos paralelos? En el marco jurídico-normativo presente, la negación de los derechos condena al ostracismo social, pero es que la plenitud en el disfrute de los derechos no garantiza en modo alguno la libertad de pertenencia²⁸⁴. El inmigrante va a tener una independencia jurídica aunque condicional, al menos en el medio y corto plazo. Sin embargo, su estado original será, desde la perspectiva ética, en el mejor de los casos, la de admitido con reservas. Se está consolidando un concepto de “admitido provisional” precisamente porque importa más la aportación de la fuerza de trabajo que los vínculos que se hayan podido desarrollar en la sociedad en la que se vive²⁸⁵. En cierto sentido, el estado de naturaleza no se abandona del todo cuando el extranjero es etiquetado como “inmigrante”, un invitado a la sociedad que lo admite.

La vida en sociedad, algo que no se niega al nacional, pasa a un segundo plano en el caso de los extranjeros inmigrantes, precisamente porque la diferencia identitaria en la que ha sido catalogado –el ser otro– es una concesión, por consiguiente con derecho a revocación. En estos tiempos de proclamado multiculturalismo el inmigrante es un diferente de ida y vuelta en el mundo de la indiferencia. La miseria moral del estado de excepción es que siempre tendrá en sus manos el poder de autolegitimarse sin código ético alguno. Se quiere reducir al “otro” a la condición de alguien que ha perdido su voluntad,

²⁸³ El derecho a elegir el propio modo de vida, dentro de las posibilidades de cada cual se encuentra deshabilitado. La finalidad mayúscula de las ensimismadas y mal llamadas políticas de incorporación es la institucionalización de la indefinición identitaria de los migrantes extranjeros acotando el pluralismo; un pluralismo que se controla pero del que nadie reniega públicamente.

²⁸⁴ Villoro Toranzo, L., “La exclusión consiste en negar a la vez equidad y pertenencia a quienes tengan alguna diferencia”. “Sobre el principio de la injusticia: la exclusión (Octavas Conferencias Aranguren, 1999)”, en *Isegoría*, nº 22, 2000, p. 117.

²⁸⁵ En un plano antropológico, el proceso de integración de las poblaciones inmigradas, que a veces conduce a la asimilación y a veces a la segregación, lleva a la conclusión de que se da una permanencia de valores fundamentales de igualdad o de desigualdad de los hombres que, procedentes de un pasado lejano, vuelven a manifestarse en la actualidad. Todd, *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, op. cit., p. 39.

sin historia, sin conciencia²⁸⁶. La concepción del arraigo, tal y como resulta estructurado en la legislación española de extranjería, minimiza la expresión de esa libertad personal que queda absorbida y tutelada por la potestad del “soberano”²⁸⁷. Ciertamente es que, al menos, el arraigo es una vía de eliminación de la incertidumbre de quien puede ser expulsado en cualquier momento, pero también lo es que el libre ejercicio del derecho a desarrollar los lazos comunitarios necesarios para que una persona pueda sentirse moralmente alguien no lo asegura, en algunos casos, ni la adquisición de la nacionalidad²⁸⁸.

La inextricable unión entre pertenencia y utilitarismo, como sabemos, informa toda la política selectiva de extranjería. La complicada coyuntura en la que nos encontramos confirma nuestro diagnóstico. Resulta sintomático que, en las coordenadas actuales, haya pasado a un muy segundo plano cualquier alusión al problema de los “sin papeles” en el territorio comunitario en general, y en España en particular. Indudablemente, se podrá afirmar que las preocupaciones son otras. Pero, ¿no sigue existiendo una importante masa de personas que siguen en situación irregular en nuestro país? El problema reaparece y desaparece en función de las circunstancias del momento. Ahora todo hace indicar que toca preocuparse por la suerte de los nacionales ante los efectos de esta crisis, ¿a costa de desentenderse de los demás? En épocas como la presente se puede entender mejor por qué el extranjero en situación irregular es una moneda de cambio de una lógica mercantilista que se disfraza de humanitaria. ¿Poseen ahora estas personas menores vínculos con la sociedad? La respuesta es negativa, pero las circunstancias han cambiado y el dueño preferencial del escaso trabajo disponible es el nacional.

²⁸⁶ Evidentemente el inmigrante en general y el irregular en particular, en el estadio actual, a pesar de ese intento de desposesión de voluntad, historia y conciencia, no son “musselmänner” en el sentido del término sobre el que tan brillantemente diserta Agamben en su obra *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, *op. cit.*, p. 41 y ss. Pero, y en un futuro, ¿podrían serlo?

²⁸⁷ Un ámbito al que el desposeído que llega debe adherirse para ser considerado “integrado” y que se define precisamente por su inefabilidad y porque nunca está del todo claro en qué consiste tal incorporación, ni en qué momento debe darse por realizada. Delgado Ruiz, “Nuevas retóricas para la exclusión social”, *op. cit.*, p. 12.

²⁸⁸ El inmigrante no será considerado uno de los “nuestros” simplemente por pertenecer a un territorio o por adoptar ciertos valores. En la medida en que parezcan leales y comprometidos con el proyecto nacional y empiecen a compartir la memoria y conocimiento del pasado del país llegarán a ser miembros de la comunidad nacional. Norman, “From nation-building to national engineering: the ethics of shaping identities”, *op. cit.*, p. 89.

¿Qué respuesta puede darse a la atadura moral de quien sabe que su libertad de pertenencia pasa por la activación de un mecanismo excepcional, más o menos aplicable en función de las circunstancias? Indudablemente, la cultura jurídica no debe permanecer impasible ante la dimensión nueva en la que estamos inmersos, ya que la búsqueda de una vida mejor no entiende de desaceleraciones o recesiones cuando se parte de carencias crónicas²⁸⁹. ¿Qué representaciones ha de adoptar el sistema jurídico para sistematizar una mejora en la comprensión de quien bastante desgracia tiene ya con tener que permanecer en la incertidumbre de ser objeto de la medida de expulsión en cualquier momento?²⁹⁰

De alguna manera, el espacio jurídico está obligado, por razones de justicia, a ser partícipe, más que en la disolución del mundo del “nosotros” y de los “otros” (algo que se nos antoja como utópico, al menos en un futuro cercano), en una correcta comprensión de ambas esferas de identidad, administrando y corrigiendo mecanismos jurídicos discriminatorios y excluyentes que inciden en esta fisura²⁹¹. Se trata de que el orden normativo materialice la función mediadora, al mismo tiempo espacio intersticial y estrategia de reconocimiento entre el *ego* y el *alter*, entre el *ciudadano* y el *extranjero*, como nueva dimensión de resolución del encuentro y del reconocimiento²⁹². Como afirma

²⁸⁹ Al Gobierno de Zapatero le queda ahora la parte más difícil en esta nueva legislatura: apagar los rescoldos con políticas migratorias en lugar de hacer política de la inmigración. Lacomba, J., “Inmigración: falta política, sobra demagogia”, artículo de opinión publicado en www.elpais.com de 31 de marzo de 2008 [consulta realizada el 2 de abril de 2008].

²⁹⁰ Está bien abogar por una sociedad de la inclusión, una sociedad que no hace distinciones entre los individuos, sino que aprovecha las diferencias [de la interculturalidad] para enriquecer el complejo sistema organizativo que ha de conducir a que todo el mundo, en función de sus características, reciba lo que necesita, como sostiene, entre otros, Essomba i Gelabert, M., A., “Educación intercultural y atención educativa a la población inmigrante reciente”, en De Prado Rodríguez, J. (coord.), *Diversidad cultural, identidad y ciudadanía*, Córdoba, 2001, p. 254. Pero, la pregunta más complicada de resolver sigue siendo ¿qué práctica jurídica, al corto y medio plazo, puede aliviar la situación de los inmigrantes en situación irregular, en particular?

²⁹¹ Como indica Bauböck, R., en las sociedades de inmigración las identidades “no se pueden mantener congeladas en su contenido cultural e histórico, sino que deberían ir transformándose”. “¿Adiós al multiculturalismo? Valores e identidades compartidos en las sociedades de inmigración”, en *Revista de Occidente*, nº 268, septiembre de 2003, p. 58. Partiendo de esta idea, podemos estar de acuerdo con Miraut cuando aboga que “la realización de ese deber general de solidaridad es el principio esencial para evitar las situaciones de injusticia y de inseguridad que se piensa origina la llegada de los inmigrantes”, Miraut Martín, “Los objetivos de las políticas de inmigración”, *op. cit.*, p. 335. Siempre y cuando, añadimos nosotros, ese deber no sea una expresión de un nuevo elitismo o de una minoridad de edad de los derechos de los inmigrantes.

²⁹² Rufino, A., “La cultura de la mediación: derecho y derechos en la era global”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, 2003, p. 361.

Delgado, nunca se puede perder de vista “*quiénes son* aquellos a los que se pretende incorporar, es decir: cuál es y en qué consiste su *identidad*”²⁹³.

La política jurídica no puede seguir profundizando, por cuestión de justicia material, en la distancia ética que separa al “nosotros” del “otro”²⁹⁴. Lo mismo que subrayábamos *supra* que la admisión jurídica no asegura el reconocimiento ético del extranjero inmigrante (un indicio de incisión en el imaginario que hace del “otro” un extraño), no es factible aseverar que la inadmisión jurídica del “nosotros” tenga como consecuencia la desvinculación ética. Veamos un ejemplo. La indiferencia moral, la apatía hacia el “otro” encuentra un reparo concreto pero sintomático. Los lazos de sangre, a juicio del legislador, operan como circunstancia justificativa de un trato diferente en materia de arraigo hacia el tránsito a la legalidad (art. 45.2.c Regl.). Esta expresión del particularismo ético más ortodoxo se traduce, en el plano legal, en un entendimiento *sui generis* de lo que representa el arraigo a efectos de la salida de la invisibilidad jurídica. Estamos ante un privilegio del *ius sanguinis* que además actúa *ope legis* cuando se acredite esa circunstancia, una prueba más de que el nacimiento puede determinar, de forma distinta, el futuro de una persona²⁹⁵.

²⁹³ Delgado, M., “Cohesión no es coherencia. Diversidad cultural y espacio público”, en De Lucas Martín, F. J. (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, 2001, p. 341.

²⁹⁴ Como recuerda Habermas, las cuestiones de justicia están referidas a cómo puede regularse una materia en interés de todos por igual. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, 1998, p. 357.

²⁹⁵ Esta institución jurídica, cuya regulación ha sido incluida impropriamente junto al arraigo, podía perfectamente regularse como una *circunstancia excepcional* más del mismo artículo 45. González Calvet, “El arraigo como instrumento de regularización individual y permanente del trabajador inmigrante indocumentado en el reglamento de extranjería aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre”, *op. cit.*, p. 122. Suscribimos esa opinión con una matización: no es que pudiera perfectamente regularse sino que debió haber sido objeto de tratamiento autónomo por razones sistemático-legales. Habrá que tener en cuenta que esta figura atípica de arraigo se verá afectada por la entrada en vigor de la D.A. séptima de la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, siempre y cuando los interesados opten por la nacionalidad española de origen. *Cfr.* Serrano Villamanta, J., F., “La residencia por circunstancias excepcionales. El arraigo”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, pp. 570-571. Este trato privilegiado, según se expresa en la Exposición de motivos de la norma legal “satisface una legítima pretensión de la emigración española, que incluye singularmente a los descendientes de quienes perdieron la nacionalidad española por el exilio a consecuencia de la Guerra Civil o la Dictadura”. Hasta ahora, el Código Civil, en materia de nacionalidad, sólo incluye, entre otros, el derecho de opción de aquellas personas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y *nacido en España*” (art. 20.1.b. Cc). La nueva norma elimina el requisito de nacimiento en España de alguno de los progenitores para ejercer la opción y viene a extender el ámbito subjetivo al prever la opción, en lugar de la adquisición por residencia, para los nietos de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio. De todas formas, aunque no opten por la nacionalidad española, siempre tendrán otra oportunidad: la concesión de una autorización excepcional de residencia temporal y/o trabajo facilitará la carencia del año de residencia legal que se exige en el art. 22.2.b) Cc para la concesión de la nacionalidad por residencia (siempre que se acredite buena conducta cívica y suficiente grado de integración

Pensemos en un hijo nacido en el extranjero después de que su progenitor, anteriormente ciudadano español de origen, renunciase expresamente a la nacionalidad española tras haber adquirido la nacionalidad del país donde emigró hace cuarenta años –por ejemplo, Argentina– país donde residía habitualmente (art. 24.2 Cc). Imaginemos asimismo que ese hijo nunca ha visitado España y que, en su primera estancia, tras cumplir el periodo máximo de permanencia legal no está en disposición de obtener una autorización de residencia o de residencia y trabajo. ¿Posee mayor vínculo, a efectos de arraigo que una persona que, en idéntica situación legal, lleva dos años buscando un empleo en el territorio español? Desde nuestro punto de vista, sólo el abismo que separa la comprensión distinta y distante del “nosotros” y del “ellos”, que sigue caminos más paralelos en lo jurídico y en lo ético de lo que parece, puede explicar la diferente consideración de lo que significa la pertenencia a efectos de abandono del estigma en que se ha convertido la irregularidad administrativa.

Ahora bien, aunque no conviene menospreciar su función comunicativa, la política jurídica no es suficiente para abordar concretamente la calificación conceptual del invisible jurídico como un indiferente que está dentro sin ser admitido²⁹⁶. La regulación positiva es un efecto reflejo de la escenografía sociocultural, repleta de una topología metajurídica fundamentada en el elitismo moral e intelectual con el que las sociedades de inmigración tratan al “otro”²⁹⁷. Todo el universo construido en torno a las carencias (de trabajo, de espacio de realización personal, etc.), la diferencia cultural y el desarraigo constituyen elementos constitutivos de la noción de extranjería. De ahí que, en el tránsito hacia la legalidad, el arraigo jurídico sea sólo una transposición normativa del desarraigo

en la sociedad española, art. 22.4 Cc), aunque es cierto que la permanencia legal tiene que mantenerse durante todo el proceso conducente a la adquisición de la nacionalidad española por residencia.

²⁹⁶ Aun considerando que el Derecho es un sistema de formas de vida, de relación, creador de modelos, principios y valores individuales y colectivos, como se encarga de recordarnos Rubio Castro, A., “El derecho a la igualdad y a la no discriminación”, en Monereo Pérez, J., L., ...[et al.] (dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, 2002, p. 935.

²⁹⁷ En un ejemplo desafortunado de extravagancia discursiva, las últimas declaraciones del Sr. Rajoy Brey inciden en la dialéctica de enfrentamiento entre el “nosotros” y el “ellos” al comparar a los extranjeros que cobran prestaciones de desempleo y los emigrantes españoles de temporada que acuden a la vendimia francesa. Noticia disponible, entre otros, en la edición digital del diario El País de 16 de septiembre de 2008, www.elpais.com [consulta realizada el 16 de septiembre de 2008]. Su matización, producto de la polémica creada, es una obviedad: “los inmigrantes tienen ‘absoluto derecho’ a percibir el seguro de desempleo”, disponible entre otros, en la edición digital del diario Sur, www.diariosur.es de 16 de septiembre [consulta realizada el 17 de septiembre de 2008].

ético del que se sirve el ordenamiento para justificar el pragmatismo de su elección²⁹⁸. La proclamación de la admisión jurídica es un reflejo del espíritu de una política que cataloga al otro sin darle la oportunidad de expresar qué quiere ser y cómo quiere serlo, es decir, negándole de principio su condición de persona²⁹⁹. Si realmente importan los derechos de los extranjeros en situación irregular ¿por qué no se habilita, por ejemplo, de *lege ferenda* una autorización excepcional de residencia y trabajo cuando se disponga de una oferta de trabajo en firme de seis meses de duración en el supuesto previsto en el art. 45.2.b) Regl., teniendo en cuenta la complejidad actual del mercado?

El espacio de convivencia, formado y desarrollado en la igualdad de los derechos y libertades, no puede seguir coartando a quienes han creado vínculos con la sociedad³⁰⁰. Los ciudadanos de cualquier país tienen obligaciones morales hacia cualquier otro ser humano a quien sus acciones u omisiones pudieran afectar³⁰¹. Como dijera Giner de San Julián hace unos años, “desde el punto de mira de la desigualdad, el lugar social de la libertad se halla en las zonas de enfrentamiento entre los procesos de exclusión, monopolio y control –los procesos anti-igualitarios– y sus contrarios”³⁰². En todo caso, será responsabilidad de los poderes públicos el control de la irregularidad originaria y

²⁹⁸ Hacemos nuestras las palabras de Saavedra López, M., cuando sostiene que “la tarea cultural consiste en educar la sensibilidad del ciudadano a fin de que acabe desterrando la ignorancia y el miedo respecto de los que son diferentes”. “La Constitución como objeto y como límite de la cultura”, en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura*, homenaje a Peter Häberle, Madrid, 2004, p. 154.

²⁹⁹ La nueva especie de racismo latente hacia el distinto por inmigrante que no se proclama pero que se profesa aún inconscientemente es hoy, ante todo, “tolerante”. La explotación, la exclusión, el acoso, aparecen hoy disimuladas bajo melifluas invocaciones a palabras como diálogo, diversidad, solidaridad. Delgado Ruiz, *op. cit.*, p. 23. Puede verse asimismo la ponencia de Del Olmo Pintado, M., “El negocio de las diferencias. Una aportación teórica y metodológica al estudio del racismo, el prejuicio y la discriminación”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España: contextos y alternativas*, *op. cit.*, pp. 141-148. Como afirma Delgado Ruiz, M., “¿quién sería más racista [...] el xenófobo recalcitrante o quien sustenta el desarrollo espectacular de su entorno confiriendo los trabajos más vejatorios (domeñando) a personal de otra raza? [...]”. Delgado Ruiz, M., “Nuevas retóricas para la exclusión social”, en Bergalli, R. (coord.), *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Barcelona, 2006, p. 9.

³⁰⁰ Una sociedad receptora que se empeña en que el inmigrante se olvide de su origen y que no le permite integrarse en términos de igualdad, fuerza al inmigrante a la autoafirmación y al desarrollo de un comportamiento instrumental en orden a mejorar su situación económica y social, Pérez-Agote Poveda A., “Reflexiones sobre el multiculturalismo que nos viene”, en Lamo de Espinosa, E. (edit.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, 1995, p. 92. Precisamente, ¿no se aprovecha de esa circunstancia el poder soberano?

³⁰¹ Dummet, Sobre inmigración y refugiados, *op. cit.*, p. 59.

³⁰² Giner de San Julián, S., “La estructura social de la libertad”, en *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 11, 1980, p. 16.

sobrevenida. Para eso dispone de los instrumentos coercitivos para forzar la salida del extranjero en situación irregular. Lo que resulta menos comprensible es que, con independencia del carácter y causa de esa irregularidad, no se valore, en su justa medida, el hecho de que un extranjero haya alcanzado una situación social estable en el país de acogida, sea por impericia o ineficacia de quien lo ha dejado madurar en ese estadio de indiferencia.

Consideramos que la concepción del arraigo normativo tendría que ser reformulada y entendida como una de las claves identificadoras del proceso de admisión, que no simbolice la superioridad de unos sobre otros y en el que todos tengan que adaptarse a todos³⁰³. Lógicamente, el paso previo es interiorizar, como subraya Vitale, que cualquier reflexión sobre los inmigrantes requiere, en último término, interiorizar sobre “nosotros”³⁰⁴. Hay que impulsar el “interés común, como base de la urdimbre moral deseable de una sociedad moderna decente, posible y plausiblemente justa”³⁰⁵. Se tiene que avanzar hacia “el reconocimiento del papel de los inmigrantes como miembros activos de sus sociedades de acogida como un paso previo para evitar la aparición de una nueva categoría de ‘metecos’, condenados a atender las necesidades de los autóctonos desde los intersticios de la legislación y los márgenes de la sociedad”³⁰⁶. Si no se cumplen ninguna de estas premisas que afectan al común de los inmigrantes, menor aún puede pensarse que el arraigo en el camino hacia la legalidad termine siendo un acto de justicia porque su destinatario seguirá siendo un objeto, no un sujeto³⁰⁷. Por ello, la crítica activa es

³⁰³ Para los inmigrantes laborales, las pertenencias múltiples a menudo suponen dependencias múltiples. Su posición precaria como forasteros en dos comunidades políticas les hace más vulnerables y dependientes respecto a la protección de las instituciones estatales. Bauböck, *op. cit.*, p. 209. Como indica De Lucas Martín, la sociedad de acogida debe dar el primer paso, que no es precisamente el de la tolerancia, la condescendencia paternalista o los buenos modales propios de la gente civilizada. “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, *op. cit.*, pp. 6-7. Por su parte, Zapata Barrero, R., insiste en la empatía recíproca ciudadanos-inmigrantes. “Bases para interpretar la multiculturalidad en España”, en Del Águila Tejerina, R. (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, 2005, p. 235.

³⁰⁴ *Ius migrandi. Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*, *op. cit.*, p. 9.

³⁰⁵ Giner de San Julián, S., “La urdimbre moral de la modernidad”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 36, 2002, p. 95.

³⁰⁶ Moreno Fuentes, F., J., Arriba González de Durana, A., y Moreno Fernández, L., “Inmigración, diversidad y protección social en España”, en *Documentos de trabajo (CSIC.Unidad de Políticas Comparadas)*, nº 1, 2007 [consulta realizada el 19 de enero de 2008], disponible en <http://www.iesam.csic.es/doctrab2/dt-0701.pdf>. p. 30.

³⁰⁷ Es importante recordar, como se dijera hace unos años, que una de las dimensiones desde la que debe ser entendida la convivencia es la realización de acciones de conocimiento recíproco y mentalización social que

perentoria, sobre todo para hacer de la democracia algo más que el depósito de un voto cada cuatro años. Como sostiene De Lucas Martín, “se trataría de elegir entre la democracia como actividad de resistencia o la democracia como estabulación”³⁰⁸.

Evidentemente todas estas reflexiones nos recuerdan que la lucha contra el universo de la invisibilidad jurídica es una lucha por la emancipación de la persona y sus derechos, pero también una disputa por la pertenencia de todo aquel inmigrante que no encuentra su identidad³⁰⁹. Sin embargo, la observación empírica siempre pone de relieve un cruel destino³¹⁰. Es hora de que se produzca la ruptura de ese umbral inestable en el que hombre y no hombre no encuentra solución de continuidad³¹¹.

Finalizamos este subepígrafe con la mayor inquietud. No todos los extranjeros en situación irregular tendrán las mismas oportunidades para poder salir de ese estado de desesperanza. La afirmación puede parecer alarmista pero una sucinta explicación puede darnos algunas claves. La salida de la invisibilidad jurídica atiende a diversos criterios. El de la oportunidad es el más evidente, como hemos subrayado. Las circunstancias políticas, sociales y económicas serán el principal medidor para adecuar los elementos constitutivos del arraigo normativo. Si la coyuntura no lo requiere, el “sin papeles” sabe que, en el

tiendan hacia el respeto de la diferencia [la otra es el derecho a llevar una vida estable], para lo que se debe de dejar de conceptuar al inmigrante como el “objeto” y no el sujeto de la integración. Fernández Rozas, J., C., “La condición jurídica de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”, en Álvarez Rodríguez, A., ...[et al.], *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, 1994, p. 56. “Y pensando a largo plazo, sin integración de los inmigrantes durante la crisis, se estrechará la gama de medidas para la regulación de flujos en otra etapa de bonanza”. Izquierdo Escribano y León-Alfonso, “La inmigración hacia dentro: argumentos sobre la necesidad de la coordinación de las políticas de inmigración en un Estado multinivel”, *op. cit.*, p. 14.

³⁰⁸ “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, *op. cit.*, p. 9.

³⁰⁹ En cierto sentido, derechos y tolerancia son dos conceptos que, en la sociedad de la inmigración, no son complementarios. Si desde el punto de vista de la filosofía moral la tolerancia era, en cierto modo, una *virtud imposible*, ahora, desde el punto de vista de la filosofía del Derecho, la tolerancia comienza a ser una *virtud innecesaria*, es decir, el respeto a los derechos aparece como una categoría superior a la idea de tolerancia. Hernández Losada, “La tolerancia y el futuro del liberalismo”, *op. cit.*, p. 219. Añadiríamos la siguiente puntualización: en las sociedades de inmigración la tolerancia es la única virtud necesaria, el punto de convergencia de toda la política selectiva.

³¹⁰ ¿Son las sociedades de acogida libres de acceder a una conciencia igualitaria y universalista o somos prisioneros de una determinación antropológica contra la que nada se puede? Todd apunta una respuesta negativa, eso sí, respecto al sistema antropológico norteamericano, *op. cit.*, p. 99.

³¹¹ *Cfr.* Agamben, *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, *op. cit.*, pp. 47-49 y p. 56.

mejor de los casos, sólo puede esperar que las circunstancias mejoren. El segundo criterio es el de la sangre, que también hemos comentado. Por último, está el criterio del azar. El extranjero irregular que no puede acogerse a ninguna medida jurídica de regularización es prisionero de la contingencia de constituirse en potencial objeto de expulsión. El lugar común de esta trilogía es la pérdida de referente ético alguno³¹².

En el cierre de este trabajo, nos ocupamos de la inexecución de la expulsión y la devolución como los dos elementos fundamentales de la cronificación de la situación de no-persona. Lo peor que le puede pasar a un extranjero en situación irregular es que, de forma aleatoria, tenga la mala suerte de que se active el proceso de expulsión o el de devolución y además estas medidas, según proceda, no puedan ser materialmente ejecutadas porque entonces estará condenado a malvivir en la clandestinidad³¹³. Esta cuestión completa la clausura del sistema selectivo no sólo por acción sino por omisión.

IV. LA INEJECUCIÓN DE LAS MEDIDAS DE DEVOLUCIÓN Y EXPULSIÓN: LA CRONIFICACIÓN DE LA INVISIBILIDAD JURÍDICA

¿Cuál es la esperanza identitaria de quienes forman parte del no-mundo constituido por aquellos que, habiendo sido objeto de una medida de expulsión o de devolución, no pueden ser expulsados ni devueltos a su país de origen ya sea por ausencia de convenio de readmisión, imposibilidad de ser identificado (aún habiendo convenio) etc.?³¹⁴ Las

³¹² Ese punto de no retorno donde la propia idea de un límite ético pierde su sentido, *cf.* Agamben, *ibidem*, p. 64.

³¹³ Un colectivo para el que la Subcomisión de extranjería del Consejo General de la Abogacía estima que “deben ofrecerse soluciones más integradoras que concluyan en algún tipo de regularización, siquiera temporalmente y a la espera de que se pueda ejecutar el retorno, de la situación de estas personas”. Respuesta al libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales [consulta realizada el 20 de diciembre de 2006], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/ResLibroVerde.pdf>, p. 10. Sagarra i Trías, E., considera que estamos ante un nuevo estatus de extranjero. “Consecuencias jurídicas de la irregularidad: el extranjero inmigrante irregular residente empadronado trabajando y con orden de expulsión: ¿una nueva situación legal?”, en *Documentos CIDOB*, serie Migraciones, nº 3, 2004, p. 10. Kallavita, K., habla de “decriminalización parcial” del inmigrante cuando queda en suspenso la orden de expulsión. Un ‘ejército de reserva de delincuentes’: la criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España”, en *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, nº 2, 2004, p. 9.

³¹⁴ Para el análisis jurídico-político de los problemas de aplicación de los convenios de readmisión como instrumento procedimental de selección nos remitimos a lo indicado en el capítulo tercero.

posibles respuestas son poco alentadoras³¹⁵. Estas personas no van a poder quedar, durante cierto tiempo, a la espera de un nuevo proceso regularizador o a un atisbo repentino de humanitarismo del Estado³¹⁶. Con la imposible ejecución se confirma que se ha hecho crónica la categoría del clandestino, un “indeseado” con el que paradójicamente hay que convivir. La indefinición identitaria se transforma en este punto crítico en degradación de la búsqueda de la identidad perdida, al condenarse a la persona que no puede ser expulsada materialmente del país a la indiferencia más absoluta. En su peregrinaje por la soledad de quien “no es parte”, el ser sometido a la dura experiencia de la invisibilidad, de un limbo jurídico, no es nadie pero sí es un objeto apetecible para un uso interesado en la economía de la explotación.

En este epígrafe delimitaremos tres situaciones jurídicas que se caracterizan por poseer en común la inhabilitación del arraigo como criterio de acceso a la legalidad; un trato diferencial que afecta a las personas que han sido calificadas en situación irregular y son objeto de un procedimiento de devolución o expulsión inejecutable³¹⁷. Su punto de convergencia es el tiempo de carencia necesario, circunstancia que les impide postularse ni siquiera a candidatos al arraigo jurídico³¹⁸. Para una mejor sistematización, partiendo de la premisa de la imposibilidad de ejecución de cualquiera de estas dos medidas, nos ocuparemos, en primer lugar, de la situación en la que quedan los extranjeros que están

³¹⁵ Según el Ministerio del Interior, la eficacia en las repatriaciones de los inmigrantes que intentaron entrar en España alcanzó el 92,3% en 2007, cuando intentaron acceder ilegalmente 50.318 personas; de ellas, 46.471 fueron repatriadas. De éstos los retornos (personas rechazadas en los puestos fronterizos habilitados, habitualmente puertos y aeropuertos) suman más del 50%. Las readmisiones (personas expulsadas de España en virtud de acuerdos con terceros países) han aumentado un 35%, y han pasado de las 4.616 de 2006 a las 6.248 de 2007. Si hubo 9.467 expulsiones y 15.868 devoluciones y las readmisiones fueron 6.248, no nos cuadran las cifras. Fuente: El balance de la lucha contra la inmigración ilegal en 2007 [consulta realizada el 21 de marzo de 2008], disponible en http://www.mir.es/DGRIS/Balances/Balance_2007/pdf/bal_lucha_inmigracion_ilegal_2007_mir.pdf.

³¹⁶ La cuestión no es *si deben estar aquí o no*, sino la realidad de que de hecho están y de que, *rebus sic stantibus, van a seguir estando*. Rubio Marín, “El reto democrático de la inmigración ilegal (A la luz del debate actual en España)”, *op. cit.*, p. 195.

³¹⁷ Como se indicó en el capítulo tercero, la ejecución de la devolución o de la expulsión requiere, primero, de un Estado que readmita al extranjero objeto de alguna de estas medidas. Y segundo, aunque es cierto que se han suscrito muchos acuerdos de readmisión en los últimos años, la prueba de la nacionalidad o incluso, en bastantes casos, del tránsito por el país desde el que se ha accedido a territorio español es fundamental para que la repatriación obligue al Estado emisor y, por ende, pueda ser efectiva.

³¹⁸ Si los inmigrantes sin papeles son los grandes olvidados en materia de derechos y libertades, en cambio, son los protagonistas en los capítulos de infracciones y sanciones de toda legislación de extranjería. De Lucas Martín; Peña Obiol, y Solanes Corella, *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*, *op. cit.*, p. 57.

inculpados o procesados, han sido objetos de alguna medida de seguridad o han sido condenados en España. En segundo término, abordaremos las circunstancias relativas a la inejecución administrativa de la devolución y de la expulsión y, por último, haremos referencia a la escasa reparación moral que implica la suspensión cautelar de la orden de expulsión en sede judicial, una suspensión que, en sentido técnico-legal, es impropia de una inejecución pero que, a nuestros efectos, produce también consecuencias análogas a las de los otros dos supuestos.

1. El “irregular”, reo de la complementación entre política criminal y de extranjería

Como hemos apuntado, el Derecho de extranjería es un cuerpo jurídico que contiene cada vez más elementos que pueden hacer derivar este ordenamiento hacia la categoría dogmática del “Derecho penal del enemigo”³¹⁹. Si existe una institución que mejor puede sintetizar esta idea esa es la expulsión, una sanción de orden administrativo de consecuencias incluso peores que una sanción penal de privación de libertad³²⁰. La regulación jurídica de la expulsión está respaldada en vía jurisprudencial aunque quepa dudar de su legitimidad ética³²¹. Desde nuestro punto de vista, la razón de técnica jurídica, una medida administrativa que no se concibe como modalidad de ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente a un hecho legalmente tipificado, es contradictoria con su propia funcionalidad práctica³²².

³¹⁹ Se trata, como afirma Ferrajoli, de una falacia realista: la autolegitimación como derecho de las prácticas contrastantes con el modelo normativo del derecho penal, en nombre de la eficiencia. “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”, *op. cit.*, p. 4. “La exclusión del inmigrante es un rasgo de la política criminal frente a la inmigración que encontramos ya en el ámbito de la tipificación penal, cuando se definen como delitos comportamientos que no afectan realmente a los derechos de la persona sino a la política de inmigración elegida por el Estado”. Miró Llinares, F., “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante?”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 10, 05, 2008 [consulta realizada el 31 de mayo de 2008], disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-05.pdf>. p. 22.

³²⁰ El propio significado semántico del verbo expulsar “echar a una persona de un lugar” ya indica una componente psicosomática de rechazo.

³²¹ La doctrina del TS y del TC (especialmente la STC 115/1987, de 7 de julio) nos recuerda que la expulsión tiene naturaleza sancionadora, y así aparece sistematizada en el cuerpo legal de extranjería (Título III LOEXIS). Entre la doctrina, por todos, Mestre Delgado, “Comentario del art. 57. Expulsión del territorio”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 1263; Palomar Olmeda, “Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia”, *op. cit.*, p. 2. Ni siquiera la expulsión como sustitutivo penal prevista en el art. 89 CP tiene naturaleza de pena. Rodríguez Candela y Dorado Noguera, “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, *op. cit.*, p. 880.

³²² Para Monclús Masó, M., la regulación legal de la expulsión no resiste un examen mínimamente riguroso de constitucionalidad. “La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta. Migración y cambio

La expulsión es la medida de alejamiento más grave de la que puede ser objeto un extranjero³²³. Surge históricamente como una medida de "orden público" y, en gran parte, se mantiene en la actualidad con la finalidad de evitar la ruptura del orden policial de la legislación de extranjería³²⁴. La medida de expulsión del extranjero no puede entenderse de otra forma; tiene un sentido eminentemente defensivo³²⁵. Para el legislador lo que importa es la ejecución de la medida, siempre que se pueda. ¿Por qué? Esta institución es un mero instrumento ejecutor de una política inculadora decidida a deshacerse a toda costa de cuanto extranjero irregular infrinja las leyes administrativas en general, y penales en particular³²⁶. El Derecho así entendido se convierte en un puro Derecho de Estado, un Derecho que se somete a los intereses que en cada momento determine el Estado o las fuerzas que controlen o monopolicen su poder³²⁷.

social", en *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, nº 94 (34) 1 de agosto de 2001, p. 4 [consulta realizada el 21 de junio de 2006], disponible en <http://www.ub.es/geocrit/sn-94-34.htm>.

³²³ En un sentido amplio, es definida doctrinalmente como la salida forzosa del extranjero del territorio español impuesta coercitivamente en virtud de una orden administrativa o judicial. Por todos, Rodríguez González, M., del P., "Expulsión *versus* devolución en la vigente Ley sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social", en *Justicia Administrativa*, nº 21, 2003, p.22. Como indica esta autora, la expulsión se ha convertido en la medida estrella contra el inmigrante irregular, cuyo uso indiscriminado ha terminado por desplazar a la sanción de multa, lo que colisiona con los principios sustantivos de la potestad sancionadora, especialmente en relación con el principio de proporcionalidad [art. 55.4 LOEXIS], a lo que hay que unir la excesiva generalización práctica del procedimiento preferente de expulsión, *ibídem*, pp. 26, 32 y ss. y p. 39. Un comentario a la jurisprudencia más reciente del TS sobre la motivación de la sustitución de la sanción de multa por la de expulsión, por todos, en Tolosa Tribiño, C., "Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería", en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 14, marzo de 2007, pp. 30-32.

³²⁴ Una reseña de los antecedentes históricos del Derecho sancionador de extranjería, en Solans Puyuelo, F., "Introducción al Derecho sancionador de extranjería", en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, pp. 605-611.

³²⁵ Monclús Masó, *op. cit.*, p. 2.

³²⁶ Laurenzo Copello, P., "Últimas reformas en el Derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión", en *Jueces para la Democracia*, nº 50, 2004, p. 30. De institución sobre la que gira toda la política de extranjería e inmigración en España la califica Souto García, E., M., "Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión", en Faraldo Cabana, P. (dir.), Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, p. 300. Por su parte, Portilla Contreras, G., la considera el "arquetipo penal posmodernista". "La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y posmodernistas", en Zugaldía Espinar, J., M. (dir.), Pérez Alonso, E., J. (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia, 2007, p. 10.

³²⁷ Muñoz Conde, F., "El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado 'Derecho penal del enemigo'", en Portilla Contreras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, 2005, p. 171.

No se trata ya de que el extranjero cometa alguna infracción que conlleve la ejecutoria de salida del territorio nacional, aunque siempre ésta sea opcional y subsidiaria a la multa, sino que estamos ante una sanción que se impone atendiendo *especialmente* a una situación administrativa de carencia de legalidad en la que se encuentra la persona³²⁸. Aunque técnicamente la expulsión del extranjero no sea una pena, funcionalmente sí lo es³²⁹. El cumplimiento de esta medida puede tener una consecuencia más aflictiva que la pena, que además descansaría en un hecho externo al delito como es la situación administrativa irregular del sujeto³³⁰. Negar su carácter de pena sobre la base de la mera calificación legal significa posibilitar el fraude a todas las garantías penales y procesales provenientes de la tradición ilustrada y que constituyen su más preciada herencia³³¹.

Como sabemos, el legislador ha establecido varias causas de expulsión (art. 57.1 LOEXIS) en concreto las infracciones tipificadas en los apartados a) b) c) d) y f) del art. 53, o el art. 54 (según se trate de infracciones graves o muy graves respectivamente). Atenderemos en el siguiente subepígrafe a las causas más comunes, que son las previstas en los apartados a) y b) entendiéndose que, en esos casos, primero, la aplicación de la compulsión de abandono del territorio es desproporcionada y, segundo, la inejecución de tal sanción implica que la persona arraigue en la clandestinidad. En este momento, nos detenemos en las consecuencias en materia de arraigo jurídico derivadas de la inejecución de la aplicación de este instrumento sancionador cuando concurren tipos delictivos³³².

³²⁸ Cfr. Solanes Corella, “La situación jurídica del extranjero irregular en España”, *op. cit.*, p. 255. Por supuesto, es la culminación del carácter criminológico o penalista del Derecho de extranjería, sobre todo a raíz de las reformas introducidas por la LO 11/2003 y la LO 14/2003.

³²⁹ Por ello, el análisis de la incapacitación en el ordenamiento penal español no puede prescindir de la mención de este concreto instituto sancionador. Brandariz García, *Política criminal de la exclusión*, *op. cit.*, p. 118.

³³⁰ Asúa Batarrita, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en Lorenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, p. 95; Bergalli, ...[et al.], “¿Criminalización de los inmigrantes?”, *op. cit.*, p. 53.

³³¹ En el Derecho comparado la situación no es mucho mejor, *cfr.* el Derecho francés en Guimezanes, N., “Le statut légal des migrants”, en *Revue internationale de Droit comparé*, nº 2, 2006 (ejemplar dedicado a: Etudes de droit contemporain), p. 613 y ss.

³³² La incorporación de la expulsión al catálogo de medios de reacción penal del ordenamiento tiene lugar no sin graves consecuencias en el funcionamiento del sistema penal y sus finalidades más genuinas. Torres Fernández, M., E., “La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario de la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 76, 2004, p. 232. En términos similares, Rodríguez Mesa, M., J., “Instrumentos

Para una mejor sistematización, realizamos una genérica aproximación a las causas de expulsión judicial. Ante todo, podemos afirmar que el Derecho Penal y el Derecho de extranjería se complementan en una política normativa que atiende eminentemente a “soluciones” de corte policial y que es incapaz de estructurar una mínima respuesta en términos de incorporación y respeto a los derechos de los extranjeros³³³. El único objetivo de la política criminal en materia de extranjería es la deificación del utilitarismo³³⁴.

En este sentido, la reforma operada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre³³⁵, ha certificado la definitiva *criminalización* del inmigrante³³⁶. La apertura de un proceso penal, la condena o la medida de seguridad, según sea el caso, son la excusa perfecta para justificar el requerimiento de la expulsión y, de paso, dejar sin sentido todo principio informador del ordenamiento penal. En primer término, hay que aclarar que la expulsión judicial es una medida que se dictará en función de la existencia de un proceso penal, esté o no finalizado. Esta circunstancia añade una peculiaridad a la figura jurídica general de la expulsión. Podríamos decir que la naturaleza administrativa del procedimiento decae ante la autorización judicial de expulsión. De aquí que la expulsión en sede judicial no esté tipificada como infracción administrativa en la legislación de extranjería (arts.52 a 54). Es una sanción de naturaleza administrativa pero con efectos derivados de un proceso o condena penal³³⁷. Partiendo de esta premisa, la naturaleza penal de la expulsión puede ser

jurídicos para la gestión y el control de los flujos migratorios Marruecos-España”, en *Entelequia: revista interdisciplinar*, nº 4 (ejemplar dedicado a: inmigración), junio 2007, p. 236.

³³³ O, como sostiene Arias Senso, M., el legislador de la LO 11/2003 convirtió al Derecho penal en un mero instrumento de la política de extranjería, “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004”, en *Diario la Ley*, nº 6160, 3 de enero de 2005, p. 1498. Para un estudio judicial de la expulsión puede consultarse por todos, Calvo-Rojas, E., “El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares”, en Álvarez- Cienfuegos Suárez, J., M. (dir.), *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial VIII*, Madrid, 2001, p. 192 y ss.

³³⁴ La racionalidad práctica presente en toda la sistemática de la legislación de extranjería es un eficaz instrumento de regulación de los índices crecientes de población extranjera objeto de encarcelamiento. El Derecho penal se ha puesto al servicio de las políticas migratorias restrictivas. Souto García, “Algunas notas sobre la función del derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, *op. cit.*, p. 313.

³³⁵ BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

³³⁶ Una norma que se caracteriza especialmente por tratar de dotar de un cierto automatismo a las resoluciones judiciales que han de autorizar u ordenar la expulsión de los extranjeros sujetos al procedimiento penal. Arias Senso, *op. cit.*, p. 1498.

³³⁷ De hecho sólo se parte de un expediente administrativo previo en el supuesto contemplado en el art. 57.7.a) LOEXIS.

sustitutiva o complementaria a la pena, a la medida de seguridad impuesta o al proceso penal sustanciado, según el caso, con la salvedad que se indica a continuación. Los tres supuestos siguientes que se analizan tienen un carácter sustitutivo; en los dos últimos es complementario³³⁸.

En primer lugar, la expulsión se plantea como un ejercicio del principio de oportunidad en la persecución penal en caso de procesamiento o inculpación del extranjero por delitos o faltas castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años o una pena de distinta naturaleza³³⁹. Es decir, se prevé la expulsión como medida que suple al proceso abierto en sede penal para los imputados por los denominados delitos menores³⁴⁰.

³³⁸ Téngase en cuenta, desde el principio, que la medida de expulsión no podrá ser aplicada en los supuestos previstos en el art. 57.5 LOEXIS (salvo que la infracción cometida sea la contenida en el art. 54.1.a) o suponga una reincidencia en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión), en los que prima básicamente la previa permanencia regular en el país y la tutela de la nacionalidad originaria. Paradójicamente, en estos casos sí parece que se tiene en cuenta el posible arraigo del extranjero. Sin embargo, entendemos que la dicción del art. 57.8 excluye la aplicación del art. 57.5. Asimismo, en los supuestos de expulsión judicial sustitutoria de la condena o, en su caso, por inculpación o procesamiento, siempre a nuestro juicio, al aplicarse el citado art. 57.5 sólo procedería la continuidad del proceso penal o el cumplimiento de la pena impuesta.

³³⁹ Véase art. 57.7 LOEXIS. Idéntica dicción de desarrollo se constata en el art. 142, párrafo primero, Regl. En cuanto a la preservación del principio *non bis in idem*, en este concreto caso, se ha pronunciado la doctrina jurisprudencial reiteradamente. Así se declara que "si el principio 'non bis in idem' no impide que una condena penal por delito doloso pueda ser considerada también como causa de expulsión de un extranjero del territorio nacional, la cuestión debe abordarse desde una perspectiva diferente si la expulsión se funda en la comisión de unos hechos por los que existe pendiente un proceso penal. Como viene declarando el Tribunal Constitucional desde su Sentencia de 30 de enero de 1981(FJ2), el principio 'non bis in idem' conduce a que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, sea posible que ese enjuiciamiento y calificación se hagan con independencia si resultan de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado". Por todas, STS de 31 de octubre de 2007 (RJ\2007\8382) (FJ7); STS de 9 de febrero de 2007 (RJ\2007\1885) (FJ3) STS de 29 de noviembre de 2004 (RJ\2004\8115) (FJ4). En consecuencia, el ámbito de aplicación del art. 57.7 LOEXIS "no puede extenderse al supuesto de la calificación de unos hechos que están siendo enjuiciados por la Jurisdicción penal. La Administración puede solicitar del Juez [...] la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento por delitos menos graves, siempre que se aplique una causa de expulsión distinta de la realización de esos hechos por los que se sigue causa penal, puesto que en caso contrario [...] la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la Jurisdicción penal". Por todas, STS de 9 de febrero de 2007 (RJ\2007\1885) (FJ3); STS de 29 de abril de 2005 (RJ\2005\3809) (FJ3). Por último, una reseña sobre la intervención del Ministerio Fiscal en este supuesto en Sánchez-Covisa Villa, J., "Ministerio Fiscal, extranjería e inmigración", en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho*, Barcelona, 2008, pp. 395-396.

³⁴⁰ Entre otros, Chazarra Quinto, M., A., "El tratamiento penal del inmigrante en el Derecho español. Análisis de la aplicación del denominado 'Derecho penal del enemigo' a los delitos relacionados con la inmigración", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, nº 1, julio 2006 (ejemplar dedicado a la inmigración) [consulta realizada el 24 de octubre de 2006], disponible en http://revistasocialesyjuridicas.umh.es/Revista/Contenido1_files/01-Chazarra.pdf, pp.7-9. Entendemos que el residente legal no estaría, por la sola circunstancia de su imputación o inculpación, en situación irregular, ni tampoco tras la condena penal. No tendría obligación de comunicar a la autoridad

La aplicación del principio de oportunidad, que sólo encuentra una expresión abierta en la jurisdicción de menores, es una expresión de la superación de la política criminal por las razones de política de extranjería³⁴¹. La opción que plantea el legislador obliga al juez, salvo que aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación, a autorizar la expulsión del procesado o inculcado³⁴².

El principio de sustitución de un proceso penal por una sanción de índole administrativa supone una vulneración del poder de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado que tienen atribuido los jueces, a los que se les impone *ope legis* una solución que puede incluso resultar contraproducente con las garantías jurídicas y expectativas de derecho del condenado³⁴³. El precepto, tal y como está redactado, aboga por la presunción de culpabilidad anticipada ordenando el “desalojo” del territorio español como medida ejecutiva de anticipación de un posible fallo condenatorio. ¿Por qué no se deja que sea el juez el que se pronuncie sobre la inocencia o culpabilidad del procesado o inculcado? Entendemos que es un desacierto legal que se aproveche la mera pendencia del proceso penal para dictar una orden de expulsión refrendada por la autoridad judicial. La sustitución del *ius puniendi* por criterios de utilidad u oportunidad, como los que están presentes en la legislación general de extranjería, es una fórmula ante la que hay que adoptar todo tipo de cautelas jurídicas. En este caso se realiza un juicio de peligrosidad,

gubernativa en materia de extranjería su situación (así se deduce de las causas de extinción de la autorización de residencia temporal o residencia temporal y trabajo contenidas en el art. 75 Regl. y de la ausencia de tipificación sancionadora del supuesto en la LOEXIS [arts. 52 a 54]. Con todo, el propio apartado c) y d) del citado art. 75 no excluye la posibilidad de que la autoridad actúe si conoce las nuevas circunstancias. Téngase también en cuenta lo dispuesto en el inciso final del art. 142 Regl. ¿Qué infracción tipificada en la LOEXIS se le podría imputar en estas circunstancias?

³⁴¹ A juicio de Rodríguez Candela y Dorado Nogueras, en el caso contemplado en el art. 57.8 LOEXIS, el principio se justificaría partiendo de un enfoque que favorece un influjo político sobre la justicia penal, así como por el interés de la verificación de la justicia penal, en contraste con el formalismo legal, *op. cit.*, p. 879. Y nosotros nos preguntamos, ¿en qué medida se respetan, en este caso, los principios de prevalencia de la jurisdicción penal sobre la potestad sancionadora de la Administración y el principio de legalidad e indisponibilidad de la acción penal?

³⁴² ¿Qué circunstancias excepcionales podrán justificar la denegación de la solicitud de expulsión sometida al juez por la autoridad gubernativa? ¿No debería serlo la imposibilidad manifiesta de ejecución, a la vista de lo actuado en sede administrativa? ¿Acaso puede el juez penal entrar en el fondo del procedimiento administrativo?

³⁴³ Además, como subraya Sola Reche, E., el mecanismo para agilizar la expulsión contenido en el art. 142 Regl. entraña mayores riesgos criminógenos ya que se debilitan las funciones preventivas de la pena prevista para el delito. “Art. 142. Extranjeros procesados o inculcados en procedimientos por delitos o faltas”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, 2007, p. 816.

sin redención posible, de forma que la comisión de un delito transforma al infractor en un sujeto no idóneo para permanecer en el país³⁴⁴.

En segundo lugar, el art. 89.1 CP dispone la sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España por su expulsión³⁴⁵. Lógicamente, en el supuesto de que no pudiera llevarse a efecto la ejecución de la expulsión se procederá al cumplimiento de la pena impuesta originariamente (art. 89.1 *in fine* CP)³⁴⁶. Paradójicamente, la extensión de la pena puede

³⁴⁴ Souto García, “Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, *op. cit.*, p. 304.

³⁴⁵ “Salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España” (art. 89.1, primer párrafo *in fine*). Respecto al análisis de la naturaleza jurídica de la expulsión prevista en el art. 89 CP, por todos, Asúa Batarrita, “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, *op. cit.*, pp. 58-69. Desde el punto de vista jurisprudencial, la regulación actual del art. 89 CP “constituye un ejemplo del vértigo legislativo que tiene por objeto el Código Penal [...], un importante cambio en la filosofía general que inspiraba la expulsión de extranjeros ilegales por la comisión de delitos [...]” STS de 8 de julio de 2004 (RJ 2004\4291) (FJ2). En el pronunciamiento en cuestión, el Alto Tribunal considera inadmisibles la aplicación inmotivada, *inaudita parte* y sin juicio de proporcionalidad y ponderación del art. 89 CP, por lo que estima necesario su interpretación en clave constitucional (FJ2). Estos criterios son reproducidos, entre otras, en la STS de 24 de julio de 2006 (RJ 2006\6086) (FJ1). Además, la reforma llevada a cabo por la LO 11/2003 prevé igualmente para los no residentes legales en España la sustitución de las medidas de seguridad que, en su caso, se pudieran adoptar de forma preceptiva por la expulsión obligatoria, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España (art. 108 CP). Al respecto, por todos, Flores Mendoza, F., “La expulsión del extranjero en el Código Penal español”, en Laurenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, pp. 129-132.

³⁴⁶ En cuanto a su naturaleza, Roma Valdés, A., señala que su estructura es muy próxima a la de la suspensión de la ejecución de la pena (art. 80 CP) y, en cambio, no presenta analogías con la sustitución de penas regulada en el art. 88. “La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros”, en *Actualidad Penal*, nº 35, 1999, pp. 849-868. Del Moral García, A., recuerda que la STC 242/1994, de 20 de julio, ya afirmaba que no estamos ante una pena, sino ante una medida administrativa que sustituye la ejecución de la pena. “El extranjero ante el orden penal”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, 2005, p. 713. En todo caso, la expresión legal del art. 89.1 CP “[...] serán sustituidas” no admite lugar a dudas de que estamos ante una conminación legal dirigida al juzgador. Y en la que juega un papel fundamental las consideraciones de política de control de flujos, más que la política criminal. Véase Torres Fernández, *op. cit.*, pp. 236-238 y 240. En lo que respecta a su ámbito subjetivo, Arias Senso considera que existe cierta equiparación entre los términos de no residente legal y extranjero en situación de irregularidad, de modo que los extranjeros residentes no pueden ser objeto de la medida de expulsión, *op. cit.*, p. 1501. En sentido contrario, entre otros, Ontiveros Valera, F., “El extranjero autor de infracciones penales”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, IV-2002, Madrid, pp. 278-279 y Fernández Arévalo, L., “Extranjería: Derecho penal y Penitenciario”, en *Curso E-learning de Experto jurídico sobre migraciones internacionales y extranjería*, 2ª edición, 2003 [consulta realizada el 18 de marzo de 2006], disponible en www.cgae.es citados en nota al pie por Ontiveros Valera, *loc. cit.* Una opinión matizada la aporta Rodríguez Candela, J., L., para quien la estancia quedaría fuera también del concepto de residente legal, a los efectos previstos en el art. 89.1 CP. “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 33, 1998, p. 62. Desde nuestro punto de vista, el art. 57.2 LOEXIS zanja esa discusión al establecer la expulsión, con independencia del carácter de la residencia, aunque eso sí

hacer que la sustitución de la pena por la ejecución de la expulsión sea más o menos beneficiosa para el infractor en función de la duración de aquella.

En tercer lugar, se acordará la expulsión de un condenado con pena de prisión igual o superior a seis años de un residente no legal, previa audiencia del penado, y a instancia del Ministerio Fiscal, siempre que haya cumplido tres cuartas partes de la condena o en el caso de que acceda al tercer grado penitenciario (párrafo segundo art. 89.1 CP)³⁴⁷. Por supuesto, a los inmigrantes irregulares les está vedado el acceso a otras modalidades más benignas como la suspensión provisional (art. 80 y ss. CP) y sustitución (art. 88 CP) de las penas privativas de libertad³⁴⁸. Esta expulsión y, en sentido análogo, la recogida en el párrafo primero del art. 89.1 CP constituyen, a nuestro juicio, una contradicción respecto de la finalidad preventiva general de la pena. ¿Por qué un extranjero que ha cumplido las tres cuartas partes de su condena no tiene derecho a la libertad condicional y, en su lugar, se la sustituye por el requerimiento de abandono del territorio?

Además, hay que tener en cuenta que los supuestos de expulsión judicial de los no residentes legales contenidos en el CP, excepto el supuesto previsto en su apartado 4, implica la “condena” al extrañamiento durante un plazo de diez años (art. 89.2 CP)³⁴⁹ desde la fecha de la expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena³⁵⁰. Se

la conducta objeto de sanción penal ha debido de ser dolosa. La única diferencia significativa es que, en un caso, la expulsión es sustitutoria de la pena y en otro es complementaria (art. 89.1 CP y art. 57.2 LOEXIS, respectivamente).

³⁴⁷ Salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien [los jueces o tribunales] que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España” (art. 89.1, segundo párrafo *in fine*).

³⁴⁸ Como subrayan, entre otros, Trinidad García y Martín Martín, cuya opinión compartimos plenamente, no debería ejecutarse sistemáticamente la expulsión en caso de fuerte arraigo familiar, ni cuando se goce de circunstancias personales y familiares especiales, ante la finalidad real de este sustitutivo penal que es valorar las circunstancias posdelictuales y de arraigo. Para ello, debería poder aplicarse la suspensión de la ejecución de la pena, o la aplicación de cualquier sustituido del artículo 88 CP, *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo, op. cit.*, p. 222.

³⁴⁹ Este plazo deberá ser modificado cuando entre en vigor la Directiva de retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en territorio comunitario, ya que su art. 11.2 sólo admite una duración superior a cinco años si el nacional “representa una amenaza grave para el orden público, la seguridad pública o a la seguridad nacional”. La duda es: ¿cómo se delimitará la aplicación de esta regla excepcional?

³⁵⁰ La finalidad neutralizadora se refuerza, además, por el hecho de que el intento de entrada en territorio español antes de la finalización de ese plazo prohibitivo no comportará, como antes, el cumplimiento de la pena privativa de libertad sustituida, sino la devolución del inmigrante por parte de la autoridad

consagra así, como subraya Lorenzo, una nueva y flagrante lesión del principio de proporcionalidad que puede convertir una sanción penal, por ejemplo castigada con dos años de privación de libertad, en una privación del derecho a la libre movilidad (la de ingresar o transitar por determinado territorio)³⁵¹. ¿Por qué se emplea tanto rigor rayano en la humillación de la persona por razón de su calificación administrativa?³⁵² El acercamiento de la consideración del extranjero inmigrante en situación irregular a objeto del “Derecho penal del enemigo” puede darnos algunas respuestas.

Estamos ante los más evidentes ejemplos de criminalización del extranjero que suma a su condición de condenado penal la de reo del rechazo por ser un “irregular”, al que se le niega toda posibilidad de resocialización por efecto de la sustitución y, sobre todo, de la complementación de la coerción. Todo ello lleva a concluir, como apunta Brandariz, que el art. 89 CP aparece como un dispositivo más de un sistema netamente administrativo, que da entrada al criterio de oportunidad en el ámbito procesal concreto, orientado a economizar recursos, a racionalizar la política de expulsiones de migrantes irregulares, y a “funcionalizar” el instituto al servicio de las lógicas de excepción que informan la política migratoria contemporánea³⁵³.

En cuarto lugar, el legislador penal establece la sustitución de las medidas de seguridad por la expulsión si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España³⁵⁴. Si legalmente la expulsión aparece calificada como medida de seguridad no

administrativa, además del reinicio del plazo de prohibición de regreso (art. 89. 3 CP). Y, en virtud de lo establecido en el art. 139.c) Regl. LOEXIS *in fine*, es aplicable a aquellos Estados con los que España haya suscrito acuerdos en la materia que expresamente señalen esta consecuencia (especialmente reconocidos en el ámbito de la UE, tras la aplicación del Convenio de Schengen y en normas posteriores como la Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países).

³⁵¹ Lorenzo Copello, *op. cit.*, p. 30. Sólo se puede entender esta paradoja partiendo de la idea de que “las penas privativas de libertad para el extranjero sólo pueden fundamentarse en razones de prevención general y retributiva, siéndole imposible ejercitar una función resocializadora [...]”. Rodríguez Candela, “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, *op. cit.*, p. 59.

³⁵² Desde el punto de vista criminológico se incide en el perfil discriminatorio de la sanción de expulsión, sobre todo a raíz de la articulación normativa llevada a cabo por la LO 11/2003, en función de la calificación administrativa del extranjero inmigrante, *cfr.* Brandariz García, *op. cit.*, pp. 121 y 122 y otros que cita el mencionado autor y que pueden consultarse en nota a pie 424 p. 121.

³⁵³ Brandariz García, *ibidem*, pp. 124-125. En sentido análogo, Flores Mendoza, F., “La expulsión del extranjero en el Código Penal español”, *op. cit.*, p. 108.

³⁵⁴ “[...] El juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España” (art. 108.1 CP).

privativa de libertad (art. 96.3 CP) es cuanto menos llamativo que se quiera sustituir una medida penal por otra que comparte la misma naturaleza³⁵⁵. Sólo la atipicidad que implica la renuncia del *ius puniendi* en aras de la política de erradicación de la inmigración irregular puede poner un orden de sentido en la materia.

En quinto lugar, se ha previsto como causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, la condena del extranjero (siendo indiferente que ésta se haya producido dentro o fuera de España) por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (art. 57.2 LOEXIS y 138 Regl.)³⁵⁶. Quizá el legislador ha entendido que, en los casos de condena privativa de libertad, el ejercicio del *ius puniendi* debe ser *complementado* con la posterior expulsión del territorio³⁵⁷. Se ha completado el círculo represivo abierto con las causas previstas en el CP para los no residentes legales, aunque se haya modificado la naturaleza de la medida³⁵⁸.

Como cláusula de cierre de la política criminal, en último lugar, se prevé la ejecución de la condena en supuestos de especial gravedad, sea cual sea la situación administrativa del condenado³⁵⁹. Son tipos delictivos relacionados con los derechos de los trabajadores y

³⁵⁵ Respecto a la problemática derivada de la aplicación de la medida de seguridad privativa de libertad y la pena y sus efectos puede consultarse a Rodríguez Candela, “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, *op. cit.*, pp. 68-69.

³⁵⁶ Vidal Fueyo se refiere a esta modalidad con la doble expresión “sustituto del proceso penal o, en su caso, sustituto de la pena”, potestad que obedece a criterios de oportunidad o de utilidad. “Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España”, *op. cit.*, pp. 238-240.

³⁵⁷ No debemos dejar de recordar que el citado precepto no distingue entre residencia legal o ilegal y que su importancia aplicativa es mayor de la que se pueda estimar. Por ejemplo, un 63 por ciento de los extranjeros detenidos en 2006 por cometer alguna infracción penal residían de forma legal en España, según consta en la respuesta a una pregunta parlamentaria del diputado del PP Rafael Antonio [Hernando Fraile]. Así, el texto indica que de 88.820 detenidos extranjeros, 32.308 se encontraban en situación irregular en España, mientras que más de 56.000 tenía sus papeles en regla [consulta realizada el 29 de mayo de 2007], disponible en <http://www.europapress.es/noticiasocial.aspx?cod=20070528090952&ch=313>.

³⁵⁸ Mestre Delgado considera que si se aplica el art. 57.2 LOEXIS se desvirtuaría el carácter sustitutivo de la expulsión, vaciando de contenido la regla del Código Penal [...]. “Art. 57. Expulsión del territorio”, *op. cit.*, p. 1264. Compartimos la opinión del autor, entendiendo que el principio *non bis in idem* impediría la aplicación del art. 57.2 cuando se aplique el 89.1 CP.

³⁵⁹ En concreto, por la condena de alguno de los delitos tipificados en los arts. 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 CP (art. 89.4 CP). La redacción del art. 57.8 LOEXIS es incorrecta porque mantiene la referencia al delito contenido en el art. 515.6 cuando este apartado ha sido suprimido tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 283, de 26 de noviembre).

con la vulneración del orden público garantizado por la CE que, además del cumplimiento efectivo de la pena, serán castigados después con la ejecución de la expulsión (art. 57.8 LOEXIS) siempre que sea posible. Es doctrina reiterada del TC y del TS que no se vulnera el principio jurídico *non bis in idem* por la aplicación sucesiva de la pena y de la sanción de expulsión³⁶⁰. No obstante, desde la perspectiva ético-política, resulta cuanto menos dudoso que se incida en la culpabilización del extranjero después de haber cumplido una pena de privación de libertad. ¿Por qué se considera que no es merecedor de una nueva oportunidad de rehacer su vida como la tiene todo liberado que no sea calificado como extranjero? ¿Ser extranjero tiene un plus mayor de reproche?

Recapitulando todo lo analizado en páginas anteriores, la institucionalización legal de la sustitución de la pena o de la medida de seguridad por la expulsión como regla general, y de la complementación en particular, eliminan de raíz la idea resocializadora del Derecho penal, en clara contradicción con lo dispuesto en el art. 25.2 CE³⁶¹. El Estado tiene derecho a imponer una medida restrictiva de derechos como la expulsión en el marco de una política criminal vinculada a una política de extranjería³⁶². Lo que es discutible es que el art. 25.2 CE esté construido como simple orientación dirigida al aplicador penal

³⁶⁰ En sede jurisprudencial se insiste en subrayar la diferencia entre la política criminal del Estado y la política de extranjería. Desde nuestra modesta opinión, desde un punto de vista jurídico-político, no está clara, hoy en día, esa diferenciación. Partiendo de la doctrina sentada en la STC de 30 de enero de 1981 (FJ2) y del Auto TC 331/1997, de 3 de octubre (FJ6) así lo confirman, entre otras, las SSTs de 10 de mayo de 2005 (RJ\2005\3986) (FJ4); de 28 de julio de 2005 (RJ\2005\6620) (FJ4); STS de 29 de noviembre de 2004 (RJ\2004\8115) (FJ3); STS de 21 de diciembre de 2004 (RJ\2005\66) (FJ5). La STC 236/2007, de 7 de noviembre, confirma esta jurisprudencia al señalar la constitucionalidad de los arts. 57.2 y 57.8 LOEXIS (FJ 14).

³⁶¹ En este sentido, las modificaciones introducidas por la LO 14/2003 responden en su integridad a una supuesta amenaza potencial del extranjero, obviando su necesaria integración social y la reinserción de las penas, centrándose en la incriminación penal y la obligatoriedad de la expulsión. Véase Trinidad García y Martín Martín, *op. cit.*, p. 219; Fernández Teruelo, J., G., “El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, 2007, p. 236; Maza Martín, J., M., califica la reforma del art. 89 llevada a cabo por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de “exasperación de la anomalía inicial”. “El tratamiento del delincuente extranjero en el Derecho Penal Español”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, p. 844. No obstante, en el nivel jurisprudencial, se está corrigiendo esta restrictiva norma. Por ejemplo, la STS de 8 de julio de 2004 (RJ\2004\4291) (FJ2) incide en la importancia de atender las circunstancias personales del condenado, arraigo y situación familiar; criterio que es recogido, entre otras, por la STS de 24 de julio de 2006 (RJ\2006\6086) (FJ1). De esta doctrina es posible extraer un entendimiento del actual art. 89.1 CP que se fundamentaría en la absoluta necesidad de dar una interpretación amplia a la excepción legal de la expulsión, como afirma Torres Fernández, *op. cit.*, p. 236. La autora considera que, analizada la STS de 8 de julio de 2004, “puede ponerse en duda la obligatoriedad de la expulsión a la luz de la LO 11/2003, pues el motivo que sirve de base para la excepción legal a su aplicación automática [establecida en el art. 89.1 CP] remite a uno de los principales factores que fijan el marco de la ponderación entre las exigencias de prevención general y especial”, *ibidem*, p. 244.

³⁶² Cfr. Rodríguez Candela, “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, *op. cit.*, p. 60.

(SSTC 203/1997 y 242/1994) y que no exista una ponderación del futuro de la persona³⁶³. La respuesta presumible es que el enemigo no tiene derecho a una segunda oportunidad por el simple hecho de su extrañamiento³⁶⁴. Si el destino final de la persona es su salida del país, ¿no propiciamos que sus derechos queden a merced de nuevo de la ley del más fuerte?

Estamos ante un ejemplo de Derecho que suple, en un caso, la responsabilidad de la resocialización del reo por la eliminación fácil de los problemas de internamiento, conminando a la salida del territorio, en definitiva, una clara dejación de los fines que corresponden al Derecho penal³⁶⁵. Y, en el otro, que se sirve de la calificación criminal del extranjero para negarle la más mínima opción de rehabilitación social porque no es nacional. Como pone de relieve Miró Llinares, “el legislador ha decidido utilizar el Derecho penal para controlar los flujos migratorios, mostrando, también en este orden jurídico, una menor preocupación por las condiciones de los inmigrantes como sujetos pasivos o, incluso, como autores de delitos, que por el hecho, central para el legislador, de que estén aquí [...]”³⁶⁶.

En este contexto, es el momento de preguntarse ¿qué ocurre cuando no puede ejecutarse una orden de expulsión y se ha cumplido la pena impuesta? ¿en qué situación legal queda el afectado por esa inejecución?, ¿cómo afectará esa circunstancia al derecho

³⁶³ La nacionalidad del infractor no puede fundamentar una tensión de tal calibre de las condiciones igualitarias, que conduce a esa consolidación de regímenes de responsabilidad penal claramente diversos. Brandariz, *op. cit.*, p. 122-123.

³⁶⁴ La adopción de la expulsión, tal y como está previsto en el art. 89 CP, tampoco tiene en cuenta la individualización de la pena, es decir, las circunstancias personales del reo. Souto García, “Algunas notas sobre la función del Derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, *op. cit.*, p. 311.

³⁶⁵ *Cfr.* Obregón García, A., “El extranjero ‘sin papeles’ como sujeto de derecho penal: algunas consideraciones jurídico-penales sobre extranjería a propósito de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre”, en Rodríguez Palop, M., E.; Campoy Cervera, I.; Rey Pérez, J., L. (edit.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, 2006, pp. 111-112; Asúa Batarrita, “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, *op. cit.*, p. 245. El modelo resocializador cede el testigo a un conjunto de fórmulas de intimidación o inocuización del delincuente, y que alcanza su cima, en el caso de los inmigrantes, con la inclusión en el Código Penal de la medida comentada (art. 89). Fernández Teruelo, “El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración”, *op. cit.*, p. 235; Sola Reche, “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, *op. cit.*, pp. 370 y 374.

³⁶⁶ Miró Llinares, “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o “exclusión” penal del inmigrante?” [consulta realizada el 30 de mayo de 2008], *op. cit.*, p. 27.

del extranjero de tener una vida más digna?³⁶⁷ Las consecuencias jurídicas derivadas de la inexecución forzosa de una orden de expulsión son tan importantes que afectan gravemente a la propia lucha del extranjero en situación irregular por salir de su estado de clandestinidad.

Si la expulsión es una medida que suple a la sanción penal o, en su caso, a la medida de seguridad, al procesamiento o inculpación, la inexecución da lugar a la reactivación del proceso o de la sanción penal, según proceda³⁶⁸. Con independencia de que la sanción de expulsión tenga un carácter sustitutorio o complementario, ¿qué ocurrirá cuando se haya cumplido la pena? Desde nuestro punto de vista, la naturaleza judicial de la expulsión decretada en su momento habría desaparecido por el cumplimiento de la pena. Finalizado ese plazo sólo podría iniciarse un procedimiento administrativo sancionador si concurren algunos de los supuestos previstos legalmente.

Dejando a salvo la posible incoación de un nuevo expediente administrativo, hay que tener presente que, en materia de expulsión judicial, la prohibición de entrada, la prescripción de la pena y la inadmisión a trámite de las solicitudes relativas a procedimientos previstos en la LOEXIS constituyen, en mayor o menor medida, la tríada perfecta para la inmovilización del arraigo como criterio de admisión. Por lo que respecta a la primera, el plazo de prohibición de entrada es distinto según sea o no de aplicación el art. 89.2 CP³⁶⁹. La diferencia es que el legislador penal establece el plazo de diez años,

³⁶⁷ La denominada expulsión automática (sustitución de la condena por la expulsión) presenta cifras bajas en la práctica, quizá debido a los problemas de aplicación de los acuerdos de readmisión. El balance de la lucha contra la inmigración ilegal en 2007 [consulta realizada el 21 de marzo de 2008], disponible en http://www.mir.es/DGRIS/Balances/Balance_2007/pdf/bal_lucha_inmigracion_ilegal_2007_mir.pdf ofrece cifras totales, pero no concreta los expulsados que son objeto de previa condena penal. Para este asunto tenemos algunos datos, eso sí de fuentes extraoficiales y de 2006. Fueron expulsados 1.043 extranjeros irregulares condenados con penas inferiores a seis años de prisión, frente a un total de 5.603 penados extranjeros con condenas similares. Es decir, las expulsiones no alcanzan el 20 por ciento. Aún más, la expulsión se convierte en una medida excepcional cuando se trata de condenados a seis o más años de prisión: 52 expulsados de un total de 4.622 condenados el pasado año. Cifras disponibles en <http://www.europapress.es/noticiasocial.aspx?cod=20070528090952&ch=313> [consulta realizada el 2 de enero de 2008].

³⁶⁸ Así se establece expresamente en el art. 89.1 CP. Para el caso contemplado en el art. 57.7 a) LOEXIS no debe existir distinta solución habiendo identidad de razón.

³⁶⁹ Que como sabemos sólo es de aplicación a los residentes no legales. Téngase en cuenta también que el plazo de prohibición de entrada cuando sea acordada la sustitución de la medida de seguridad por la expulsión es de diez años (art. 108.2 CP).

como indicamos *supra*, lo que quiere decir que no admitiría modulación³⁷⁰. Por el contrario, la LOEXIS contempla un plazo mínimo de tres y máximo de diez años (art. 58.1)³⁷¹. Esta distinción vuelve a incidir en el trato discriminatorio para el residente no legal cuando le resulta de aplicación la norma penal, haciéndole si cabe más responsable de su conducta con un plazo invariable.

Con relación a la prescripción, ésta sólo se tiene en cuenta cuando es de aplicación el art. 89.1 CP. Si añadimos que el plazo a tener en cuenta para la misma oscila entre los cinco y los treinta años, en función de la naturaleza, clase y duración de la pena de privación de libertad (arts. 33 y 133 CP), nos encontraríamos con una prohibición que desplegaría sus efectos, en la práctica, de forma permanente. Esta circunstancia es relevante porque para el resto de supuestos el plazo de prohibición de entrada no se hace depender, si fuera mayor, de la prescripción de la pena³⁷².

Por último, la LOEXIS prevé en su Disposición adicional cuarta la inadmisión a trámite de las solicitudes relativas a los procedimientos regulados en la misma cuando sean de aplicación, en lo que aquí nos concierne, sus apartados 4 y 5³⁷³. Este impedimento de orden administrativo, en materia de expulsión judicial, que no podrá removerse hasta que se cumpla el plazo de prohibición de entrada o, en su caso, prescriba la pena, sitúa al

³⁷⁰ Siempre que el plazo de prescripción de la pena no sea mayor (art. 89.2 CP *in fine*). Algo que será habitual para condenas por delitos castigados con penas de prisión superior a cinco años. A juicio de Rodríguez Candela, la prescripción de la pena comenzará a correr desde el momento en que la sentencia fue firme (art. 134 CP) sin que se interrumpa la misma por la aplicación del sustitutivo penal y durante el periodo de prohibición de entrada [...]. “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, *op. cit.*, p. 66.

³⁷¹ El precepto dice literalmente “toda expulsión [...]”. Compartimos la opinión de Mestre Delgado, J., F., cuando sostiene que la prohibición de entrada despliega sus efectos de forma inmediata a su adopción, sin que precise actos específicos de ejecución para su cumplimiento. “Art. 56. Prescripción de las infracciones y de las sanciones”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 1256.

³⁷² Tampoco en caso de sustitución de la medida de seguridad por la expulsión al no estar contemplada en el art. 108.2 CP. Ahora bien, las anotaciones de las medidas de seguridad serán canceladas una vez cumplida o prescrita la respectiva medida (art. 137 CP). Las medidas de seguridad prescribirán a los diez años, si fueran privativas de libertad superiores a tres años, y a los cinco años si fueran privativas de libertad iguales o inferiores a tres años o tuvieran otro contenido (art. 135.1 CP). El efecto práctico no es *mutatis mutandi* muy distinto al resto de casos.

³⁷³ Es decir, “cuando conste un procedimiento administrativo sancionador contra el solicitante en el que pueda proponerse la expulsión o cuando se haya decretado en contra del mismo una orden de expulsión, judicial o administrativa” (apartado 4) y “cuando el solicitante tenga prohibida la entrada en España” (apartado 5).

extranjero en situación irregular en la línea de no retorno del desarraigo³⁷⁴. Se comprenderá que en el caso de imposible ejecución de la medida de expulsión se está desalentando cualquier esperanza de salida de la ilegalidad³⁷⁵.

Resumiendo, la imposibilidad de ejecución de la sanción de expulsión impone al extranjero inmigrante en situación irregular una triste consecuencia: la práctica perpetuación de su estado de precariedad jurídica. Y, lo peor, la deuda abonada a la sociedad por el cumplimiento de la condena se “premia” con el extrañamiento de quien forzosamente está dentro estando excluido legalmente. Siempre se podrá aducir que esa persona no es merecedora de la confianza de la sociedad por su conducta antijurídica, pero ¿dónde quedan los vínculos que, mientras tanto, vaya desarrollando en la misma sociedad que lo mantiene excluido?, ¿por qué el extranjero no puede ser un sujeto resocializable y el nacional sí? Entendemos que la estigmatización del inmigrante irregular, que empieza con su deambular por esa zona donde la indiferencia hacia la suerte de las personas es evidente, se completa con esta exclusión inclusiva forzada por las circunstancias, simplemente porque ha tenido la “mala fortuna” de que su expulsión no puede ejecutarse. No obstante, la condena al purgatorio de la clandestinidad es menos comprensible cuando desaparece toda referencia penal, en especial cuando sólo se considera la presencial ilegal en territorio español.

2. La parálisis del arraigo por inejecución de las medidas administrativas de expulsión o devolución

En el anterior subepígrafe hemos puesto de relieve el pilar fundamental de la complementación de la política criminal y de extranjería: la sustitución, como regla general, de la sanción punitiva por la administrativa de expulsión. Puede ser más o menos discutible la legitimidad de la criminalización del inmigrante (las razones en contra han

³⁷⁴ Eso sí, teniendo en cuenta que la ausencia de antecedentes penales es requisito para la obtención de cualquier autorización administrativa de las previstas en la legislación de extranjería, mientras no puedan ser cancelados los mismos el extranjero seguirá siendo vetado para el ingreso en la comunidad de “legales” (el tiempo que tiene que transcurrir sin delinquir para poder solicitar la cancelación es de dos años para las penas menos graves y de cinco para las graves, art. 136.2 CP). En el siguiente subepígrafe completamos esta perspectiva.

³⁷⁵ Como hemos advertido, la falta de calificación administrativa de la sanción de expulsión judicial (como grave, muy grave o leve) es consecuencia de que es una medida que atiende, en estos casos, a consideraciones penales. De ahí que no sean aplicables los periodos de prescripción previstos en el art. 56 LOEXIS.

quedado expuestas). También hemos puesto de relieve los efectos jurídicos de la inejecución de la expulsión penal, apuntando algún elemento jurídico-político derivado, principalmente la indiferencia legal a los lazos que se hayan podido desarrollar durante ese período. En este momento, hay que preguntarse por las consecuencias de la inejecución de la expulsión administrativa o, en su caso, de la devolución del extranjero en situación irregular en materia de arraigo jurídico y, más concretamente, las repercusiones éticas derivadas de esa inejecución³⁷⁶.

Partimos de una premisa. La inexistencia de un proceso penal abierto o de una condena, en su caso, debilita los argumentos que habitualmente se barajan para justificar la conexión entre Derecho penal y legislación de extranjería que está presente en el instituto de la expulsión judicial (en sus múltiples variantes). Del mismo modo, queremos aclarar de inicio que nuestra reflexión se centra en las dos infracciones administrativas en las que más comúnmente puede incurrir una persona en situación irregular: la permanencia sobrevinida u originaria en la misma (apartados a y b art. 53 LOEXIS, respectivamente), porque son las que menos justifican que un extranjero en situación irregular esté forzado a permanecer, llegado el caso, en la clandestinidad.

La salida obligatoria es la intimidación que lastra el futuro de la opción de vida de todo extranjero en situación irregular, por el simple hecho de su estado³⁷⁷. Su activación o su aletargamiento, una cuestión que no sigue criterios más allá de lo azaroso de las circunstancias, es una “hipoteca” para el derecho de la persona a encontrar su espacio identitario, a desarrollar vínculos con la sociedad en la que vive³⁷⁸. Sus destinatarios saben

³⁷⁶ La diferencia principal en la aplicabilidad entre una u otra sanción atiende al lugar de interceptación del irregular. La devolución procede en los casos de que los extranjeros pretendan entrar ilegalmente en el país y también cuando se contravenga la prohibición de entrada tras haber sido expulsados, entendiéndose incluidos, a esos efectos, a los que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones (art. 58.2 LOEXIS y 157.1.b Regl.).

³⁷⁷ Como se advirtió en el capítulo tercero, la salida obligatoria, en sentido técnico-legal, según dispone la LOEXIS comprende no sólo la expulsión y la devolución, sino también la denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España (art. 28.3.c). Es un requerimiento para la salida voluntaria del territorio nacional si se cumple alguno de los supuestos indicados, una advertencia previa a la posible incoación de expediente sancionador. Y, lo más importante a nuestros efectos, la realización efectiva de la salida en estos casos no es “castigada” con la prohibición de entrada, por lo que eventualmente podrán volver si cumplen las normas de acceso (art. 158.3 *in fine* Regl.).

³⁷⁸ Sobre la difícil compatibilidad entre el derecho de protección familiar y el procedimiento preferente de expulsión, *cfr.* Nieto Martín, F., “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”, en *Jueces para la Democracia*, nº 41, 2001, pp. 23-28.

que, en la práctica, están siendo objeto de criminalización en su mayoría por la comisión de una falta de orden administrativo, por ser un invisible jurídico. Es más, cuando se pone en marcha un procedimiento como el de la expulsión, sin que concurra causa penal alguna ni otra que no sea la permanencia irregular en el país, tendría que ponderarse en su justa medida si el extranjero ha alcanzado un grado suficiente de arraigo³⁷⁹. Aunque lógicamente no se puede pedir a una legislación compulsiva por naturaleza que contenga algún elemento de humanitarismo³⁸⁰.

Los afectados por medidas como la expulsión o la devolución saben que éstas son una invitación a marcharse en forma de requerimiento³⁸¹. La expulsión es el refrendo público de que una persona queda abandonada a su suerte³⁸². El itinerario por la ilegalidad es un *via crucis* para quien lo sufre. Un “condenado” a la salida forzosa del territorio nacional está destinado a ser errante, una no-persona que intentará jugarse la vida cada vez que pueda para intentar buscar una forma de vida mejor. La llegada de la temida orden de

³⁷⁹ En las últimas páginas de este epígrafe abordamos la cuestión de la suspensión cautelar judicial de las órdenes de expulsión por causa de arraigo.

³⁸⁰ En el plano antropológico, la combinación del principio de integración vertical, que se deriva del principio de autoridad, y de diferencialismo, que es consecuencia del principio de desigualdad, induce a una tensión específica entre aspiración a la unidad y tendencia a la fragmentación, tensión que, a veces, conduce a la aparición de un diferencialismo de expulsión o incluso de exterminio. Todd, *op. cit.*, p. 126.

³⁸¹ La orientación 1.6.4 incluida por el Consejo en el Programa de la Haya, de consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea (2005/C 53/01) Serie Comunicaciones (DUE, de 3 de marzo de 2005) pide que “se establezca una política eficaz de expulsión y repatriación basada en normas comunes para las personas que vayan a ser repatriadas, de manera humana y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad”; una recomendación que simboliza la política de “doble sentido” en materia de extranjería y que ha culminado con la aprobación de la Directiva de retorno que hemos analizado en el capítulo tercero de este estudio. Las reglas policiales se atenúan con una especie de apelación a la condescendencia.

³⁸² Esta medida se hace extensiva, por mor del Derecho internacional, a cualquier país con el que España haya suscrito acuerdo en ese sentido (art. 141.2 Regl. LOEXIS). Y evidentemente, en la práctica, al territorio de cualquiera de los Estados miembros de la UE. Véase Directiva 2001/40/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países (DOCE L 149, de 2 de junio); Decisión del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión (DOCE L 261, de 6 de agosto); Documento de Trabajo del Parlamento Europeo de 9 de noviembre de 2004 sobre estudio de los vínculos entre la migración legal e ilegal: lucha contra la inmigración ilegal y gestión integrada de las fronteras [consulta realizada el 17 de junio de 2006], disponible en http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/dt/546/546679/546679es.pdf y, por supuesto, la Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 18 de junio de 2008, sobre la propuesta de Directiva del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio.

expulsión es el punto y seguido de la pérdida de referentes morales³⁸³. Ahora bien, hay otro aspecto presente en la expulsión que merece ser considerado por sus consecuencias. El problema, como se ha venido indicando, es que no siempre se podrá ejecutar el requerimiento de abandono. Por ello, procedemos a analizar los efectos jurídico-políticos que se derivan de la inejecución de las medidas de expulsión y de la devolución, dejando de manifiesto que nuestra tesis al respecto es que la inejecución “sentencia” o “legaliza” la modificación del sentido de excepcionalidad de la situación de ilegalidad del extranjero, imponiendo la parálisis de la salida de ese estado. Se convierte lo excepcional en una situación normalizada.

En primer término, la resolución de expulsión o devolución tiene una consecuencia inmediata a corto plazo para quien la padece: su privación de libertad sin haber cometido ilícito penal alguno³⁸⁴. El internamiento es una práctica de caución, dictada por la autoridad judicial correspondiente, pensada para garantizar la ejecución del acto de abandono forzoso del país (art. 62 LOEXIS y art. 153.3 Regl.). ¿Pero qué ocurre cuando es inejecutable ese acto? El legislador establece un plazo máximo de internamiento de cuarenta días, si bien la norma obliga a la puesta en libertad cuando en el transcurso de ese período se tenga constancia de que la práctica de expulsión [la norma no habla de la devolución pero entendemos en una interpretación *favor iuris* que también estaría incluida] no pueda llevarse a efecto (art. 153.5 Regl.).

La posible prolongación de la situación de internamiento es difícilmente defendible porque no está estrictamente ligada a un ilícito penal. En este último sentido, la medida prevista en la Directiva comunitaria de retorno, a criterio de los Estados miembros

³⁸³ Estamos de acuerdo con Mateo Menéndez, F., cuando hace unos años afirmaba que, en la práctica, el reconocimiento de los derechos a los extranjeros residentes ilegales resultaba intrascendente, vistas las numerosas causas de expulsión introducidas por la Ley de extranjería. “Una aproximación a la nueva ley de extranjería”, en *Jueces para la Democracia*, nº 40, 2001, p. 12. ¿Qué eficacia práctica presenta el derecho a la huelga, recientemente reconocido en sede constitucional, cuando su realización pone en alerta al poder público sobre la exteriorización de un “irregular”, ante el que podrá actuar con los mecanismos sancionadores previstos en la LOEXIS?

³⁸⁴ Somos conscientes de que la materia *per se* tiene importantes ramificaciones (la problemática derivada del internamiento como medida de seguridad, su colisión con el derecho a la libertad personal, etc.) aunque, dado que estamos analizando las consecuencias ético-políticas del arraigo jurídico, hemos optado por centrarnos exclusivamente en los efectos derivados cuando las órdenes de expulsión o devolución no pueden ser ejecutadas. Puede consultarse, por todos, a Palomar Olmeda, A., “Aproximación al régimen jurídico del internamiento de extranjeros”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, 2008, pp. 463-486; un estudio pormenorizado de la institución en Martínez Pardo, V., J., *La detención y el internamiento de extranjeros*, tesis doctoral, Valencia, 2006.

—aunque con límite máximo— puede ser perfectamente calificada, cuanto menos, de “despropósito”³⁸⁵. Se está criminalizando aún más al irregular, que no ha cometido más delito que tratar de trabajar o permanecer en un país distinto del suyo de origen sin la correspondiente autorización, castigándole con una privación de libertad a todas luces desproporcionada y contraria al principio de intervención mínima³⁸⁶.

En un principio habría que abogar de *lege ferenda* por limitar la utilización de este mecanismo en general, pero especialmente cuando no puede cumplir esa finalidad de aseguramiento de la ejecución por ser ésta imposible, como es el caso de que extranjero no sea readmitido por el país de origen o, en su caso, de tránsito³⁸⁷. ¿Qué sentido tiene privar de libertad a una persona que no va a poder ser repatriada? ¿Qué utilidad práctica tiene mantener vigilado a quien es rehén de la clandestinidad?³⁸⁸

A partir de su puesta en libertad, ¿qué futuro le espera al extranjero en situación irregular? Damos por reproducidas las observaciones preliminares que se indicaron en el

³⁸⁵ Por un lado, se aboga por un periodo de internamiento lo más breve posible, para acto seguido facultar que cada Estado miembro, si la legislación nacional así lo prevé, pueda prorrogar el internamiento hasta dieciocho meses si el nacional no coopera (prácticamente se le conmina a que facilite su expulsión si no quiere continuar privado de libertad) o se demora la documentación necesaria de terceros países, algo por cierto que puede ser habitual (arts. 15.1 *in fine* y 15.6). En su resolución 3/08, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA exhorta a la UE y Estados miembros a modificar la Directiva de retorno para adecuarla a los estándares internacionales de derechos humanos. En especial recuerda el citado organismo que [...] mantener a las personas privadas de libertad a causa de infracción de las disposiciones sobre inmigración en instalaciones de tipo penal no es compatible con las garantías básicas de los derechos humanos” [consulta realizada el 2 de agosto de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/impresos/Resolucion.03.08.ESP.pdf>.

³⁸⁶ Cabe preguntarse: ¿Cómo una norma internacional suscrita por España como el Convenio Europeo de Extradición prohíbe la detención preventiva de un delincuente reclamado por más de cuarenta días y puede ser posible mantener privado de libertad hasta dieciocho meses a una persona que no cometió ningún delito?, *cf.*: noticia disponible en www.intermigra.info/extranjeria de 11 de junio de 2008 [consulta realizada el 13 de junio de 2008]. El Consejo General de la Abogacía confirma esta apreciación, *cf.*: noticia publicada en el diario El Mundo de 12 de junio de 2008, también disponible en http://www.nodo50.org/tortuga/article.php?id_article=8367 [consulta realizada el 10 de julio de 2008].

³⁸⁷ Al menos, el legislador dispone que no pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente (art. 62.2 LOEXIS).

³⁸⁸ En buena medida, el internamiento es el producto de la “conversión del asunto migratorio en un problema fundamentalmente de orden policial, en el que aparatos administrativos asumen la discrecionalidad absoluta en el control de los sujetos y, en la práctica, su expulsión”. Portilla Contreras, “El Derecho penal ante la nueva representación totalitaria de la soberanía nacional: la inmigración ilegal”, *op. cit.*, p. 257. A título de ejemplo, véase la crítica de Silveira Gorski a los centros de internamiento, una expresión de esa cultura autoritaria. “Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, *op. cit.*, pp. 551-556. También puede consultarse a Moya Escudero, M., “La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos fundamentales”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 1986, pp. 1025-1042.

anterior subepígrafe, en lo que respecta a la inejecución de la medida de expulsión. La expulsión que trae causa en una infracción administrativa calificada en la legislación de extranjería tiene como efecto, en los casos que aquí son objeto de estudio, que el plazo de prescripción de la sanción impuesta pueda ser de hasta doce años. El resultado que se alcanza es la práctica imprescriptibilidad de la sanción de expulsión³⁸⁹. El matiz se introduce con la devolución. Esta medida lleva aparejada una prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años para los que hayan entrado de forma ilegal en el país (art. 58.6 *in fine* LOEXIS y 157.5 *in fine* Regl.). Por consiguiente, sitúa el límite máximo en el plazo mínimo de la prohibición por expulsión, en lo que parece indicar una suavización del *rigor iuris* del legislador del intento no consumado de permanencia ilegal en el país. Cuestión distinta es que pueda adoptarse la sanción de prohibición de entrada que se impone o acuerda junto con la medida de devolución sin que medie un procedimiento previo y además con la necesaria y específica motivación³⁹⁰. En este caso, la prohibición de entrada puede conceptuarse como sanción ya que, en puridad, tendría que ser el producto de un procedimiento administrativo sancionador³⁹¹. La consecuencia inmediata es presumible: le resultaría aplicable las normas sobre prescripción previstas en la legislación de extranjería.

En resumidas cuentas, un extranjero que es objeto de esta medida va a ver sensiblemente reducido el tiempo forzoso en que ha de pasar en clandestinidad en relación con el que ha sido objeto de expulsión cuando, en las mismas circunstancias, es inejecutable cualquiera de esas medidas. Nuevamente observamos que el alcance temporal de la inejecución es la azarosa distancia que marca el momento de la detención del irregular³⁹².

³⁸⁹ Mestre Delgado, “Art. 56. Prescripción de las infracciones y de las sanciones”, *op. cit.*, p. 1256.

³⁹⁰ La Sentencia 1329/2008 del TSJ de Andalucía -Sala de lo Contencioso-Administrativo de Málaga-, de 28 de marzo de 2008, lo niega (FJ4).

³⁹¹ Como se infiere del pronunciamiento judicial indicado con anterioridad, el intérprete, haciéndose eco de la naturaleza compleja de la devolución, entiende que ésta –cuando responde a una pretensión de entrada ilegal en el país y, por tanto, no tiene que ser objeto de expediente administrativo previo– es una coacción administrativa directa frente a la prohibición de entrada que posee una naturaleza sancionadora.

³⁹² En definitiva, como apunta Puerta Vilchez, J., M., el problema de la prohibición de entrada parece lo suficientemente complicado como para figurar entre los supuestos de inadmisión a trámite. Véase “Disposición adicional cuarta. Inadmisión a trámite de solicitudes”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, p. 1385.

La inejecución de una orden de expulsión o de devolución por causa no imputable al interesado no debería suponer una mayor incisión en la precariedad personal y social de quien la sufre. En primer término, el ejercicio de la potestad sancionadora en materia de extranjería tendría que ser más equitativo cuando lo único que existe es la irregularidad y se acredita cierto arraigo, siempre teniendo en cuenta que la expulsión es opcional y que la sanción prioritaria es la multa³⁹³. En segundo lugar, abogamos *de lege ferenda* por la reformulación de las reglas jurídicas contenidas en los apartados 4 y 5 de la Disposición adicional cuarta de la LOEXIS, exceptuando la causa de inadmisión cuando la expulsión o la devolución no hayan podido ejecutarse y el extranjero pueda acreditar que cumple los restantes requisitos establecidos para la regularización de su situación administrativa en el país. La persona en situación irregular no merece ser incapacitada jurídicamente para abandonar ese peregrinaje de penuria³⁹⁴. De este modo, se excluiría la cronificación del no reconocimiento de la visibilidad jurídica del extranjero inmigrante, que ha sido “condenado” a ese estado por una circunstancia de orden político-administrativo. Además, sería un acto de justicia con la persona que ha ido consolidando vínculos en la sociedad en la que vive³⁹⁵.

³⁹³ La doctrina del TS es precisa. Si impone la expulsión, la Administración ha de especificar cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción [...]. La motivación en caso de expulsión es necesaria siempre, pero deberá serlo de forma expresa cuando la causa es, pura y simplemente, la permanencia ilegal, sin otros hechos negativos sobre la conducta del interesado o sus circunstancias. Entre las más recientes, STS de 9 de enero de 2008 (RJ\2008\112) (FJ5); STS de 20 de diciembre de 2007 (RJ\2008\72) (FJ2); STS de 31 de octubre de 2007 (RJ\2007\7268) (FJ3); STS de 19 de julio de 2007 (RJ\2007\6890) (FJ4); STS de 19 de abril de 2007 (RJ\2007\4277) (FJ3); STS de 12 de abril de 2007 (RJ\2007\4114) (FJ5). En ésta última se recuerda que si la Administración quiere motivar la expulsión por medio de actuaciones policiales o judiciales ha de averiguar cuál fue su resultado y dejar constancia de ello en el expediente administrativo (FJ6). Sin embargo, resulta inquietante que en muchos pronunciamientos judiciales la indocumentación es una circunstancia negativa de las circunstancias del extranjero que, unido a la permanencia ilegal, permite tener por no vulnerado el principio de proporcionalidad que exige la aplicación de la medida de expulsión. Entre las más recientes, a título enunciativo, STSJ de Murcia de 25 de enero de 2008 (RJ\2008\105994)(FJ2); STSJ de Castilla y León –Burgos– de 14 de septiembre de 2007 (RJ\2007\1283929)(FJ6); STSJ de Andalucía –Málaga– de 27 de abril de 2007 (RJ\2007\232824)(FJ2).

³⁹⁴ Como afirma Brandariz, la incapacitación es selectiva, *Política criminal de la exclusión, op. cit.*, p. 125.

³⁹⁵ ¿Por qué determinados extranjeros inmigrantes en situación irregular (*cf.* art. 57.5 y 6 LOEXIS) no pueden ser objeto de expulsión cuando su ilícito es idéntico al del resto de personas en su misma situación administrativa? ¿Por qué tiene más valor la permanencia continuada en la mayoría de estos supuestos? Todos estos casos entran dentro de lo que Rodríguez Candela y Dorado Noguera califican como “residencia segura” a los efectos de excepción a la expulsión del extranjero, *op. cit.*, pp. 875-877. Nosotros añadiríamos: al menos, de no “condena” segura a la clandestinidad por la acción de la D.A. cuarta, 4 LOEXIS. En este grupo, podría incluirse *de facto* a los rumanos y búlgaros que, aún siendo formalmente comunitarios, pueden seguir transitando por la irregularidad hasta que finalice la moratoria de restricción de acceso si no cumplen los requisitos establecidos en las instrucciones sobre el régimen, permanencia y trabajo en España de los trabajadores por cuenta ajena nacionales de esos dos Estados y de sus familiares, de fecha 26 de diciembre de 2006, disponibles en http://extranjeros.mtas.es/es/normativa_jurisprudencia/Nacional/Instruccion_DGI

El cuestionamiento del derecho de los extranjeros inmigrantes a una vida digna sigue siendo, sin duda, en estos principios de milenio, la gran asignatura pendiente de la cultura de los derechos. La exclusión social y la marginación no se arreglan dejando al extranjero inmigrante en situación irregular porque no puede ejecutarse una medida de expulsión o de devolución si concurren circunstancias que permiten acreditar cierto arraigo de la persona³⁹⁶. Especialmente, la presencia de la expulsión en general, y de su inexecución en particular, es la mejor representación jurídica del “afuera estando dentro” donde el extranjero inmigrante es obligado a situarse³⁹⁷. Nos preguntamos si no resulta más rentable para el extranjero que se encuentra en esta situación, en términos de coste humano, solicitar desde un principio la salida obligatoria prevista legalmente teniendo en cuenta que la misma tiene como principal efecto eliminar la prohibición de entrada (art. 158.3 en relación con el art. 141.8 Regl.)³⁹⁸.

En líneas generales, se puede afirmar que la práctica totalidad de medidas legales elaboradas hacen al extranjero inmigrante responsable de su situación, autor de la perturbación que aparece como conducta perniciosa causada por su movilidad, en una

08-2006.pdf. Si bien es cierto que pueden ser objeto de expulsión o devolución por causa de orden público, seguridad pública o salud pública, como indica el art. 15.1.c) RD 240/2007, de 16 de febrero, en la práctica esta posibilidad es más difícil de activar que en la legislación de extranjería. Por ejemplo, las circunstancias personales, sociales y familiares de los afectados, entre otras, se ha de valorar antes de adoptar una decisión en este sentido (art. 15.1.c *in fine* RD 240/2007) aspecto que no se prevé en la LOEXIS y legislación de desarrollo. Otra cuestión relevante, que no puede ser tratada en esta sede, es la proporcionalidad de la expulsión de un extranjero en situación irregular con menor de edad a cargo y la falta de criterio común en sede interpretativa. Véase a Hurtado Martínez, J., A., “La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores”, en *Diario La Ley*, nº 6904, de 14 de marzo de 2008, recurso electrónico disponible en <http://laleydigital.laley.es>.

³⁹⁶ Estamos de acuerdo con las palabras de Zamora cuando afirma que “como en muchos casos resulta imposible averiguar el país de procedencia del inmigrante o no existe convenio de repatriación con el mismo, se le entrega una orden de expulsión y se le pone en libertad, con lo que en realidad más que del país se le expulsa del sistema de garantías jurídicas y se le coloca en una situación de total desamparo legal”. *Ciudadanía e inmigración: las fronteras de la democracia*, *op. cit.*, p. 153

³⁹⁷ Cuando afirmamos que el libre desarrollo de la personalidad o la dignidad constituyen los “*fundamentos del orden político y la paz social*” y reconocemos los derechos de las personas deberíamos repensarnos la “justicia” de la expulsión. Véase Rodríguez Mesa, “Derechos de los ciudadanos extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, *op. cit.*, pp. 172-173. O, en palabras de Walzer, no reconocer la afinidad nacional no es una razón para la expulsión. *Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y de la igualdad*, *op. cit.*, p. 54.

³⁹⁸ El problema es que, además de asumir los costes de la repatriación, tiene que exteriorizar su propia nacionalidad, si es el caso, a través del visado. Recordemos que es posible la readmisión en algunos países acreditándose que el tránsito se realizó desde ese país.

calculada instrumentalización del Derecho penal³⁹⁹. En esa “situación extrema” solamente queda el vacío de quien sabe que su humanidad corre el peligro de ser destruida integralmente. La indiferencia hacia los vínculos personales y sociales que una persona está desarrollando con sus semejantes envilece a todo Estado que se jacta en proclamarse defensor de los derechos porque antepone razones de orden administrativo a las ético-políticas. La vida en familia, la escolarización de los hijos, la participación social, etc., ¿por qué no son razones a ponderar en la limitación de los efectos de la inejecución de una medida de expulsión o devolución, a juicio del legislador?

Para cerrar este epígrafe, nos detenemos en quienes tampoco tienen otra opción que no sea transitar por la clandestinidad a pesar de que han visto reconocido su arraigo familiar y social por la justicia pero, eso sí, sólo a efectos de suspensión cautelar de la resolución de expulsión en tanto se sustancie y resuelva el proceso judicial de instancia. Y es que, en la simbiosis de las políticas criminal y de extranjería, las circunstancias personales y sociales todavía son ponderadas por la doctrina jurisprudencial, por “suerte” para la persona objeto de expulsión⁴⁰⁰. Sin embargo, ¿por qué el *ius corrigendi* de la práctica judicial no es suficiente para dar una oportunidad a quien ha elegido una nueva opción de vida?

3. La práctica judicial sobre las raíces familiares y sociales, ¿una reparación moral?

La inejecución de la orden de expulsión encuentra un punto y seguido en la suspensión cautelar de su ejecutividad en sede judicial hasta que se dicte sentencia sobre el recurso planteado. La calificación jurisprudencial del arraigo y, principalmente, su consideración como circunstancia a tener en cuenta *ad casum* para la suspensión provisional de la sanción de expulsión, parece poner un poco de sentido en la naturaleza represiva del Derecho de extranjería, un sector del ordenamiento que no tienen en cuenta suficientemente las circunstancias personales y sociales de las personas afectadas por un

³⁹⁹ Serrano-Piedecabras, J., R., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Laurenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, 2002, p. 318.

⁴⁰⁰ Indudablemente, por su naturaleza, la devolución impide cualquier suspensión cautelar por circunstancia de arraigo.

proceso de consecuencias tan graves⁴⁰¹. La causa es bien conocida: el ordenamiento no reconoce otra expresión de arraigo que no sea el cumplimiento de unos requisitos tasados; observancia que no garantiza el paso a la legalidad pero al menos permite solicitar la autorización de residencia por circunstancias excepcionales. Cualquier otra concepción de la vinculación con la sociedad en la que se vive sólo puede objeto de diagnosis y, en su caso, reparación en otros ámbitos, entre ellos el judicial⁴⁰². No obstante, nos preguntamos por qué un concepto tan complejo llega a ser interpretado más o menos restrictivamente. ¿Dónde está el límite natural de la calificación de una situación como de arraigo? Con su reconocimiento del arraigo como concepto jurídico indeterminado, la jurisprudencia viene a corregir la carencia exegética de la norma. De todas formas, siendo conscientes de que la cuestión no es pacífica, aún se está lejos de valorar que el arraigo es un concepto que también es indeterminado psicológica y sociológicamente, por lo que el establecimiento de límites a su aplicación puede resultar dúctil en función, entre otros aspectos, de las características personales y sociales de la persona. Dejando a salvo esta cuestión en la que no podemos entrar por razones materiales, ¿cómo se estructura la interpretación jurisprudencial en materia de arraigo?

La práctica judicial interpreta el arraigo como vínculo sólido con la sociedad, incluyendo en esa noción la existencia de una vida familiar consolidada. La expulsión del territorio nacional es un acto trascendente para los derechos de la persona, al imponer al extranjero el cambio forzado de país de residencia. Esta compulsión de abandono puede tener consecuencias inevitables en unos derechos que quedan, en la mayoría de los casos, a merced de las transgresiones del país receptor del expulsado. El planteamiento de la exigencia de la cautela de suspensión de la medida en cuestión hasta la resolución firme del asunto es un acto de justicia porque podría llegar, en caso contrario, a hacer ilusoria la estimación del recurso planteado y crear situaciones jurídicas irreversibles.

⁴⁰¹ Aclaremos que la suspensión administrativa de la ejecución de la resolución de expulsión sólo procede en caso de formularse petición de asilo hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto y en los casos de mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre (art. 64.4; 57. 6 *in fine* LOEXIS y art. 141.9 Regl.).

⁴⁰² Un examen crítico en la materia lo realizó Lozano Ibáñez, J., “Suspenso a la jurisprudencia que no suspende. Examen crítico de la doctrina del Tribunal Supremo en materia de suspensión de órdenes administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional”, en *Jueces para la Democracia*, nº 35, 1999, pp. 10-14.

Especialmente, en sede judicial se parte de una proposición básica: la adecuada delimitación entre lo que significa el interés privado o particular y el interés público. El concepto de orden público que elabora la práctica jurisprudencial no es precisamente lato en materia de expulsiones de extranjeros. El TS afirma que el concepto de orden público no es de fácil definición “no ya solamente por su difícil concreción desde un punto de vista conceptual, sino por el sentido [variable] que se le ha venido atribuyendo a tenor de las distintas etapas de la vida pública del país” y que, en todo caso, tiene que ser objeto de interpretación restrictiva y excepcional en cuanto pueda afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos⁴⁰³.

El criterio jurisprudencial aboga firmemente por una ponderación de los intereses en juego *ad casum* cuando se trata de una medida coercitiva como la ejecución de un acto administrativo⁴⁰⁴. Así, en la STS de 15 de junio de 2002 (RJ\2002\8374) se postula que

[...] la adopción de medidas cautelares, y concretamente la tradicional de suspensión de la ejecutividad de los actos de la Administración, requiere que se efectúe en cada caso concreto un juicio de ponderación entre los intereses contrapuestos (público y privado) para decantarse por aquel que resulte más digno de protección (FJ5)

para continuar argumentando que

las resoluciones por las que se adoptan o deniegan medidas cautelares deben contener un relato de los hechos y circunstancias concurrentes, de los que pueda inferirse la imprescindible ponderación de los intereses contrapuestos, la irreparabilidad o no del perjuicio que se causaría con la ejecución del acto o disposición administrativos y también la apariencia de buen derecho (FJ6).

⁴⁰³ Cfr. STS de 24 de marzo de 2003 (RJ 2003\4155) (FJ4) que cita textualmente el tenor literal contenido en STS de 27 de noviembre de 2002 (RJ 2003\1059) (FJ2).

⁴⁰⁴ Hay que recordar que la medida cautelar es un concepto jurídico indeterminado, que como tal, debe perfilar la jurisprudencia en cada caso en la forma que proteja más eficazmente el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, previa “*valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto*”, como advierte el art. 130.1 LJCA.

El Tribunal Supremo considera que el interés general debe ceder al interés particular de la persona, en cualquiera de sus vertientes, cuando se acredite suficientemente una sólida existencia de lazos que hagan inferir que el interesado mantiene una conexión de pertenencia con la sociedad de acogida. Así se afirma que,

Esta Sala viene proclamando reiteradamente en la actualidad, a medio de una pluralidad de resoluciones, que la suspensión de la ejecución de determinaciones administrativas de expulsión de extranjeros del territorio nacional o mediante las que se impone el deber de abandonar el mismo (...) resulta procedente cuando la persona afectada tiene arraigo en España por razón de sus intereses familiares, sociales o económicos, por lo que la ejecución de la orden de expulsión habría de producirle unos perjuicios de difícil reparación, que en parte afectarían a su esfera personal (...) (autos de 6 de febrero de 1988 [RJ 1988, 777] , 17 de septiembre de 1992 [RJ 1992, 6838] , 28 de septiembre de 1993 [RJ 1993, 6525] , 11 de julio de 1995 [RJ 1995, 5364] y sentencias de 15 de enero de 1997 [RJ 1997, 132, 133 y 134] y 28 de septiembre y 25 de noviembre de 1999 [RJ 1999, 6752]⁴⁰⁵.

Por consiguiente, la calificación jurídica de “*arraigo*” que realiza el TS atiende a la acreditación de alguno de los tres elementos (familiar, social o económico) y está interrelacionada de manera esencial con su *suficiencia*. La doctrina del Alto Tribunal acoge un criterio de suficiencia que no resulta compatible con la escasez de tiempo de la permanencia. La exegética jurisprudencial deja claro que la acreditación de arraigo es una situación consolidada en el tiempo y de índole personal, no demostrable sólo por la simple estancia continuada⁴⁰⁶. La consolidación en el tiempo de la permanencia en territorio español, su continuidad y estabilidad son, a juicio del mismo, factores que facilitan el

⁴⁰⁵ STS de 14 de marzo de 2000 (RJ\2000\3060) (FJ3). El mismo criterio se reproduce en la STS de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004\7855) (FJ 4) y más recientemente, por todas, SSTS de 13 de diciembre de 2007 (RJ 2007\7970) (FJ4); de 31 de enero de 2008 (RJ 2008/940) (FJ4); de 9 de enero de 2008 (RJ 2008\117) (FJ4). Esta doctrina es resaltada en sede científica. Entre otros, Picó Lorenzo, “Nuestra errática normativa sobre extranjería: especial referencia a las regularizaciones y al arraigo”, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁰⁶ No obstante, algunos pronunciamientos mantienen una línea *favor actoris*. Véase STS de 20 de enero de 2001 (RJ\2001\3821)(FJ2). En el caso concreto se concedió la suspensión provisional de la orden de abandono de un estudiante al que se le denegó la tarjeta acreditativa, al entender la Sala que, si bien su estancia no era prolongada, la realización de estudios en nuestro país con ayuda económica es una circunstancia relevante para esa medida cautelar.

arraigo, aunque el componente personal, la demostración de las circunstancias familiares, sociales o económicas son el otro factor de determinación de una situación de arraigo⁴⁰⁷.

Es más, el TS al establecer su línea exegética en la materia, advierte que las circunstancias subjetivas de arraigo y vinculación tienen que existir y estar acreditadas, no siendo suficiente la incorporación social (ni por supuesto la situación jurídica o estatuto que reclame el interesado) si ésta no se fundamenta en la solidez de los vínculos de una persona con la sociedad que lo acoge⁴⁰⁸. Así, llega a puntualizar que “constituye una indebida aplicación del criterio jurisprudencial de arraigo, a efectos de adoptar o no medidas cautelares mientras se sustancia el proceso judicial, su uso para denegar la suspensión de una orden de expulsión o de la obligación de abandonar el territorio español a los extranjeros a los que se les ha inadmitido a trámite o les ha sido denegado el asilo, porque quienes reclaman este derecho carecen ordinariamente de vínculos con el país que lo piden”⁴⁰⁹. Por tanto, no concurrirían los intereses familiares, económicos o sociales por

⁴⁰⁷ El mantenimiento de vínculos económicos, sociales o familiares con el lugar en el que reside, sin merma, quebranto o ruptura mientras se tramita el proceso, constituye también una o la finalidad legítima del recurso [...]. Por todas, STS de 8 de noviembre de 2007 (RJ\2007\7652) (FJ4). La jurisprudencia menor así lo expresa. La STSJ de Madrid de 1 de junio de 2007 (RJ\2007\33114) considera que son circunstancias acreditadas que ponen de manifiesto la existencia de esos vínculos la afiliación de la apelante a la Seguridad Social, la posesión de la tarjeta sanitaria y una oferta de empleo (FJ4). La STSJ de Madrid de 7 de mayo de 2008 (RJ\2008\214608) define el arraigo como “la vinculación que tiene un extranjero como consecuencia de su integración en el mercado laboral español o por su relación familiar y convivencia con español o con extranjero residente legal en territorio español [...]” (FJ1). En todo caso, como se encarga de reiterar la STSJ de Castilla y León –Valladolid– de 25 de abril de 2008 (RJ\2008\276559) “[...] ha de existir una acreditación de la misma [se refiere a la situación de arraigo] aunque sólo sea de forma indiciaria [...]” (FJ3). Por ello, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 30 de enero de 2007 (RJ\2007\234257) recuerda que “la mera estancia irregular en España, más o menos prolongada, de la persona extranjera, que no se cualifique con aludidos vínculos [...] no integra el concepto de ‘arraigo’ [...]” (FJ2); en sentido análogo, STSJ de Andalucía –Sevilla– de 24 de enero de 2008 (RJ\2008\114779) (FJ3); STSJ de Castilla y León –Valladolid– de 27 de febrero de 2008 (RJ\2008\165934) (FJ1). Del mismo modo, la STSJ de Murcia (RJ\2008\7427) (FJ2) considera que la no acreditación por el interesado de circunstancias de arraigo laboral [...], documento alguno referente a su integración laboral o a la suficiencia de medios económicos para subsistir, que tampoco cumpla los requisitos para poder obtener la regularización con el proceso de normalización previsto en el RD 2393/2004 y que no se encuentre debidamente identificado [...] hacen improcedente la suspensión cautelar de la expulsión (FJ2); argumento jurídico que se reproduce en la STSJ de Murcia de 28 de febrero de 2008 (RJ\2008\227243) (FJ2).

⁴⁰⁸ Esta acreditación, como canon interpretativo, es análogamente mantenida por el TEDH en su exégesis del art. 8 CEDH, *cf.* Boza Martínez, D., “El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 11, 2006, pp. 25-39; Quirós Fons, A., *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, tesis doctoral, Murcia, 2006 [consulta realizada el 10 de agosto de 2008], recurso electrónico disponible en www.tdr.cesca.es/TDX/TDR_UM/TESIS/AVAILABLE/TDR-0920106-135136//QuirosFons.pdf, p. 51.

⁴⁰⁹ STS de 20 de julio de 2002 (RJ\2002\8430) (FJ 6) que reproduce el pronunciamiento declarado en las SSTS de 2 de marzo de 2000 (RJ\2000\2336) y de 22 de mayo de 2000 (RJ\2000\5982) entre otras.

meras hipótesis, sin que el mantenimiento de esos vínculos con el lugar en que se reside pueda ser esporádico, extemporáneo o quebrantado para ser calificado como arraigo.

El estado de vinculación que debe valorarse en la consideración de la situación de arraigo, como uno de los primeros criterios interpretativos, es el existente en el momento de dictarse la resolución administrativa impugnada, para no desconectar ese grado de vinculación de supuesto enjuiciado y favorecer la creación artificial de vínculos⁴¹⁰. Es más, la práctica jurisprudencial es contraria a admitir documentos recientes, menos aún si sobrevienen a la causa de suspensión⁴¹¹. Por todo ello, no sería constitutiva de situación de arraigo una estancia que no permita consolidar los vínculos y una acreditación sobrevenida de alguna de las pruebas presentadas para justificar la incorporación (oferta de trabajo, solicitud de permiso de trabajo y residencia, etc.)⁴¹².

La defensa de la unidad familiar es un postulado principal en la exegética jurisprudencial del Alto Tribunal⁴¹³. Por ello, maneja un concepto de familia más extenso que la mera relación paterno-filial o matrimonial.⁴¹⁴ De este modo, interpreta que “la unión de hecho estable y continuada análoga a la conyugal permite apreciar la existencia de

⁴¹⁰ Véase STS de 24 de noviembre de 2004 (RJ 2004\7855) (FJ 4). No obstante en el citado fundamento jurídico, el Tribunal aclara que esa regla queda a salvo de “casos singulares, en los que fundadamente quepa apreciar que el estado o grado de vinculación existente al tiempo de decidir sobre la medida cautelar es el natural o lógico desarrollo o evolución del ya existente al tiempo de dictarse la resolución administrativa impugnada”.

⁴¹¹ *Ibid.* (FJ1). En el caso analizado, el Tribunal confirma la resolución de instancia, rechazando que la escritura de constitución de sociedad limitada, las declaraciones de renta y de impuesto de actividades económicas o el certificado de empadronamiento por su carácter reciente puedan ser constitutivos de prueba de arraigo del apelante. Es más, se considera que la documentación posterior a la denegación del permiso de residencia no hace sino aportar indicios de simulación de un arraigo irreal.

⁴¹² Así lo afirma el Tribunal en su Sentencia de 14 de junio de 2001 (RJ\2001\6099) (FFJJ 1 y 2). Más recientemente, STS de 13 de diciembre de 2007 (RJ 2007\7970) (FJ4).

⁴¹³ El derecho a convivir con los familiares directos prevalece frente al interés general de ejecución inmediata de una orden de expulsión suspendiéndola aunque no la anula, incluso si la situación económica de la familia es solvente. Véase STS de 2 de junio de 2001(RJ 2001/7978) (FJ3).

⁴¹⁴ Véase STS de 17 de julio de 2003 (RJ\2003\6759) (FJ1); STS de 8 de noviembre de 2007 (RJ 2007\8183) (FJ4). Si bien es cierto, que esta doctrina era favorecida por la amplitud con que se contemplaba el ámbito aplicativo subjetivo de la anterior regulación del arraigo familiar, dada la vaga redacción reglamentaria. *Cf.* Ruiz Legazpi, “El arraigo familiar en España”, *op. cit.*, pp. 5-6. Para las reflexiones acerca de los impedimentos al reconocimiento de la vida en familia en sede legislativa nos remitimos a lo expuesto en el capítulo anterior.

perjuicios irreparables inherentes a la expulsión derivados del arraigo en España del solicitante, por razón de la ruptura de la agrupación familiar”⁴¹⁵.

En resumen, la jurisprudencia aboga por una noción de arraigo de matiz complejo. El simple hecho de la permanencia continuada no es razón suficiente para consolidar una situación de arraigo, según la práctica judicial, si no va acompañada de manifestaciones que hagan presumir una voluntad de consolidación comunitaria: ya sea con vínculos sociales, familiares o económicos. Estos lazos actuarían como elementos indiciarios suficientes para la enervación de la doctrina del “interés público” en materia de suspensión cautelar de la ejecución de las expulsiones⁴¹⁶. Una cosa si está clara, ¿por qué esta doctrina que, aunque sea bajo limitaciones, tiene en cuenta el elemento familiar y social del irregular cuando se trata de “paralizar” provisionalmente la ejecución de la medida de expulsión hasta que se dicte sentencia no es considerada en sede legislativa en futuras reformas normativas?⁴¹⁷ Quizá ésta sea una de las pocas ocasiones donde estaría más justificada la formulación legal abierta de las circunstancias concurrentes *ad casum* puesto que la regulación taxativa no es, en la mayoría de ocasiones, garantía de equidad. Un primer paso interesante lo podría constituir *de lege ferenda* la autonomía del arraigo familiar como circunstancia específica para la concesión de una autorización excepcional de residencia temporal⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Por todas, STS de de 18 de julio de 2000 (RJ\2000\6130) (FJ 6). Aunque también la falta de acreditación de esa relación es motivo de denegación de la suspensión, STS de 13 de noviembre de 2000 (RJ\2000\141) (FJ3).

⁴¹⁶ Véase SSTs de 27 de enero de 2003 (RJ\2003\2777) (FJ 3) y de 14 de junio de 2002 (RJ\2002\6541) (FJ 3) por todas.

⁴¹⁷ No estamos de acuerdo, como afirma Delgado Castañeda, A., con el hecho de que el arraigo social y familiar contenido en el art. 45.2. b) del Regl. venga a regular lo que la práctica de los órganos de lo contencioso-administrativo había interpretado de forma extensiva al revisar las órdenes de expulsión. “Procedimientos para la incorporación de los extranjeros al mercado de trabajo. Consecuencias del trabajo sin autorización”, en *Revista general de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 11, mayo 2006 [consulta realizada el 5 de septiembre de 2006], disponible en www.iustel.com. En sentido análogo, Rojo Torrecilla y Camós Victoria, “La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración”, *op. cit.*, pp. 95-96. Que sepamos, la formulación del art. 45 Regl. sigue siendo tasada, sin que comprenda circunstancia complementaria alguna a modo de cláusula residual para casos individualizados.

⁴¹⁸ Sigue sin entenderse por qué un hijo de ecuatorianos, por ejemplo, puede ser español si ha nacido en España (dándose los presupuestos previstos en el art. 17.1.c. Cc) mientras sus padres puedan estar en situación irregular. Véase la crítica a la no inclusión en el Regl. de extranjería en vigor del precepto contenido en el derogado art. 49.f) del RD 864/2001, de 20 de julio en Moya Escudero, M., “Atribución de la nacionalidad española y declaración de nacionalidad con valor de simple presunción”, *op. cit.*, p. 46. Un análisis de la jurisprudencia al respecto en Álvarez Rodríguez, “Los ecuatorianos en el Ordenamiento español: el régimen jurídico de los progenitores de hijos españoles”, *op. cit.*, 135-142.

Por otra parte, la reparación moral implícita en la suspensión cautelar de una medida de expulsión no puede negarse, pero con reparos. El reconocimiento de circunstancias no atendidas en sede legislativa y administrativa podrá ser interpretado *prima facie* como un signo de reparación hacia el damnificado por una medida de expulsión⁴¹⁹. Sin embargo, la reparación jurídica es de escaso valor práctico y dudamos que lo sea moralmente⁴²⁰. El destino del no expulsado, mientras se sustancie el proceso judicial en la instancia, es idéntico –con carácter general– al de una persona que no ha visto reconocido sus lazos con la comunidad de destino, esto es, el peregrinaje por la clandestinidad⁴²¹. Solamente la resolución judicial que declare la improcedencia de la expulsión repondrá al extranjero inmigrante en posición de expectativa de acogerse a un procedimiento de regularización individual si cumple las condiciones establecidas reglamentariamente⁴²². Definitivamente, es un triste premio a la suerte de ser invisible jurídico. La identidad que se empieza a recuperar, y que ha sido certificada en sede judicial, tendrá que seguir reivindicándose mientras no se impida la salida de la ilegalidad.

La causa nos la proporciona el propio ordenamiento. Aun admitiéndose y decretándose la suspensión cautelar, nada impide que pueda adoptarse la medida de la inadmisión contenida en la D.A. cuarta LOEXIS⁴²³. Todo indica que mientras se sustancia el proceso judicial el reconocimiento de la circunstancia de arraigo *ad casum* es simbólico, sin otra consecuencia que la paralización de la ejecutividad de la expulsión. La

⁴¹⁹ Como señala Santolaya Machetti, materialmente el arraigo se ha configurado como una eficaz protección frente a la posibilidad de la expulsión de los extranjeros. “Los inmigrantes en situación irregular: derechos, expulsión y regularización (1990-2004)”, *op. cit.*, p. 138.

⁴²⁰ Desde el punto de vista técnico-legal, desde luego no prejuzga en absoluto el fondo del asunto. Por todas, STS de 8 de noviembre de 2007 (RJ\2007\8183) (FJ4).

⁴²¹ Eso sí, dejando a salvo la posible adopción de medidas cautelares positivas que remuevan esta situación según los arts. 129 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (BOE núm. 167, de 14 de julio); posibilidad de la que es reticente este orden jurisdiccional. La presencia de la “socorrida” perturbación grave de los intereses generales o de tercero que pudieran derivarse de la adopción de la medida cautelar impide considerar que estemos ante una norma de fácil aplicación.

⁴²² Recientemente, una Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Zaragoza, de 27 de octubre de 2008, anula una resolución administrativa de expulsión, sustituyéndola por una multa, al valorar las circunstancias de arraigo y la ausencia de notas negativas o desfavorables en el expediente de la parte recurrente [consulta realizada el 10 de noviembre de 2008], disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/jurisprudencia/SJCAZ2Exp.pdf>. Esperemos que no sea un pronunciamiento esporádico.

⁴²³ Aunque más apropiado sería admitir la citada solicitud y suspender su tramitación hasta que se resolviese el recurso [...]. Puerta Vilchez, “Disposición adicional cuarta. Inadmisión a trámite de solicitudes”, *op. cit.*, p. 1382.

imposibilidad, aunque sea temporal, de tramitar una autorización de residencia está hipotecando el futuro de la persona, como hemos subrayado en este epígrafe. Por ello, desde nuestro punto de vista, no resulta de ser paradójico el blindaje que existe en la materia. Por un lado, se está reconociendo en sede judicial, a pesar de sus únicos efectos cautelares, un hecho que trasciende cualquier consideración jurídica y, por otro, se alerta la protección frente al extraño con una medida –la inadmisión a trámite de la solicitud de legalización de la situación del irregular– que está en las antípodas de la lógica ética de la inclusión. Es la misma distancia que separa el arraigo legal del arraigo que no entiende de interinidades.

No queremos finalizar sin una reflexión. La atención del elemento personal y social del inmigrante sobre el que pesa una orden de expulsión, y que procesalmente se manifiesta en la suspensión cautelar del requerimiento de abandono del país, no devuelve al afectado su dignidad. La interpretación de los órganos jurisdiccionales no puede remediar que el irregular siga siendo un invisible jurídico mientras que no obtenga los anhelados “papeles”. La segregación, en forma de tolerancia, hacia el que no puede ser expulsado y el aprovechamiento de las circunstancias se yuxtaponen, incluso se complementan, en ese espacio vital donde exclusión e inclusión se unen y se separan. El irregular, definitivamente, nada entre dos orillas, la del desarraigo y la de la expulsión.

Desde nuestro punto de vista, la cronificación de la clandestinidad es una perfecta construcción del discurso intelectual y político de las sociedades occidentales poscoloniales; es un ritualismo necesario para reconstruir periódicamente el *integrismo* identitario nacional⁴²⁴. En este aspecto, el extranjero irregular es culpable de ser el “indeseado” del acto que crea más alertas y simultáneamente más necesidades en las sociedades europeas del momento, contra el que hay que oponer una clausura selectiva, es decir, con posibilidad de redención sólo en cuanto, y en la medida mínima posible, beneficie a consolidar la lógica del interés.⁴²⁵ Poner límites a la voluntad humana y obligar

⁴²⁴ En la formación de la imagen del extranjero se ponen en marcha mecanismos macrosociales y microsociales que penetran en las estructuras políticas de los países receptores y en la mente de los ciudadanos, para seguir perpetuando lo que para muchos es una constante histórica: la discriminación, exclusión, estigmatización del “otro”, del “diferente”, del “pobre”. Gallego Ranedo, “La ‘extranjería’ como frontera entre ser y no ser ‘ciudadano’, *op. cit.*, p. 94.

⁴²⁵ Nuestra mirada sobre la inmigración, al igual que la multiculturalidad, es la negación de su objeto, negar al inmigrante como tal inmigrante, un ser libre en su proyecto migratorio –el que sea–, basado simplemente

a la persona a ser un invisible jurídico cuando no se le puede “echar” del país es desacreditación no sólo para la persona que sufre este intento de deshumanización sino para la sociedad que admite estos patrones⁴²⁶. La lógica selectiva ha deconstruido el sistema, fortaleciendo una estructura social clandestina o invisible (los inmigrantes sin papeles) que funciona y opera como subterfugio poscolonial, en forma paralela al mundo de los derechos y la democracia, y que paradójicamente sostiene su viabilidad⁴²⁷. La credibilidad de la herencia que nos legó la tradición jurídica ilustrada está en juego, ¿sabremos estar a la altura de las circunstancias?

en la libertad de circulación. De Lucas Martín, “Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis”, *op. cit.*, p. 45.

⁴²⁶ A lo que se puede aspirar, como sostiene Bello Reguera, es a abrir una línea de debate y de trabajo que consolide y justifique o legitime la redefinición del acto de ilegalización como un acto de deshumanización de los ilegalizados. “La emigración y la periferia moral europea”, *op. cit.*, p. 21.

⁴²⁷ Alguna directriz que otra, a nivel europeo, parece querer abordar el tema. *Cfr.* la Comunicación de Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “intensificar la lucha contra el trabajo no declarado”, COM (2007) 628 final, de 24 de octubre de 2007; documento que acompaña a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen sanciones contra los empresarios de los residentes ilegales nacionales de terceros países Resumen de la evaluación de impacto {COM(2007) 249 final} {SEC(2007) 596} {SEC(2007) 603} /* SEC/2007/0604 final */ [consulta realizada el 26 de junio de 2008], disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52007SC0604:ES:HTML>.

CONCLUSIONES. EL FIN JUSTIFICA

LOS MEDIOS

En esta tesis se han analizado los principales puntos de inflexión de la legislación general interna de extranjería que dan su perfil ético y político al objeto del estudio que se ha realizado: la admisión de los extranjeros inmigrantes. El resultado de esta investigación puede resumirse en las siguientes conclusiones:

PRIMERA. *La libertad de circulación y residencia y la frontera de la soberanía*

Del régimen general previsto en nuestro ordenamiento se infiere principalmente que la libertad de movimiento y residencia termina por erigirse en la clave de un Derecho eminentemente selectivo. Podríamos hablar de una *libertad controlada de circulación*, considerando que la efectividad práctica de este derecho es el punto en el que convergen los condicionantes de ejercicio de la mayoría de derechos de los extranjeros. El derecho a migrar siempre ha chocado y chocará con el poder de admisión de los Estados. El Estado despliega su poder de control y dominio sobre el candidato a extranjero inmigrante, antes de admitirlo, y después sobre el ya admitido, recordándole que el *ius migrandi* finaliza donde empieza su soberanía. La frontera entre la admisión y el rechazo, entre la legalidad y la ilegalidad, construida por el poder selectivo es contingente precisamente porque el lugar común que se ha impuesto a esta persona es el de la incertidumbre. Cuando un derecho se transforma en “tolerado”, que es lo que ocurre cuando se condiciona seriamente el ejercicio del *ius migrandi*, convierte a su titular en objeto de extrañamiento, un simple “invitado” al que sólo se permite ser beneficiario de unos derechos en un mundo donde la *dignidad* es sustituida por el valor de cambio.

Las libertades en general, y la libertad de circulación y residencia en particular, son prisioneras de la autocomplacencia de un Derecho que sólo se piensa a sí mismo. La cultura posmoderna sirve a esta función. Esta concepción del Derecho podría resultar aceptable si todos recibieran un trato basado en la igualdad de condiciones. Sin embargo, la discriminación es un elemento constitutivo del poder soberano. Su campo de expansión más idóneo se alcanza en el ordenamiento de extranjería, un sector jurídico no pensado precisamente para la defensa de los derechos de sus sujetos. La libertad de circulación y residencia ha terminado por constituirse en privilegio de unos, y por supuesto en perjuicio manifiesto de otros. La abolición y la retroalimentación de las fronteras físicas en función de un criterio tan azaroso como la nacionalidad son causa y efecto, al mismo tiempo, de

un único paradigma: el universalismo asimétrico de los derechos, si se nos permite la expresión. Las fronteras éticas no son sino una prolongación de este imaginario.

SEGUNDA. *La calificación administrativa del extranjero inmigrante como expresión de la exclusión*

La idea de selección tiene su origen en la visión particularista de los derechos, aunque es cierto que ha terminado por institucionalizar un universalismo de los derechos cuando menos descompensado. La política normativa de admisión es una reacción defensiva a la progresión, entre nosotros, de los inmigrantes no beneficiarios del derecho comunitario a la libre circulación y residencia. Este hecho empírico, en lugar de ser un aliciente para la redefinición de la ciudadanía, ha sido aprovechado para profundizar en una idea antediluviana de la pertenencia, aquella que la concebía como un verdadero privilegio, una ventaja exclusiva de la que, en nuestro tiempo, *stricto sensu*, sólo gozan en territorio español los nacionales españoles (los únicos que pueden formar parte plenamente de la voluntad pública).

La presencia del extranjero inmigrante ha dado lugar, en el plano jurídico-político, a una nueva estratificación de personas que trasciende su naturaleza legal. Conceptualmente significa un retroceso en la cultura de los derechos y una redefinición de la idea de exclusión. La calificación administrativa de la persona es un serio ataque a la universalidad de los derechos. Su objeto principal es la creación de distintas “ciudadanías”, una expresión de la cultura del dominio sobre el inferior. Si exceptuamos al nacional de Estado miembro, que disfruta, como hemos analizado, del estatuto de ciudadano de la Unión y sus derechos inherentes, el resto de nacionales no españoles podrían ser incluidos en la *preciudadanía*, un estadio complejo que actúa con distinto grado de intensidad en función de la calificación administrativa del extranjero.

Desde nuestro punto de vista, la idea de exclusión aparece dominada por esta diversificación que reproduce *mutatis mutandi* antiguas divisiones legales y sociales. La coerción de la libre movilidad del extranjero inmigrante es una forma de regeneración de la libertad de circulación para los ciudadanos en mayúsculas. Todo parece indicar que la “ciudadanía” de unos se consolida mediante el aseguramiento de expresiones de amplio espectro que no podemos calificar estrictamente como ciudadanía cuando no permiten que

su poseedor sea partícipe en la voluntad general en la misma medida que los nacionales españoles. La fractura entre los comúnmente denominados “legales” e “ilegales”, con ser la más representativa, no agota todo el imaginario jurídico.

En pleno siglo XXI, la extranjería se diferencia precisamente de la ciudadanía jurídica porque es una categoría legal compleja e inestable que hace de la calificación administrativa de las personas su fuente de perpetuación. En este contexto, cualquier otra idea de ciudadanía es directamente proporcional al pragmatismo de la política de admisión. Para algunos, esta idea implica, en mayor o menor medida, que sus derechos no dependan de una autorización administrativa (los beneficiarios del Derecho comunitario nacionales de terceros países y los residentes permanentes, cada uno con sus matices). Se expresa en un lugar común de tolerancia para los demás; es decir, una devaluación de la persona como sujeto de derechos (residentes temporales con o sin autorización de trabajo). En definitiva, para muchos esa idea ni siquiera podrá ser proyectada porque han sido “condenados” a permanecer en una situación administrativa calificada de “irregular”.

Sirviendo a esta naturaleza dúctil, cada epíteto que se añade a la condición de extranjero, quizá con la salvedad del de residente permanente, viene a profundizar en la fisura abierta por la cultura de dominio sobre el inferior. La sucesión de los siguientes estadios es algo más que simbólica: extranjero, inmigrante, sin papeles, con orden de expulsión, con ejecución de la misma. Representa, en todo caso, la consolidación de distintas formas de *infraciudadanía*.

Desde nuestro punto de vista, habría que empezar por considerar críticamente este retroceso, alentando el debate público y poniendo de relieve que el alcance práctico de la realización de los derechos no puede depender de una calificación administrativa. El disfrute de los derechos de los extranjeros no se puede ser deudor de su situación administrativa; es decir, todo extranjero goza de plena facultad para el desarrollo de sus derechos, incluso los que están en situación “irregular”, según confirma el reciente pronunciamiento del intérprete constitucional.

Pues bien, esta afirmación requiere ser objeto de puntualización. Por ejemplo, ¿qué libertad posee un extranjero en situación irregular para desarrollar públicamente sus derechos cuando sabe que ese ejercicio puede activar los mecanismos del procedimiento

de expulsión? El ejercicio de los derechos de un extranjero en situación irregular no puede ser considerado libre porque su activación está paralizada por la siempre presente amenaza de la orden de salida del territorio. Es cierto que el caso del extranjero en situación regular es muy distinto pero, en este supuesto, el pleno desarrollo de los derechos, cuando no ha alcanzado aún el estatuto de residente permanente, se hará depender del deber de conseguir un trabajo o, en su caso, de la provisión de medios de vida suficientes. O, lo que es lo mismo, los derechos se conciben como objeto de transacción. Su contraprestación es la aportación del trabajo personal.

Se tendría que cuestionar la colusión entre derechos y situación administrativa existente en nuestro Derecho de extranjería. No sería del todo imprudente abogar por la suficiente delimitación entre lo que significan los derechos y la calificación legal de una persona; es decir, discernir si realmente la calificación es el producto de una necesaria diferenciación en derechos o ésta es una consecuencia de la lógica utilitarista. El ejemplo más significativo de esta regresión es el derecho de la persona a tener a sus familiares a su lado. Seguimos sin entender qué razones éticas o de otro tipo legitiman que el azar de la nacionalidad determine el distinto grado de realización del derecho de reagrupación. En clave de exclusión, la idoneidad del ámbito de vida en familia es una garantía para unos. Mientras, para el resto de extranjeros inmigrantes los poderes públicos perseveran en su duda simplemente porque la vida en familia de estas personas representa una “carga” para el Estado del bienestar. La política selectiva se encarga de establecer una distancia abismal que es la que separa al “inmigrante productivo” y al “inmigrante de beneficencia”. Por supuesto, los invisibles ante el Derecho no pueden ejercer, en ningún caso, el derecho a la vida en familia.

TERCERA. *La política criminal y su nuevo objeto: el extranjero inmigrante*

La condición de extranjero inmigrante está siendo conceptuada como un nuevo eje de la política criminal. Cuando formulamos esta proposición, lo hacemos conscientes de que el inmigrante puede ser sujeto penal activo, como puede serlo cualquier otra persona. Lo realmente preocupante es la aproximación práctica, aunque no sea formal, entre norma penal y regla administrativa en materia de extranjería. Sin ir más lejos, la privación de libertad de un extranjero por el simple hecho de ser “irregular” o la sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio, entre otros, no son precisamente

ejemplos de intervención mínima sobre los bienes jurídicos de las personas. Quizá estemos asistiendo a un uso ambivalente de la política criminal y de la política de extranjería, que no sólo aproxima ilícito penal e ilícito administrativo, sino que va más allá haciendo más gravosa la sanción administrativa que la penal como consecuencia de la reformulación de los fines de la política criminal cuando interviene el Derecho de extranjería. ¿Qué importa la salvaguarda de la observancia garantista de la política criminal si lo más importante es “extrañar” a todo extranjero inmigrante que no es deseado?

Nuevamente la categoría administrativa de la persona se erige en el epicentro de la discriminación y la desesperanza. ¿Por qué merece más el destierro un condenado en firme no residente permanente en nuestro país que un extranjero en situación de residencia permanente? ¿En qué medida no es idéntico el reproche de su acción u omisión antijurídica? Frente a esta situación, habría que delimitar en su justa medida la utilización interesada de estos mecanismos. La conversión de una calificación administrativa en el referente de la selección expresa la claudicación de la cultura de los derechos de la persona. Primero, porque el extranjero inmigrante, por el simple hecho de serlo, no es un criminal. Segundo, porque la sustitución de la pena o de la medida de seguridad por la expulsión puede ser más onerosa, en la mayoría de casos, si valoramos la suerte de desprotección de los derechos en origen. Y, por último, porque en los casos previstos para la complementación de la pena con la expulsión resulta desproporcionada y discrimina al extranjero respecto a otros reos precisamente por añadir a su condición de culpable penal la de ser un “ilegal”.

CUARTA. *La política de admisión: entre la discrecionalidad y la arbitrariedad*

Bajo la apariencia formal del respeto más escrupuloso de las garantías que aporta el Estado democrático constitucional de Derecho, la política normativa de admisión de extranjeros inmigrantes oculta una despreocupación por la suerte efectiva de los derechos de sus destinatarios. Esta política es el ámbito jurídico perfecto para la simbiosis entre discrecionalidad y arbitrariedad. El margen de actuación permitido por la norma jurídica es extremadamente elástico en materia de extranjería en general, y en la admisión en particular. Un Derecho que legitima la incertidumbre y la arbitrariedad pervierte cualquier consideración de justicia. ¿Dónde quedan principios constitucionales como la interdicción

de la arbitrariedad? En el universo de la inversión de la regla excepcional en regla general no se piensa en términos de valores sino de resultados. En este sentido, el estado de excepción en materia de extranjería es el mecanismo de una selección pensada a beneficio de inventario de la sociedad de acogida.

La cooperación en materia de migración está dirigida al control de flujos, que se traduce principalmente en un calculado y refinado juego de oferta y demanda del mercado; y eso, unido a las vacilaciones públicas y a la presión social, puede determinar el futuro de cientos de miles de personas a los que se pretende someter a exhaustivas pruebas o “autos de fe” sobre su limpieza moral y de costumbres para ser admitidos. Este escrutinio personal es una expresión de la desconfianza hacia el “otro” en el juego del pragmatismo. Se puede aducir con acierto que la política jurídica inmigratoria adolece de un manifiesto déficit socializador porque no es función del legislador socializar. Ahora bien, lo que resulta extremadamente chocante es que se oriente el diseño normativo hacia un perfil de inmigrante circunstancial, siempre con el peligro en ciernes de la condición resolutoria de su autorización; que se desincentive, en definitiva, la estabilidad personal del inmigrante por ese eje directriz de la política de admisión que es el conjunto de las circunstancias socioeconómicas, un preciso entendimiento mercantilista de la pertenencia.

Los controles de entrada en general, y el visado como instrumento fundamental de admisión, en particular, son un claro exponente de este déficit de argumentación jurídica. El Derecho se paraliza en la frontera. En los controles previos de entrada el extranjero inmigrante es sometido a un exhaustivo requerimiento que deriva claramente de la presunción de fraude, un efecto evidente de la confusión entre política criminal y política de extranjería. El extranjero siempre es considerado como un presunto culpable (de querer casarse con un nacional por conveniencia, de querer entrar en el territorio de forma ilegal, de no documentarse a propósito para evitar una posterior ejecución de la expulsión, etc.). Tanto en el país de origen como en el puesto fronterizo el “interrogatorio” al que se somete al candidato es susceptible siempre de añadir algo más a lo imaginable (certificados de habitabilidad de vivienda, etc.).

Concretamente, el visado, como todo acto jurídico-administrativo, está sometido al control judicial. Sin embargo, una simple lectura de los textos legales nos pone en alerta. La motivación, un requisito imprescindible, con carácter general, entre otros, para los

actos que limitan derechos subjetivos o intereses legítimos o se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, pasa a ser regla especial en las resoluciones administrativas que contienen decisiones sobre este mecanismo de control. La situación es más preocupante aún porque el órgano decisorio goza de un amplio margen de discrecionalidad en todas las fases del proceso. En último término resulta más que improbable que un extranjero inmigrante al que se le deniega el visado de entrada en el territorio español apele contra esa decisión porque la activación de esa acción la tendrá que realizar desde su país de origen, con los costes que ello conlleva y que la inmensa mayoría de candidatos a entrar no pueden sostener.

QUINTA. *La lógica mercantilista de la política de admisión*

La universalidad de los derechos sigue siendo una gran utopía para los extranjeros inmigrantes. La política normativa de admisión responde exclusivamente a un interés material del sistema: la maximización de los beneficios sociales y económicos. El pragmatismo de las sociedades desarrolladas ha llevado a “utilizar” la inmigración extranjera como un hecho asimilable a un objeto mercantil, un factor de producción podríamos decir en terminología marxiana, pretiriendo el interés de la persona en su búsqueda de mejores alternativas de vida.

El Derecho interno, en este sentido, no ha hecho sino reflejar esta óptica productivista, erigiendo al mercado de trabajo como regulador principal de toda la política jurídica de extranjería. La sistemática normativa examinada a lo largo de este trabajo, al margen de proclamaciones oficiales más o menos retóricas, está al servicio del utilitarismo económico. En este paradigma, los derechos no son un fin, son un instrumento. No resulta por ello extraño que se anuncien nuevas reformas de la legislación, pues la eficacia de toda idea pragmática radica en su capacidad de adaptación a las nuevas circunstancias.

El carácter mercantilista de esta política jurídica subordina los derechos individuales a la productividad del sistema; un fiel trasunto del egoísmo racionalista de quien tiene capacidad de control y dominio. La hegemonía de la inmigración laboral explica el desplazamiento al que se somete cualquier consideración de los derechos de las personas extranjeras, especialmente de aquellos que no tienen el *placet* para incorporarse al citado mercado, porque lo que se persigue es asegurar la viabilidad del futuro de las sociedades

de destino. Siendo la migración ante todo un hecho personal, no existen razones legítimas de justicia para que los derechos de los extranjeros sean facultades de las que puedan disponer selectivamente los poderes públicos. Y cuando nos referimos a la acepción “selectivamente” hacemos hincapié en el carácter restrictivo de este concepto, en cuanto la selección se fundamenta en criterios no razonables y discriminatorios, como es el caso de la nacionalidad.

La legislación española está, en este sentido, perfectamente alineada con la de nuestro entorno jurídico y político europeo. Es una respuesta nada novedosa e ineficiente para la gestión del proceso inmigratorio como cuestión compleja que es. El *corpus* jurídico de extranjería está al servicio de esta causa. Mientras la conciencia pública no reflexione sobre el déficit ético del extranjero inmigrante como “otro”, al que hay que tener como referencia de todo lo que no somos ni queremos ser, no será posible que el legislador empiece a comprender que los derechos en general, y la libre circulación y residencia en particular, no son un patrimonio de ningún colectivo de personas.

SEXTA. *La paradoja del discurso de la admisión*

Uno de los principales errores en que, a nuestro juicio, incurren los poderes públicos al intentar analizar y adoptar medidas ante la inmigración es su calificación como problema, como *hecho* migratorio en su globalidad. Es decir, el impacto social del fenómeno se mitiga principalmente con medidas de orden coercitivo. Frecuentemente se habla de expresiones como “marea humana”, “flujo de personas”, etc., para resaltar el elemento impersonal del fenómeno, sin que se reflexione adecuadamente que detrás de esa realidad existen individuos, cada uno con unas aspiraciones y necesidades de justicia. La disolución de lo personal en su proyección comunitaria puede ser una de las principales causas del permanente imperativo mercantilista que sigue presidiendo el sistema jurídico de extranjería. Producto de esta consideración del mercado es la aparente paradoja entre el extranjero como persona, que es ajeno a los principios y derechos propios de la ciudadanía nacional, y el trabajador “cotizante” que garantiza la supervivencia del Estado del bienestar. El punto de intersección de esta ficticia contradicción es el extranjero inmigrante. El rigorismo de la legislación de extranjería es tal que cada avance normativo completa los obstáculos que están institucionalizados para acceder, permanecer y trabajar “legalmente” en nuestro país. La Europa que abre y cierra sus fronteras en función de las

circunstancias es una Europa de la insolidaridad, ensimismada en la monopolización de su propia arquitectónica del bienestar.

Los discursos oficiales apelan continuamente a la integración sociolaboral, a la solidaridad, a la interculturalidad, entre otros conceptos solemnes. Sin embargo, la realidad en la práctica diaria social y política es bien distinta. Por ejemplo, ¿por qué el uso de la mano de obra clandestina no adquiere el mismo impacto mediático en los medios que la llegada de pateras y cayucos?, ¿por qué no se emplea la misma probidad que se emplea para la activación de mecanismos de retorno ante la realidad diaria de la sobreexplotación de las personas extranjeras situadas al margen de la legalidad? Cuanto menos la indiferencia es *corresponsable*, tanto o más que la ineficacia pública, de que la inmigración irregular se reproduzca continuamente y todo ello ocurre en lo más profundo del llamado Estado democrático de los derechos. La clandestinidad perjudica seriamente la realización práctica de unos derechos que permanecen en la “oscuridad” impuesta por la ley del más fuerte, a la que no hay nada que oponer, excepto la complicidad en espera de tiempos mejores.

La lucha sin cuartel contra la “inmigración ilegal” y “el tráfico de seres humanos”, loables propósitos, expresan el cinismo de un modelo contradictorio de sociedad que, por un lado, intenta condicionar el futuro de las personas indicando quién podrá y quién no acceder al territorio pero que, por otro, no combate eficazmente las raíces del mecanismo colonialista de explotación en el que se mueven los trabajadores extranjeros que se encuentran en situación irregular. La ingratitud de las sociedades de acogida ante el trabajo “sucio” que realizan los trabajadores en situación irregular no responde sino a la confusión entre integración y utilidad para el sistema.

SÉPTIMA. “*La Europa de la regresión*”

Llegamos a la más enervante síntesis de la abrogación de la universalidad de los derechos. La reciente aprobación de la denominada como “directiva de la vergüenza” confirma que la Europa que se dice ilustrada y que vio nacer la cultura de los derechos no deja de ser un espacio privilegiado donde no todos son tratados con dignidad. Sin embargo no podemos llamarnos a equívocos. Esta situación no surge de repente. La norma comunitaria de retorno es el resultado de un largo proceso de endurecimiento de las

condiciones de los inmigrantes irregulares en el espacio europeo que se inició en Tampere, se formalizó en el programa de la Haya y se ha estado perfilando con mayores o menores avances desde 2005.

Se argumenta desde el poder público que “es mejor tener algo que no tener nada”, que es “un avance progresista” y otras expresiones políticamente correctas. Incluso se dice que “no se aplicará en España”. Como algún columnista ha subrayado recientemente, “Europa está en plena regresión”. La era de la ética humanista ha desaparecido. En estos tiempos, se impone, como hemos subrayado en este trabajo, el pragmatismo por encima de cualquier debate ideológico. La máxima es: el Estado es el fin y no el medio. La norma jurídica se constituye en su propia justificación por encima de los derechos de los extranjeros inmigrantes. El pensamiento crítico ha desaparecido absorbido por el fluir de los acontecimientos. La aspiración de la conversión de los “irregulares” en delincuentes formales por la que aboga algún mandatario europeo, la consolidación de la privación de libertad del irregular por una simple condición de orden administrativo, la sospecha permanente que recae sobre el inmigrante, son factores que pueden hacer derivar esta regulación jurídica hacia el terreno del “Derecho penal del enemigo” con todo lo que ello implicaría.

El establecimiento de un periodo de retención del irregular en una franja temporal que puede oscilar entre los seis y los dieciocho meses se “vende” como un “avance” en las garantías jurídicas de los irregulares, enfatizándose que muchos socios europeos practicaban una retención sin límite temporal. No hay mejor manera de aliviar las conciencias viendo el lado más positivo y olvidando interesadamente que las legislaciones más progresistas en la materia podrán ser modificadas al alza si las circunstancias así lo exigen. Que una norma no sea aplicada siendo susceptible de serlo da sentido a una sociedad donde la extranjería se mide en términos de minimización del riesgo. Sin embargo, la privación de libertad de una persona por la circunstancia simple de su calificación administrativa es una ofensa que hipoteca a cualquier Estado que se denomine de Derecho. La realidad es que el “irregular” es y seguirá siéndolo, en la práctica, el gran desterrado de nuestros tiempos, no sólo jurídica sino éticamente.

OCTAVA. *El arraigo, entre la esperanza y el desaliento existencial*

El extranjero migrante es una persona que se mueve en el mundo de la indiferencia, tanto en el país de origen como en el de acogida. El lugar común que le viene impuesto es el de un “estar dentro y estar fuera”, alguien que no es de “dentro ni de fuera”, un punto de desencuentro entre la huída en origen y la pérdida de valor ético de la persona en la sociedad de acogida. En concreto, en la sociedad de destino se le somete a un estado de excepción que cuestiona su derecho a elegir el espacio donde quiere vivir, su íntima pertenencia. En su límite final, ni siquiera una posible adquisición de la nacionalidad española le garantizará ser considerado como uno más o, lo que es lo mismo, la ciudadanía jurídica no es un seguro de admisión ética. Su expresión máxima es el extranjero en situación irregular que une a su desesperanza ética la invisibilidad jurídica. El arraigo, una expresión de conciencia íntima de la persona que lleva implícita la creación de unos vínculos estables con la sociedad en la que desarrolla su proyecto de vida, aparece seriamente desvirtuado por su conversión jurídica en criterio de admisión.

La salida del estado de clandestinidad jurídica tendrá lugar o no, se activará o desactivará con mayor o menor intensidad en función de las circunstancias, pero el itinerario hacia la esperanza de la legalidad no atenderá, en su justa medida, el desaliento existencial de quien no es comprendido ni por los de aquí ni por los de allí, precisamente por la carencia de sentido ético del arraigo tal y como está formulado en el Derecho de extranjería español. La distancia entre el arraigo y la pertenencia que, en condiciones normales sería una contradicción en sus términos, no es paradójica cuando su estructuración jurídica es seña de identidad de la selección. Esta síntesis del poder selectivo es todavía más ominosa porque afecta a personas que no pueden ejercer libremente sus derechos si no quieren ser “prisioneros” de la contingencia de constituirse en potencial objeto de salida forzosa del país. El arraigo normativo es una forma de humanitarismo milimétrico, infinitamente calculado pero que se desinteresa de la suerte de muchos extranjeros que han ido desarrollando vínculos en la sociedad. La reproducción de la lógica mercantilista es un aliado de la descompensación entre lo que una persona quiere ser y lo que realmente se le deja que sea. Los lazos sociales y afectivos son objeto de medida distinta en función del cumplimiento o no de unos requisitos legales, que más bien actúan como impedimentos.

Los hijos del desarraigo encuentran su punto de desesperación más profundo entre la desilusión existencial y la clandestinidad crónica: la imposibilidad de ejecución de las medidas de expulsión o de devolución. El oprobio de la política selectiva alcanza su punto de no retorno en la conjunción entre la desgracia de ser objeto de un requerimiento de salida forzosa del país y la imposibilidad de su realización material. En estas circunstancias, ¿a qué puede aspirar quien está “condenado”, en más o menos plazo, a errar por el universo de la clandestinidad cuando su única culpa es ser portador de una calificación legal que le viene impuesta? En las profundidades de la miseria de la política de admisión, el arraigo ha sido definitivamente devaluado. La alienación se impone.

NOVENA. *La readmisión en origen, la solución del punto final de la política selectiva*

La readmisión es la estructura de cierre del sistema. Es un juego de azar más en el “gran casino” de la selección, donde evidentemente siempre gana el mismo. La suscripción de acuerdos de readmisión es un producto de la presión política y diplomática derivada de la presión migratoria, que quiere convertir en guardianes de sus nacionales a los gobiernos de turno como contraprestación de cualquier tipo de ayuda al desarrollo de sus países, un “mercadeo” donde quien más tiene que perder es precisamente el que no participa en el mismo. Con carácter general, la acreditación de la posesión de la nacionalidad se erige en el elemento de alerta de una repatriación consentida en origen por cuestiones de oportunidad. La suerte y la incertidumbre son fieles compañeras del viaje por el universo de la clandestinidad. El extranjero en situación irregular sabe que una circunstancia azarosa, ser nacional de un país con el que no exista convenio en vigor en la materia, salvo en los casos en que se prevé la readmisión por haber accedido al territorio español desde un tercer país, terminará por ser su pasaporte de permanencia en la invisibilidad jurídica a la espera de una futura expectativa de redención.

Paradójicamente, el punto y final de la política selectiva, tal y como está planteado actualmente, no es un cheque en blanco. Más bien es y será un ejercicio de regeneración del proceso de admisión mientras la suerte de los derechos de las personas importe menos que las compensaciones a los gobiernos en origen. La readmisión es el paradigma de la desigualdad material entre los países de procedencia y destino de los migrantes. Pero es más. Representa un castigo para los derechos de las personas que difícilmente tendrá fecha

de caducidad y, lo más grave, que desasiste el derecho a una vida digna por una herencia ímproba: la calificación de “irregular” de una persona.

El alivio político-social que produce la readmisión para el Estado requirente no puede hacernos olvidar que el coste es desalentador, ¿por qué la negociación no atiende con una mayor credibilidad la suerte del derecho a una vida digna en origen? La conciencia de los derechos, que tanto ha elaborado construir, no puede seguir finalizando donde empieza el pragmatismo.

DÉCIMA. *El cambio de política: la adaptación a las nuevas circunstancias*

El milenio empezó, al albur de un crecimiento económico sostenible, con un claro reconocimiento de España como país demandante. La adopción y consolidación de instituciones-tipo como el contingente de trabajadores en origen era una clara respuesta jurídica a esa necesidad económica de provisión de puestos de trabajo ante la expansión del sistema productivo nacional. Indudablemente el discurso entonces era también acorde con las circunstancias y se abogaba, en general, por una apertura controlada. El Derecho de extranjería, como expresión formal de esa política, no es Derecho con vocación de estabilidad, sino todo lo contrario, precisamente porque responde a un interés utilitarista, no a los derechos de sus destinatarios.

El cambio sobrevenido en el último año ha revelado las verdaderas miserias de la política de admisión. El extranjero inmigrante sabe que será uno de los primeros damnificados en esta coyuntura. Para empezar, el discurso político, en época de crisis o desaceleración económica, como quiera llamársele, no oculta sus intenciones. El endurecimiento es un efecto de la nueva situación. En estos tiempos todo fluye de manera impenitente. Los inmigrantes han contribuido, como los que más, al crecimiento económico de la sociedad española en la última década. Sin embargo, los males de la recesión encuentran su primer chivo expiatorio en su persona. Todo se reduce a estadística. El objeto es reducir al máximo posible el número de inmigrantes, y por supuesto de familiares que les acompañan, para aligerar la carga social. En materia de extranjería todo transcurre en función de las circunstancias. Y, en este sentido, la política española no hace sino reproducir las mismas recetas que países de su entorno adoptan como efecto de choque mediático.

En primer lugar, el Estado de bienestar, que antes requería mano de obra extranjera para su viabilidad, ve con preocupación como los inmigrantes en paro pueden absorber gran parte de las prestaciones sociales del sistema. Por ello, no se duda en ofertar una invitación al retorno (una medida que estaba aletargada pero que existía anteriormente) al país de origen capitalizando el conjunto de la prestación por desempleo para aquellos que han perdido su puesto de trabajo. El precio de la libertad de un inmigrante oscila entre diez mil y veinte mil euros que es el montante medio de las prestaciones de desempleo a que tendría derecho en dos cantidades a tanto alzado a cambio de que abandone el país. Incluso se pretende explicar las propuestas en origen para que se vean como oportunidad de desarrollo y de generación de riqueza.

Se propone que esos “repatriados voluntarios” renuncien a la suspensión de sus autorizaciones de residencia y trabajo y que se comprometan a no volver a España en los tres años siguientes como mínimo. Es de suponer que ese es el plazo razonable en que prevé el Gobierno un repunte de la economía y, por tanto, vuelva a necesitar de la mano de obra extranjera. Además, el Estado, como no podía ser menos, se reserva el derecho de aceptar o no la petición de reingreso del inmigrante que ha retornado voluntariamente a su país de origen, aunque se suaviza con la promesa de la prioridad en futuras contrataciones en origen que se produzcan y del respeto del plazo de permanencia anterior a los efectos de recuperar la condición administrativa previa.

Sin embargo, esta reacción férrea siempre pretende exteriorizarse como humanitaria, resaltando el lado más “generoso” de la irrefrenable fuerza de las circunstancias. La aplicación del retorno incentivado para inmigrantes desempleados no se aplicará a ciudadanos de países con los que España no tenga suscritos convenios en materia de Seguridad Social (todos los pertenecientes al África subsahariana), con el fin de que los posibles retornados no pierdan sus derechos (sanitarios, de jubilación, etc.) adquiridos durante su estancia en el país. La política del “palo y la zanahoria” es una parte estructural de la admisión de los extranjeros inmigrantes.

Asimismo, se pretende endurecer el reagrupamiento familiar frenando la llegada de padres y otros parientes que no sean el cónyuge y los hijos del inmigrante o del cónyuge menores de edad o estén incapacitados. Nuevamente la realidad económica está presente en esta propuesta. Las cifras estadísticas lo dicen todo: los visados de reagrupación

familiar han aumentado desde más de cincuenta y tres mil en 2005 a más de noventa y siete mil en 2007. En 2008 la tendencia es análoga a la de 2007. Este aumento exponencial es conceptualizado como un riesgo porque incrementa el número de sujetos pasivos en relación con los servicios que puede ofrecer, al parecer, el Estado de bienestar. Como indicamos anteriormente, se oferta un lado generoso de la propuesta, como es la concesión de una autorización de residencia y trabajo para los menores entre 16 y 18 años para incorporarse a cursos de formación profesional o ingresar directamente en el mercado laboral. ¿Interesa realmente la formación académica de estos jóvenes?

El primer candidato a sufrir los efectos de la difícil situación económica no puede aspirar a ser un miembro de la sociedad más. Cuando a lo largo de este trabajo hemos reiterado que el extranjero inmigrante en situación legal es una persona con derechos pero condicionales, nos referíamos a esto. El cambio de ciclo económico es la espoleta de esa naturaleza siempre amenazada de resolución que hace del extranjero inmigrante un ciudadano de “segunda clase”. El aumento de las cifras de parados sólo deja dos alternativas al extranjero inmigrante que ha perdido su empleo y no reúne los requisitos para acceder a la condición de residente permanente: la vuelta a su país o la irregularidad administrativa. ¿Qué futuro espera en ambas circunstancias?

La ingratitud e hipocresía mandan en la cruda realidad de un sistema que fracasa cuando no es apto para garantizar los derechos de todos sus miembros, sencillamente porque unos son considerados miembros con carácter transitorio. Es evidente que en esta coyuntura se destierra definitivamente la equiparación en derechos entre extranjeros inmigrantes y el resto de ciudadanos y se confirman las peores expectativas que hemos ido analizando en este estudio.

Por último, en esta coyuntura de endurecimiento de la política de extranjería, se “oferta” para todo aquel que pretenda una permanencia estable en el país el cumplimiento de un contrato de integración, una idea que nos viene del país vecino, que se ha ido extendiendo por Europa y que está tramitándose en sede legislativa en una comunidad autónoma. ¿Cuánto tardará en extenderse al resto del territorio esta medida que pone en duda el compromiso ciudadano del extranjero inmigrante? El examen permanente de civilidad es discriminatorio porque introduce la sospecha en función de la posesión o no de la condición de beneficiario del derecho de libre circulación comunitaria. Además, un

proceso de estas características, si no es bien concretado, puede ser una respuesta de la asimilación frente a la adaptación mutua. ¿Qué puede negociar quien parte de una situación desigual? En el fondo la idea subyacente es la misma: el cumplimiento de los derechos humanos y el respeto de unos valores [*sic*] es una excusa para desincentivar la llegada de inmigrantes que no son deseados en tiempo y circunstancia.

El fin justifica los medios y evidentemente la enésima restricción de la política de admisión de extranjeros inmigrantes. ¿Por cuánto tiempo seguirá siendo moneda de cambio el extranjero inmigrante?, ¿hasta cuándo continuará la instrumentalización de la dignidad de la persona? Puntos suspensivos.

BIBLIOGRAFÍA

Abad Márquez, L., V., “Trabajadores inmigrantes en las economías avanzadas. La paradoja de la demanda adicional en mercados con exceso de oferta”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España: contextos y alternativas*, 3er Congreso sobre inmigración en España, Granada, Universidad, pp. 459-467.

Abarca Junco, A., P., y Gómez- Urrutia, M., V., “Reagrupación familiar”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 417-492.

____ “Procedimiento para la reagrupación familiar”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 493-520.

Adam Muñoz, M., D., “La importancia de la normativa de extranjería en el acceso de las mujeres migrantes extranjeras al mercado laboral español”, en Fernández Le Gal, A., y García Cano, S. (dir.), *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Córdoba, Servicio Publicaciones de la Universidad, 2005, pp. 105-152.

Adam Romero, M., y Alconada de los Santos, M., “Contratación de trabajadores extranjeros”, en *Juris: actualidad y práctica del derecho*, nº 123, enero 2008, pp. 28-33.

Adepoju, A., “Trends in international migration in and from Africa”, en Massey, D., S., y Taylor, J., E. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, Oxford, University Press, 2004, pp. 59-76.

Adinolfi, A., “Free movement and access to work of citizens of the new member States: the transitional measures”, en *Common Market Law Review*, vol. 42, nº 2, 2005, pp. 469-498.

Agamben, G., *Lo que queda de Auschwitz. El archivo y el testigo. Homo Sacer III*, Valencia, Pre-textos, 2000.

____ “Política del exilio”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 81-93.

____ *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-textos, 1998.

Agra Romero, M., X., “Ciudadanía: fronteras, círculos y cosmopolitismo”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 36, 2002, pp. 9-28.

Agrela Romero, M., B., *Análisis antropológico de las políticas sociales dirigidas a la población inmigrante*, tesis doctoral, Granada, 2006.

____ “De fundamentalismos institucionales y discursos culturalistas: la construcción de otredades en la política de inmigración española”, García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, Laboratorio de Estudios interculturales, 2002, pp. 407-420.

Agudo Zamora, M., J., “La ciudadanía de la Unión Europea: del artículo 8 del Tratado de la Unión Europea al artículo I-8 del Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa”, en Fernández Le Gal, A., y García Cano, S. (coord.), *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, Servicio Publicaciones Universidad, 2005, pp. 47-65.

Aguelo Navarro, P., “Directiva de Retorno: no a la criminalización de las personas migrantes”, en *Abogados* nº 51, Europa: ¿Avanza o retrocede?, septiembre de 2008, recurso electrónico disponible en www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/Abo51DRetorno.pdf, pp. 12-15.

Aguelo Navarro, P., “El CGAE solicita al Gobierno la ratificación o adhesión a la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 10, 2005, pp. 127-128.

____ “Derechos humanos y legislaciones de extranjería”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Segundas Jornadas Derechos humanos y libertades fundamentales, Zaragoza, Mira, 2001, pp. 215-235.

Aguelo Navarro, P. y Chueca Sancho, Á., G., “Directiva de retorno, Directiva de expulsión (nota crítica a vuelapluma desde los derechos humanos)”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 18, 2008, pp. 121-166.

____ *La Directiva sobre retornos, la directiva de la vergüenza*, mayo de 2008, recurso electrónico disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/DirectivaRetorno.pdf>.

____ “Los derechos humanos de los extranjeros en la doctrina constitucional: (La STC 236/2007, de 7 de noviembre)”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 16, 2007, pp. 91-129.

____ “La exigencia de visado consular a búlgaros y rumanos puede violar el Derecho de la Unión Europea”, enero de 2007, recurso electrónico disponible en www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=894.

Aguelo Navarro, P. y Chueca Sancho, Á., G., “La Constitución europea y ... los extranjeros”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 8, 2005, pp. 215-225.

____ “La Convención sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 10, 2005, pp. 117-126.

Aguelo Navarro, P., ...[et al.] “La renovación de las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena: propuestas para una interpretación integradora”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 11, 2006, pp. 57-94.

Aguilar Benítez de Lugo, M., “La prevención de la apatridia como criterio de atribución de la nacionalidad española de origen”, en Vargas Gómez-Urrutia, M., y Salinas de Frías, A. (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional. Homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Sevilla, Universidad, vol. 1, 2005, pp. 75-90.

Aguilera Izquierdo, R., “El acceso de los inmigrantes irregulares al mercado de trabajo: los procesos de regularización extraordinaria y el arraigo social y laboral”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 175-195.

Ahmed, I., “Exit, voice and citizenship”, en Hammar, T., ...[et al.] (edit.), *International migration, immobility and development. Multidisciplinary perspectives*, Oxford, Nueva York, 1997, Berg, pp. 159-185.

Aja, E., “La evolución de la normativa sobre inmigración”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, Fundació CIDOB, 2006, pp. 17-44.

____ “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, en VV. AA, *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, vol. 1, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, pp. 439-455.

Albaladejo, M., *Derecho Civil I*, vol. I, Barcelona, Bosch, 1996.

Alcoceba Gallego, M., A., “La subordinación del acervo Schengen al de la Unión Europea. Comentario a la sentencia del TJCE de 31 de enero de 2006. As. C-503/03, Comisión Europea c. España”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10, mayo de 2006, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

Aleinikoff, T. A., y Klusmeyer, D., *Citizenship Policies for an age of migration*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace. Migration Policy Institute, 2002.

Allegue, P., Sobre el concepto de ciudadanía: ¿una senda ilustrada?, en *Jueces para la Democracia*, nº 41, 2001, pp. 37-42.

Alonso Pérez, F., “Las medidas de ‘devolución’ y ‘retorno’ de extranjería: innovaciones introducidas por la STS de 20 de marzo de 2003” en *Diario La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. 5, 2003, pp. 1631-1638.

Alonso Pérez, M., T., “Los efectos de la nulidad del contrato de trabajo (el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores a la vista del art. 36.3 de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social)”, en *Civitas. Revista española de Derecho del Trabajo*, nº 138, 2008, pp. 345-375.

Álvarez-Cienfuegos Suárez, J., M., “La perspectiva constitucional de los derechos y libertades de los extranjeros en España”, en Álvarez-Cienfuegos Suárez, J., M. (dir.), *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial VIII*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 11-38.

Álvarez Cortés, J., C., “La protección social del extranjero”, en Serrano García, J., M. y Mendoza Navas, N. (coord.), *Estudios sobre extranjería*, Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 131-166.

____ “Los beneficiarios a asistencia sanitaria en la Ley de extranjería”, en *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, La Ley Actualidad, 2001, pp. 365-398.

Álvarez del Cuvillo, A., “La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros”, en *Revista de Derecho Social*, nº 23, 2003, pp. 117-130.

Álvarez Rodríguez, A., “Familiares reagrupables”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 261-271.

____ “Directiva 2003/109/CE versus legislación española actual: ¿la transposición exige la modificación de la LO 4/2000?”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 15, 2007, pp. 9-42.

____ “La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y de residentes de larga duración”, en *Documentos CIDOB*, serie Migraciones nº 8, abril 2006, recurso electrónico disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/modules.php?name=News&file=article&sid=480>.

____ “Los ecuatorianos en el ordenamiento español: el régimen jurídico de los progenitores de hijos españoles”, en *Migraciones*, nº 19, 2006, pp. 113-149.

____ “Derecho a residir en España de los ascendientes de los no nacionales: de la flexibilidad de la jurisprudencia del TJCE y del TS a la rigidez de la normativa vigente y futura”, en *Revista de Derecho migratorio y de extranjería*, nº 9, 2005, pp. 9-43.

____ “Régimen aplicable a los nacionales de la Unión Europea, asimilados y sus familiares”, en Sánchez Jiménez, M, Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, Diego Librero, 2005, pp. 105-157.

____ “Diseño de la política inmigratoria de España como territorio Schengen”, en Álvarez Rodríguez, A., ...[et al.], *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos “Ramón Carande”, 1994, pp. 17-49.

Álvarez Rodríguez, A., y Observatorio Permanente de la Inmigración “*Nacionalidad de los hijos de extranjeros nacidos en España. Regulación legal e interpretación jurisprudencial sobre un análisis de datos estadísticos de los nacidos en territorio español durante el periodo 1996-2002*”, recurso electrónico disponible en http://extranjeros.mtas.es/es/general/Nacionalidad_hijos_inmigrantes.pdf

Alzate Sáez de Heredia, R., “Identidad y conflicto”, en Markez, I. (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Donostia-San Sebastián, Gakoa Liburuak, 2006, pp. 21-42.

Amato, S., “El universo del sujeto y la universalidad de los derechos”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, pp. 169-185.

Andrés Santos, F., J., “Ciudadanía europea y ciudadanía cosmopolita: convergencias y divergencias”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 15, 2007 (Ejemplar dedicado a las *XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”*, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007), recurso electrónico disponible en <http://www.uv.es/CEFD/15/andres.pdf>.

Anitua, G., I., “La inmigración y los discursos de la seguridad”, en Bergalli, R. (coord.), *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 135-157.

Añón Roig, M., J., “Igualdad y procedimiento administrativo especial para los inmigrantes”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)*), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_14.htm.

____ “La multiculturalidad posible: La mirada del Derecho”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2003 (Ejemplar dedicado al *Seminario sobre ciudadanía europea y conflictos culturales (Valencia, 29 a 31 de octubre de 2003)*), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_8.htm.

____ “La interculturalidad posible. Ciudadanía diferenciada y derechos”, en De Lucas Martín, F., J. (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 219-270.

____ “Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías”, en De Lucas Martín, F., J. (dir.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 45-118.

Aparicio Wilhemi, M., “Los derechos sociales de las personas inmigradas en España”, en *Revista Estudios socio-jurídicos*, vol. 9, nº 1, 2007, pp. 54-76.

Aparicio Wilhemi, M., y Roig Molés, E., “La entrada por razones laborales y el trabajo de los extranjeros. El progresivo desarrollo de un sistema ordenado de entrada laboral”, en Aja, E., y

Arango, J. (edit.), en *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, Fundació CIDOB, 2006, pp. 145-174.

Ara Pinilla, I., “La categorización conceptual de los derechos de los inmigrantes”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, pp. 113-126.

Aragón Reyes, M., “¿Es constitucional la nueva Ley de Extranjería?”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 112, mayo de 2001, pp. 11-17.

Arango Villa-Belda, J., “Ciudadanía: la llamativa popularidad contemporánea de una vieja noción”, en *Circunstancia: revista de ciencias sociales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset*, año 4, nº 10, 2006, recurso electrónico disponible en <http://www.fog.es/circunstancia/numero10/art5.htm>.

____ “Inmigración y diversidad humana. Una nueva era en las migraciones internacionales”, en *Revista de Occidente*, nº 268, septiembre 2003, pp. 5-21.

____ “Europa, ¿una sociedad multicultural en el siglo XXI?: el caso de España”, en *Papeles de economía española*, nº 98, (Ejemplar dedicado a: Inmigración en España), Fundación de las Cajas de Ahorros, 2003, pp. 2-15.

Arbeláez Rudas, M., *Los derechos sanitarios de los inmigrantes en España*, Instituto de Derecho Público, recurso electrónico disponible en www.udg.es/dretpublic/Joves/Ponències/Mónica%20Arbelaez%20Rudas.doc.

Arce Jiménez, E., “Los familiares extranjeros del español en el Derecho de extranjería. (libertad de circulación y residencia en el nuevo ‘espacio de libertad, seguridad y justicia’)”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 12, 2006, pp. 21-47.

____ “Los nuevos inmigrantes en situación documental irregular: familiares reagrupables que se encuentran en España sin haber seguido el procedimiento de reagrupación familiar”, en *Revista de Derecho migratorio y de extranjería*, nº 8, 2005, pp. 261-270.

Arenas García, R., “La incompatibilidad del Derecho español con el comunitario en materia de reagrupación de familiares de comunitarios [Comentario a la STJCE (Sala 2ª) de 14 de abril de 2005]”, en *Diario la Ley* nº 6350, 31 de octubre de 2005, pp. 986-994.

Arenas Hidalgo, N., *El sistema de protección temporal de desplazados en la Europa comunitaria*, Huelva, Servicio de Publicaciones Universidad, 2005.

____ “La libertad de circulación en el territorio de los Estados”, en García Roca, J., y Santolaya Machetti, P. (coord.), *La Europa de los derechos: el Convenio Europeo de derechos humanos*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 855-880.

____ “La desprotección del refugiado o de la Europa insolidaria”, en Fernández Sánchez, P., A. (edit.), *La desprotección internacional de los derechos humanos (a la luz del 50 aniversario de la declaración Universal de Derechos Humanos)*, Huelva, Servicio de Publicaciones Universidad, 1998, pp. 123-190.

Arendt, H., *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza, 2006.

____ *Sobre la violencia*, Madrid, Alianza, 2005.

____ *La condición humana*, Barcelona, Paidós, 1993.

Argerey Vilar, P., ...[et al.], *El fenómeno de la inmigración en Europa: perspectivas jurídicas y económicas*, Madrid, Dykinson, 2005 .

Arias Senso, M., “Expulsión de extranjeros condenados: aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS 8 de julio de 2004”, en *Diario la Ley*, nº 6160, 3 de enero de 2005, pp. 1497-1509.

Aristóteles, *La Política*, Madrid, Espasa-Calpe, 1983.

Arriaga Iraburu, I., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros en la jurisprudencia de Estrasburgo*, Pamplona, Eunsa, 2003.

Asúa Batarrita, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del Derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en Laurenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, Tirant monografías, 2002, pp. 17-96.

Azcárraga Monzonís, C., “Comentario al artículo 5. Derecho a la libertad de circulación”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 125-142.

Aznar López, M., “Los derechos sociales de los extranjeros en España”, en Álvarez-Cienfuegos Suárez, J., M. (dir.), *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial VIII*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 129-174.

Baganha, M., y Reyneri, E., “La inmigración en los países del sur de Europa y su inserción en la economía informal”, en Solé, C. (coord.), *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, Barcelona, Anthropos, 2001, pp. 53-211.

Bajo Santos, R., “Conceptos y teorías sobre la inmigración”, en *Anuario jurídico y económico escorialense*, nº 40, 2007, pp. 817-840.

Balaguer Callejón, F., “Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 473-189.

____ “Capacidad creativa y límites del legislador en relación con los derechos fundamentales. La garantía del contenido esencial de los derechos”, en *Derechos Constitucionales y Pluralidad de Ordenamientos*. Actas del Congreso Derechos Constitucionales y Estado autonómico, Barcelona-Tarragona, 20 a 22 de octubre de 1999, Barcelona, Cedecs, 2001, pp. 93-116.

Balaguer Callejón, M., L., “La regulación del derecho de asilo en la normativa comunitaria”, en *Revista de Derecho constitucional europeo* nº 2, 2004, pp. 275-286.

Balibar, E., *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa? Las fronteras, el Estado, el pueblo*, Madrid, Tecnos, 2003.

____ *Les frontières de la démocratie*, París, La Découverte, 1992.

Ballarino, T., y Ubertazzi, B., “On Avello and Other Judgements: A New point of Departure in the Conflicts of Laws?”, en *Yearbook of International Law*, vol. VI, 2004, pp. 85-128.

Ballester Pastor, M., A., *El acceso al empleo de los trabajadores extracomunitarios*, Valencia, Tirant monografías, 2006.

Ballester Pastor, I., y Miñarro Yanini, M., “El derecho a la libre circulación de trabajadores en la Constitución europea”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 57, 2005, pp. 241-258.

Bandrés Molet, J., M., “En las fronteras del derecho: extranjeros”, en *Jueces para la Democracia*, nº 24, 1995, pp. 26-31.

Bañón Hernández, A., M., “El discurso periodístico a propósito del viaje de los inmigrantes pobres”, en Zapata-Barrero, R., y Van Dijk, T., A. (edit.), *Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, Barcelona, CIDOB, 2007, pp. 45-67.

____ *Discurso e inmigración. Propuestas para el análisis de un debate social*, Murcia, Universidad, 2002.

Barbero Rodríguez, E., “El asilo en derecho europeo”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 689-708.

Barcellona, P., “La teoría de sistemas y el paradigma de la sociedad moderna”, en Portilla Contreras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, Akal, 2005, pp. 11-55.

____ “El vaciamiento del sujeto y el regreso del racismo”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 113-126.

____ *Postmodernidad y comunidad. El regreso del vínculo social*, Madrid, Trotta, 1992.

Bauböck, R., “Lealtades rivales e inclusión democrática en contextos migratorios”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 27, julio 2006, pp. 41-69.

____ “Migración y ciudadanía”, en López Sala, A., M., y Esteban, V. (coord.), *Zona Abierta 116/117, Las políticas migratorias*, Madrid, 2006, pp. 135-169.

____ “Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía: perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales”, en Aubarell, G., y Zapata Barrero, R. (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 177-214.

____ “¿Adiós al multiculturalismo? Valores e identidades compartidos en las sociedades de inmigración”, en *Revista de Occidente*, nº 268, septiembre 2003, pp. 45- 61.

Bauman, Z., *Miedo líquido. La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2007.

____ *Modernidad líquida*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006.

____ *Ética posmoderna*, México, Siglo XXI, 2005.

Beissinger, M., “Nacionalismos que ladran y nacionalismos que muerden: Ernest Gellner y la sustanciación de las naciones”, en Hall, J. A. (edit.), *Estado y nación. Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo*, Cambridge University Press, 2000, pp. 225-252.

Bello Reguera, G., “La emigración y la periferia moral europea”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 185, septiembre de 2008, pp. 18-22.

Bergalli, R., “Principio de legalidad: fundamento de la modernidad”, en *Jueces para la Democracia*, n° 32, 1998, pp. 58-64.

Berlin, I., *Dos conceptos de libertad y otros escritos*, Madrid, Alianza, 2001.

Blanco-Morales Limones, P., y Caballud Hernando, A., “Inmigración, integración y adquisición de la nacionalidad española”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 429-442.

Blake, N., y Husain, R., *Immigration, asylum & Human Rights*, Oxford University Press, 2003.

Blázquez Martín, D., “La situación jurídica de los inmigrantes irregulares a la luz de los derechos humanos”, en Del Valle Gálvez, J., A., y Acosta Sánchez, M., Á. (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Serie de estudios internacionales y europeos, Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad, pp. 159-176.

Blázquez Peinado, M., D., “La transposición en Derecho español de la normativa comunitaria sobre libre circulación y residencia de ciudadanos de la Unión y miembros de su familia: el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 27, mayo-agosto 2007, pp. 595-622.

____ “El derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias, últimos desarrollos normativos: la Directiva 2004/38/CE de 29 de abril”, en *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, n° 233, septiembre/octubre 2004, pp. 18-32.

____ “Los derechos de ciudadanía y otros derechos reconocidos a los ciudadanos de la Unión: de Maastricht a Amsterdam”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, enero-junio, 1998, pp. 261-279

Blázquez Rodríguez, I., “El derecho del inmigrante a una vida en familia: Una perspectiva desde el Derecho comunitario europeo”, en Fernández Le Gal, A., y García Cano, S. (dir.), *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, Servicio Publicaciones Universidad, 2005, pp. 179-201.

____ *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Córdoba, Servicio de Publicaciones Universidad, 2003.

____ “La reagrupación familiar: complejidad y desigualdades del régimen jurídico actual”, en *Portularia*, n° 3, 2003, pp. 263-283.

Blázquez-Ruiz F., J., “El fenómeno de la inmigración. Discurso xenófobo, discriminación e integración”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 153-174.

____ “Derechos humanos, inmigración, integración: propuestas y reflexiones desde el ámbito de la filosofía política y jurídica”, en Zamora, J., A. (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración*. Primeras Jornadas sobre ciudadanía, multiculturalidad e inmigración organizadas por el Foro “Ignacio Ellacuría” Solidaridad y Cristianismo, Estella, Verbo Divino, 2003, pp. 73-133.

Bean, F., D., y Spener, D., A., “Controlling International migration through enforcement : the case of the United States”, en Massey, D., S., y Taylor, J., E. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, Oxford , University Press, 2004, pp. 352-370.

Beck, U., *La democracia y sus enemigos. Textos escogidos*, Barcelona, Paidós, 2000.

____ *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Barcelona, Paidós, 1998.

____ *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona, Paidós, 1998.

Beneyto Calabuig, D., *Los trabajadores extranjeros. Análisis y comentario del nuevo Reglamento de extranjería de 30 de diciembre de 2004*, Valencia, CissPraxis, 2005.

Benhabib, S., *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*, Barcelona, Gedisa, 2005.

Bergalli, R., ...[et al.], “Extranjería. Existencias criminalizadas”, en *Actas de las Jornadas del Graduat en Criminología i Política Criminal, 2000 y 2001*, Barcelona, Universidad, 2003, pp. 36-53.

____ ...[et al.], “¿Criminalización de los inmigrantes?”, en *Actas de las Jornadas del Graduat en Criminología i Política Criminal, 2000 y 2001*, Barcelona, Universidad, 2003, pp. 216-249.

Beriain, I. M., “Consideraciones sobre el concepto de dignidad humana”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 21, 2004, pp. 187-212.

Bertozi, S., “Europe's migration policy. A comprehensive international strategy or a pressing domestic concern?”, en *Documentos CIDOB*, Migraciones 16, Barcelona, mayo de 2008, recurso electrónico disponible en http://www.cidob.org/es/content/download/7072/70584/file/doc_migraciones_16.pdf.

Blanco, C., *Las migraciones contemporáneas*, Madrid, Alianza, 2000.

Bobbio, N., *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, Madrid, Temas de Hoy, 1997.

____ *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991.

Bodei, R., “Los sin patria”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 153-165.

Boggio, C., “Perspectivas y retos del asilo y el refugio en Europa”, en *Documentos CIDOB*, serie migraciones, nº 7, 2006, recurso electrónico disponible en http://www.cidob.org/es/content/download/2688/22750/file/doc_migraciones_7.pdf.

Bontempi, R., “Hacia una política europea de inmigración y un régimen común en materia de asilo”, en *Revista CIDOB d'affers internacionals*, nº 53, dedicado a Ciudadanía europea e inmigración, 2001, pp. 107-123.

Boswell, C., *European migration policies in flux: changing patterns of inclusion and exclusion*, Oxford, Blackwell, 2003.

Boza Martínez, D., *Los extranjeros ante el Convenio europeo de derechos humanos*, Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad, 2007.

____ “El derecho a la vida familiar como límite a las expulsiones de extranjeros condenados por sentencia firme. Breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 11, 2006, pp. 25-39.

Brandariz García, J. A., *Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado Social y de crisis del Estado-nación*, Granada, Comares, 2007.

_____ “Nuevo capitalismo, prisión y lógicas del castigo”, en *Mientras tanto*, nº 102, 2007, pp. 69-88.

_____ “Nuevos riesgos, nuevas ansiedades y expectativas sociales en materia de seguridad ante el delito”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 139-159.

Brettell, C., B., “Repatriates or immigrants? A commentary”, en Smith, A. (edit.), *Europe’s invisible migrants*, Ámsterdam, University Press, 2003, pp. 95-101.

_____ “Theorizing migration in Anthropology. The social construction of networks, identities, communities and globalscapes”, en Brettell, C., B., y Hollifield, J., F. (edit.), *Migration Theory, Talking across disciplines*, Nueva York, Londres, Routledge, 2000, pp. 97-135.

Brubaker, R., “Mitos y equívocos en el estudio del nacionalismo”, en Hall, J., A. (edit.), *Estado y nación. Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo*, Cambridge University Press, 2000, pp. 352-395.

Burgogue-Larsen, L., “Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des Droits Fondamentaux de l’Union européenne”, en *Cahiers de Droit Européen*, vol. 3, 2004, pp. 663-690.

Caballero Gea, J., A., *Asilo. Extranjería. Inmigración. Homologación de títulos extranjeros. Nacionalidad*, Madrid, Dykinson, 2005.

Cabellos Espiérrez, M., Á., y Roig Molés, E., “El tratamiento jurídico del extranjero en situación regular”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, Fundació CIDOB, 2006, pp. 113-127.

Cacciari, M., “La paradoja del extranjero”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 147-151.

Cachón Rodríguez, L., “Los inmigrantes en el mercado de trabajo en España (1996-2004)”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, Fundació CIDOB, 2006, pp. 175-201.

_____ “Discriminación y lucha contra la discriminación de los trabajadores inmigrantes”, en Checa, F., ...[et al.], (edit.), *La integración como participación social*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 109-148.

Calsamiglia, A., *Cuestiones de lealtad. Límites del liberalismo: corrupción, nacionalismo y multiculturalismo*, Barcelona, Paidós, 2000.

Calvo Caravaca, A., L., y Carrascosa González, J., “Derecho internacional privado y matrimonios entre personas del mismo sexo”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 23, 2005, pp. 11-70.

Calvo-Rojas, E., “El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares”, en Álvarez-Cienfuegos Suárez, J., M. (dir.), *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial VIII*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 175-212.

Cámara Villar, G., “El derecho a la educación de los extranjeros en España (art. 9)”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 605-639.

Campderich Bravo, R., “Soberanía, ‘Estado dual’ y excepcionalidad: de Carl Smith a los Estados Unidos del siglo XXI”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 15, 2007 (Ejemplar dedicado a las XXI Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, “Problemas actuales de la Filosofía del Derecho”, Universidad de Alcalá, 28, 29 y 30 de Marzo de 2007), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_15.htm.

Camós Victoria, I., “Art. 81. Visados para la búsqueda de empleo”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 501-505.

____ Art. 82. Visados para la búsqueda de empleo dirigidos a hijos o nietos de español de origen, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 507-508.

____ “Los efectos jurídicos de la falta de reconocimiento pleno de la relación laboral suscrita por trabajadores inmigrantes sin autorización para trabajar”, en *Relaciones Laborales, Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2004, pp. 543- 572.

____ “El contingente de trabajadores y la suficiencia de trabajadores o la situación nacional de empleo como límites para la concesión de permisos de trabajo”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 5, 2004, pp. 86-96.

Campoy Cervera, I., “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 21, 2004, pp. 143-166.

Campuzano, C., “El debate sobre la inmigración en España, ¿una oportunidad doblemente perdida?”, en *Revista CIDOB d’affers internacionals*, nº 53, dedicado a Ciudadanía europea e inmigración, 2001, pp. 31-41.

Candela Soriano, M., “Libre circulación de estudiantes y ventajas sociales. Comentario a la sentencia del TJCE de 15 de marzo de 2005 en el asunto Bidar (c-209/03)”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 8, octubre 2005, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

Canedo Arrillaga, M., P., “La propuesta de la Directiva comunitaria sobre reagrupación familiar: algunos comentarios desde el Derecho internacional privado”, en Calvo Caravaca, A, L., e Iriarte Ángel, J., L. (edit.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 121-142.

Canetti, E., *Masa y poder*, Madrid, Alianza, 2000.

Cano Bueso, J., “Los derechos de los extranjeros en España: una perspectiva constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, nº 57, 2003, pp. 11-30.

Capella Hernández, J., R., “Las raíces culturales comunitarias”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 63-77.

Carens, J., “La integración de los inmigrantes”, en Aubarell, G., y Zapata Barrero, R. (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 393-420.

____ “The philosopher and the policymaker. Two perspectives on the ethics of immigration with special attention to the problem of restricting asylum”, en Hailbronner, K; Martin, D; y Motomura, H. (edit.), *Immigration Admissions: the search for workable policies in Germany and the United States*, vol. 3, Providence Oxford, Berghahn Books, 1997, pp. 3-50.

_____ “Liberalism and culture”, en *Constellations*, vol.4, nº 1, 1997, pp. 35-47.

Carlier, J. I., “Le devenir de la libre circulation des personnes dans l’Union Européenne: regard sur la Directive 2004/38”, en *Cahiers de Droit Européen*, vol. 42, nº 1-2, 2006, pp. 13-34.

Carrascosa Bermejo, D., y Charro Baena, P., “El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 18, 2008, pp. 235-255.

Carrascosa González, J., “Nuevos modelos de familia y Derecho internacional Privado en el siglo XXI”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 21, 2003, pp. 109-143.

_____ “Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 20, 2002, pp. 7-34.

_____ “La Ley 36/2002, de 8 de octubre: nueva reforma del Derecho español de la nacionalidad”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 20, 2002, pp. 207-217.

Carrillo Carrillo, B., L., “Cuestiones prácticas relativas a las condiciones de entrada de los extranjeros en España”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 23, 2005, pp. 145-186.

_____ “Ley aplicable a las parejas de hecho en Derecho internacional privado español”, en Calvo Caravaca, A. L., e Iriarte Angel, J., L. (edit.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 385-451.

Carrió Sampedro, A., “La ciudadanía como fundamento del resurgimiento de una sociedad de clases”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 217-232.

_____ “Ordenamiento jurídico, competencia normativa y legislación de extranjería”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 21, 2004, pp. 167-186.

Carvajal, M., I., “Algunas notas sobre el perfil de los ciudadanos extranjeros en situación documental irregular en España en 2002 y 2003”, en *Migraciones*, nº 15, junio de 2004, pp. 17-41.

Casal, M., y Mestre i Mestre, R., “Migraciones femeninas”, en De Lucas Martín, F., J., y Torres Pérez, F. (edit.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, Talasa, 2002, pp. 120-167.

Casero Ripollés, A., “Discurso mediático, inmigración e ilegalidad: legitimar la exclusión a través de la noticia”, en Zapata-Barrero, R., y Van Dijk, T., A. (edit.), *Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, Barcelona, CIDOB, 2007, pp. 69-90.

Castel, R., “Encuadre de la exclusión”, en Karsz, S. (comp.), *La exclusión: bordeando sus fronteras. Definiciones y matices*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 55-86.

Castells, M., “Globalización, Estado y sociedad civil: el nuevo contexto histórico de los derechos humanos”, en *Isegoría*, nº 22, septiembre de 2000, pp. 5-17.

Castilla Vallejo, J., L., *Hacia un multiculturalismo de la complejidad*, La Laguna, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2005.

Castles, S., “Globalización e inmigración”, en Aubarell, G., y Zapata Barrero, R. (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 33-56.

____ “Globalización y transnacionalismo. Implicaciones para la incorporación de inmigrantes y para la ciudadanía”, en *Revista de Occidente*, nº 268, septiembre 2003, pp. 22-44.

____ *Ethnicity and globalization. From migrant worker to transnational citizen*, Londres, Nueva Delhi, Thousand Oaks, SAGE Publications, 2000.

Castles, S., y Davidson, A., *Citizenship and migration. Globalization and the politics of belonging*, Nueva York, Routledge, 2000.

Cavas Martínez F., y Fernández Collados, M., B., “Sistemas de acceso de los extranjeros al mercado nacional de trabajo”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero, 2005, pp. 471-500.

Chabod, F., *La idea de nación*, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

Chang, H., F., “The Economic analysis of immigration law”, en Bretell, C., y Hollifield, J., F. (edit.), *Migration Theory, Talking across disciplines*, Nueva York, Londres, Routledge, 2000, pp. 205-230.

Charro Baena, P., “El trabajo de los extranjeros en España: una lectura desde el Ordenamiento Laboral”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 67-99.

Charro Baena, P., y Ruiz de Huidobro de Carlos, J., M., “La mal llamada Ley de extranjería: ¿Un paso hacia la integración de los inmigrantes?”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, vol. IV, 2000, pp. 1475-1488.

Chazarra Quinto, M., A., “El tratamiento penal del inmigrante en el Derecho español. Análisis de la aplicación del denominado ‘Derecho penal del enemigo’ a los delitos relacionados con la inmigración”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, nº 1, julio 2006 (ejemplar dedicado a la inmigración), recurso electrónico disponible en http://revistasocialesyjuridicas.umh.es/Revista/Contenido1_files/01-Chazarra.pdf, pp.1-11.

Chueca Sancho, Á., G. “El *ius migrandi* en el Derecho Internacional de las migraciones”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 753-777.

____ “*Ius migrandi* y el derecho humano al desarrollo”, en *Eikasia. Revista de Filosofía*, nº 8, 2007, recurso electrónico disponible en <http://www.revistadefilosofia.com/11angelchueca.pdf>, pp. 191-207.

____ *Inmigración y tratados internacionales celebrados por la UE: los Tratados de readmisión*, septiembre de 2003, recurso electrónico disponible en http://www.unizar.es/union_europea/files/Readmision.pdf.

____ “Los derechos humanos de los extranjeros en Europa: entre el respeto y la discriminación”, en Alemany, J., M., ...[et al.], *La inmigración, una realidad en España*, Seminario de investigación para la paz, Colección Actas 57, Zaragoza, Centro Pignatelli- Diputación General de Aragón, 2002, pp. 237-261.

____ “La Ley de extranjería viola directamente cinco Tratados internacionales que vinculan a España”, en *El vuelo de Ícaro. Revista de derechos humanos, crítica política y análisis de la economía*, nº 2-3, 2002, pp. 237- 248.

Closa, C., “Citizenship of the Union and nationality of member States”, en *Common Market Law Review*, vol. 32, Kluwer Academic Publishers, 1995, pp. 487-518.

____ “The concept of Citizenship in the Treaty on European Union”, en *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, pp. 1137-1169.

Colectivo IOÉ, *Inmigrantes, trabajadores, ciudadanos. Una visión de las migraciones desde España*, Valencia, Patronat Sud-Nord, 1999.

Colom González, F., “El nacionalismo y la quimera de la homogeneidad”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, Anthropos, 2001, pp. 11-33.

____ *Razones de identidad. Pluralismo cultural e integración política*, Barcelona, Anthropos, 1998.

Comanducci, P., “La imposibilidad de un comunitarismo liberal”, en Prieto Sanchís, L. (coord.), *Tolerancia y minorías. Problemas jurídicos y políticos*, Cuenca, Universidad de Castilla-La Mancha, 1996, pp. 11-26.

Comte Guillemet, N., “Las parejas no casadas ante el DIPr”, en Calvo Caravaca, A. L., e Iriarte Ángel, J., L. (edit.), *Mundialización y familia*, Madrid, Colex, 2001, pp. 295-311.

Corte, L., y Blanco, A., “Conflictos intergrupales y prejuicios étnicos en las sociedades receptoras de inmigrantes”, en Del Águila Tejerina, R. (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, Pablo Iglesias, 2005, pp. 305-347.

Cortés Maisonave, A., “¿Hacia qué conocimiento del otro? Los procesos de codesarrollo como construcción de alteridades”, en Santamaría Lorenzo, E. (edit.), *Retos epistemológicos de las migraciones transnacionales*, Barcelona, Anthropos, 2008, pp. 297-318.

Cortés Martín, J., M., “TJCE-Sentencia de 27.06.2006, Parlamento Europeo/Consejo, -C-540/03- Restricciones al reagrupamiento familiar de nacionales de terceros países *versus* respeto de los derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 26, enero/abril 2007, pp. 219-237.

____ “Immigration et regroupement familial dans l’Union Européenne: un droit à géométrie variable?”, en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, nº 4, 2005, pp. 721-759.

Cortina, A., *Ciudadanos del mundo. Hacia una teoría de la ciudadanía*, Madrid, Alianza, 1997.

Cremades García, P., “Matrimonios de complacencia: una realidad” en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, nº 1, julio 2006 (ejemplar dedicado a la inmigración), recurso electrónico disponible en <http://revistasocialesyjuridicas.umh.es/Revista/Contenido1files/02-CREMADES-1.pdf>, pp. 12-28.

Crespo Navarro, E., “The incipient immigration policy of the European Union in Spain”, en *Spanish Yearbook of International Law*, vol. X, Koninklijke Brill NV, 2006, pp. 97-122.

____ “La Directiva 2003/109/CE del Consejo relativa al Estatuto de los nacionales de terceros Estados residentes de larga duración y la normativa española en la materia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, año 8, nº 18, mayo-agosto, pp. 531-552.

Cruz Villalón, J., “Los derechos constitucionales de los trabajadores extranjeros”, en Vallés Dal-Re, F., M. (dir.), *Novedades normativas en materia social, Cuadernos de Derecho Judicial XIV*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005, pp.155-204.

Dal Lago, A., “Personas y no-personas”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 127-144.

Davidson, A., “Ciudadanía y migración, ¿derechos para aquellos sin pertenencia?”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, 2003, pp. 35-55.

Davila Legerén, A., “¿Aquí, allí o en la lejanía? Desplazamientos migratorios y desdoblamientos epistemológicos”, en Santamaría Lorenzo, E. (edit.), *Retos epistemológicos de las migraciones transnacionales*, Barcelona, Anthropos, 2008, pp. 31-53.

De Asís Roig, R., “La participación política de los inmigrantes. Hacia una nueva generalización de los derechos”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos (Valencia, octubre de 2005)*), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_12.htm.

____ “Derechos Humanos, Inmigración y solidaridad razonable”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 55-77. También disponible en <http://www.uv.es/CEFD/7/deasis.doc>.

____ “Algunas reflexiones sobre el fenómeno migratorio y los derechos humanos”, en Zapatero, V. (edit.), *Horizontes de la filosofía del derecho. Homenaje a Luis García San Miguel, Tomo I*, Alcalá de Henares, 2002, Servicio de Publicaciones de la Universidad, pp. 533-546.

____ “Sobre la discriminación positiva: especial referencia al Derecho Europeo”, en Mariño Menéndez, F., M. y Fernández Liesa, C. (dir. y coord.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y Universidad Carlos III, 2001, pp. 27-51.

____ “La igualdad en el discurso de los derechos”, en López García, J., A., y Del Real, A. (edit.), *Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 149-168.

De Bruycker, P., “Regularización y política migratoria en Europa”, en *Revista CIDOB d’affers internacionals*, nº 53, dedicado a Ciudadanía europea e inmigración, 2001, pp. 179-187.

De la Haba Morales, J., “Inmigración/sindicalismo como problema. Reflexiones metodológicas y epistemológicas”, en Santamaría Lorenzo, E. (edit.), *Retos epistemológicos de las migraciones transnacionales*, Barcelona, Anthropos, 2008, pp. 165-198.

De Lorenzo Segrelles, J., M., “Art. 34. Residencia de apátridas, indocumentados y refugiados”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 841-858.

____ “Régimen especial de los estudiantes”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch , 2006, pp. 821-839.

____ “Art. 28. De la salida de España”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch , 2006, pp. 745-758.

____ “Art. 30. Situación de estancia”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 765-776.

____ “Art. 31. Situación de residencia temporal”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 777-812.

De Lucas Martín, F., J., “Integración política, participación y ciudadanía: un balance”, en *Entelequia: revista interdisciplinar*, nº 4 (ejemplar dedicado a: inmigración), junio 2007, pp. 271-282.

____ “La ciudadanía basada en la residencia y el ejercicio de los derechos políticos de los inmigrantes”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)*), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_13.htm.

____ “Sobre la gestión de la multiculturalidad que resulta de la inmigración: condiciones del proyecto intercultural”, en Rodríguez Palop, M., E; Campoy Cervera, I.; Rey Pérez, J., L. (edit.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 73-90.

____ “El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, en Mariño Menéndez, F., M. (coord.), *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Catarata, 2006, pp. 29-56.

____ “La ciudadanía para los inmigrantes: una condición de la Europa democrática y multicultural”, en *Eikasía: revista de Filosofía*, nº 4, mayo 2006, pp. 1-19.

____ “El Derecho frente al fenómeno de las nuevas migraciones”, en Del Águila Tejerina, R. (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, Pablo Iglesias, 2005, pp. 119-176.

____ “Nuevas estrategias de estigmatización. El Derecho, frente a los inmigrantes”, en Portilla Contreras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, Akal, 2005, pp. 205-219.

____ “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 15-54.

____ “Ciudadanía: la jaula de hierro para la integración de los inmigrantes”, en Aubarell, G., y Zapata, R. (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 215-236.

____ “Globalización, migraciones y derechos humanos. La inmigración, como *res política*”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 10, 2004 (Ejemplar dedicado al Seminario *Los emigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración, participación y derechos humanos. (Valencia, 27, 28 y 29 de octubre de 2004)*), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_10.htm.

____ “Inmigración y globalización: acerca de los presupuestos de una política de inmigración”, en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR*, nº 1, 2003, pp. 43-70.

____ “Inmigración y ciudadanía: visibilidad, presencia, pertenencia”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, 2003, pp. 81-103.

_____ “La herida original de las políticas de inmigración”, en *Isegoría*, nº 26, junio 2002, pp. 59-84.

_____ “Sobre el papel de los derechos humanos en las políticas de inmigración. La necesidad de otra mirada sobre la inmigración, en tiempos de crisis”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, Laboratorio de Estudios interculturales, 2002, pp. 41-56.

_____ “La dimensión política de la inmigración. Una reflexión pendiente”, en Alemany, J., M., ...[et al.], *La inmigración, una realidad en España*, Colección Actas 57, Zaragoza, Centro Pignatelli -Diputación General de Aragón, 2002, pp. 263-286.

_____ “Algunas propuestas para comenzar a hablar en serio de política de inmigración”, en De Lucas Martín, F., J., y Torres Pérez, F. (edit.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, Talasa, 2002, pp. 23- 48.

_____ “Políticas de inmigración, derechos y ciudadanía”, en VV. AA., *Derechos humanos e inmigración: una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, jornadas celebradas los días 22, 23, 24 y 25 de mayo de 2002, Motril, Ayuntamiento, 2003, pp. 17-34.

_____ “Ciudadanía y Unión Europea intercultural”, en De Prado Rodríguez, J. (coord.), *Diversidad cultural, identidad y ciudadanía*, Córdoba, Inet, 2001, pp. 133-175.

_____ “Sobre las garantías de los derechos sociales de los inmigrantes”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 4, 2001, recurso electrónico disponible en <http://www.uv.es/CEFD/4/Delucas.html>.

_____ “Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Segundas Jornadas Derechos humanos y libertades fundamentales, Zaragoza, Mira, 2001, pp. 33-59.

_____ “Hacia una ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes”, en *Revista CIDOB d'afers internacionals*, nº 53, dedicado a Ciudadanía europea e inmigración, 2001, pp. 63-75.

_____ “El marco jurídico de la inmigración: algunas proposiciones acerca de la necesidad de reformar la Ley Orgánica 4/2000”, en *Jueces para la Democracia*, nº 38, 2000, pp. 3-11.

_____ “Inmigración, ciudadanía, derechos: el paradigma de la exclusión”, en Rodríguez Palop, M., E. y Tornos, A. (edit.), *Derechos culturales y derechos humanos de los inmigrantes*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2000, pp. 13-38.

_____ “Multiculturalismo y derechos”, en López García, J., A., y Del Real, A. (edit.), *Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 69-81.

_____ *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Barcelona, Icaria, 1996.

_____ “¿Elogio de Babel? Sobre las dificultades del Derecho frente al proyecto intercultural”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, pp. 15-39.

De Lucas Martín, F., J., Peña Obiol, S., y Solanes Corella, Á., *Inmigrantes: una aproximación jurídica a sus derechos*, Valencia, Germania, 2001.

Del Águila Tejerina, R., “Tolerancia, respeto y democracia ante la inmigración”, en Del Águila Tejerina, R. (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, Pablo Iglesias, 2005, pp. 1-29.

Del Cabo, A., “¿Crisis del concepto de soberanía?”, en Del Cabo, A., y Pisarello, G. (edit.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, Alicante, Universidad, 2000, pp. 55-62.

Del Moral García, A., “El extranjero ante el orden penal”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero, 2005, pp. 705-726.

Del Olmo Pintado, M., “El negocio de las diferencias. Una aportación teórica y metodológica al estudio del racismo, el prejuicio y la discriminación”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España: contextos y alternativas*, 3er Congreso sobre inmigración en España, Granada, Universidad, 2002, pp. 141-148.

Del Valle Gálvez, J., A., “Extranjería y tratado constitucional para Europa”, en Vargas Gómez-Urrutia, M., y Salinas de Frías, A. (coord.), *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 2, 2005, Sevilla, Universidad, pp. 1349-1356.

____ “El frágil estatuto internacional y europeo del inmigrante irregular”, en Del Valle Gálvez, J., A., y Acosta Sánchez, M., Á. (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Cádiz, Serie de estudios internacionales y europeos de Cádiz. Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2005, pp. 137-150.

____ “La libre circulación de personas en el espacio de libertad, seguridad y justicia (I)”, en López Escudero, M., y Martín y Pérez de Nanclares, J. (coord.), *Derecho comunitario material*, Madrid, Mc Graw-Hill, 2000, pp. 42-51.

____ “La refundación de la libre circulación de personas, Tercer Pilar y Schengen: el espacio europeo de libertad, seguridad y justicia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 3, 1998, pp. 41-78.

Delgado, M., “Cohesión no es coherencia. Diversidad cultural y espacio público”, en De Lucas Martín, F., J. (dir.), *La multiculturalidad*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 339-357.

Delgado Álvarez, G., “La situación de los trabajadores inmigrantes irregulares en territorio español”, en Del Valle Gálvez, J., A., y Acosta Sánchez, M., Á. (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Serie de estudios internacionales y europeos, Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad, 2005, pp. 97-114.

Delgado Castañeda, A., “Procedimientos para la incorporación de los extranjeros al mercado de trabajo. Consecuencias del trabajo sin autorización”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 11, mayo 2006, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

Delgado Ruiz, M., “Nuevas retóricas para la exclusión social”, en Bergalli, R. (coord.), *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Barcelona, Anthropos, 2006, pp. 1-23.

Desdentado Bonete, A., “El desempleo del extranjero ‘sin papeles’”, en *Diario La Ley*, nº 6986, 10 de julio de 2008, recurso electrónico disponible en <http://laleydigital.laley.es>.

Díaz Hernández, C., “Problemas de convivencia en la sociedad pluralista y multicultural”, en VV. AA., *Derechos humanos e inmigración: una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, jornadas celebradas los días 22, 23, 24 y 25 de mayo de 2002, Motril, Ayuntamiento, 2003, pp. 195-230.

Dietz, G., “Del multiculturalismo a la interculturalidad: un movimiento social entre discurso disidente y praxis institucional”, en De Prado Rodríguez, J. (coord.), *Diversidad cultural, identidad y ciudadanía*, Córdoba, Inet, 2001, pp. 17-71.

Díez Bueso, L., “Los derechos de los inmigrantes y sus garantías”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, Fundació CIDOB, 2006, pp. 205-218.

Díez Nicolás, J., *Las dos caras de la inmigración*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004.

Donaire Villa, F., J., “Transacción penal y principio ne bis in idem en el espacio de libertad, seguridad y justicia: La interpretación del artículo de 54 del Convenio de Schengen”, en *Civitas, Revista española de Derecho Europeo*, nº 7, 2003, pp. 571-594.

Donini, M., “El Derecho penal frente al ‘enemigo’”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 15-93.

Dummet, M., *Sobre inmigración y refugiados*, Madrid, Cátedra Teorema, 2001.

Durán Ruiz, F., J., “Requisitos para la entrada en territorio español”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 659-693.

Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel Derecho, 2002.

Elbaz, M., “El inestimable vínculo cívico en la sociedad-mundo”, en Elbaz, M., y Helly, D. (dir.), *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*, Granada, Maristán, 2002, pp. 17-42.

Elósegui Itxaso, M., “La nacionalización de los inmigrantes y la lengua”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 185, septiembre de 2008, pp. 38-44.

Espada Ramos, M., L., y Moya Escudero, M., “La ley reguladora de asilo y condición del refugiado de 26 de marzo de 1984: ¿nacionalismo o internacionalismo?”, en *Revista de Estudios Internacionales*, vol. 6, nº 1, enero-marzo 1985, pp. 73-110.

Esplugues Mota, C., ...[et al.], *Nacionalidad y extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

Esplugues Mota, C., y **De Lorenzo Segrelles, J., M.**, *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España. Análisis de la LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001.

Essomba i Gelabert, M., A., “Educación intercultural y atención educativa a la población inmigrante reciente”, en De Prado Rodríguez, J. (coord.), *Diversidad cultural, identidad y ciudadanía*, Córdoba, Inet, 2001, pp. 249-263.

Esteban de la Rosa, F., “Art. 25 bis. Tipos de visados”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 695-717.

Esteban de la Rosa, G., “Inmigración y Derecho de extranjería”, en *Revista de estudios jurídicos*, nº 6, 2005 (número monográfico dedicado a la crisis del Estado-nación: el fenómeno supranacional y autonómico), Universidad de Jaén, Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, pp. 29-62.

Esteban de la Rosa, G. y Molina Navarrete, C., “Una nueva reordenación del régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España. Comentarios a la LO 14/2003, de 20 de noviembre”, en *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, nº 251 (2), 2004, pp. 65-118.

Estévez Araujo, J., A., “Ciudadanía cosmopolita *versus* globalización neoliberal”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, pp. 285-296.

Etxeberria, X., “El extranjero como igual y como extraño”, en VV. AA., *El extranjero en la cultura europea de nuestros días*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1997, pp. 385-445.

Fernández, E., *Igualdad y derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 2003.

Fernández Collados, M., B., “La valoración de la situación nacional de empleo y el Tratado de amistad entre España y Uruguay: comentario a la STS de 26 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 7693)”, en *Aranzadi Social*, nº 19, 2007, pp. 35-39.

____ “Las controvertidas excepciones previstas en la Directiva 2003/86/CE, de reagrupación de familiares de nacionales de países terceros: comentario a la STJCE de 27 de junio de 2006”, en *Aranzadi Social*, nº 11, 2006, pp. 43-49.

____ “Novedades introducidas por la LO 14/2003 de reforma de la LO 4/2000, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la LO 8/2000”, en *Aranzadi Social*, nº 22, 2004, pp. 91-102.

Fernández Conejo, M., T., “Hacia una política de inmigración común”, en García Castaño, F. J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, Laboratorio de Estudios interculturales, pp. 535-549.

Fernández García, E., “Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho”, en López García, J., A., y Del Real, A. (edit.), *Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 103-122.

Fernández Le Gal, A., “Los derechos fundamentales de los extranjeros en situación irregular”, en Fernández Le Gal, A., y García Cano, S. (coord.), *Inmigración y Derechos de los extranjeros*, Córdoba, Servicio de Publicaciones Universidad, 2005, pp. 67-86.

Fernández-Miranda Alonso, F., “Comentario al artículo 19 de la Constitución”, en Alzaga Villamil, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Madrid, Edersa, 1996, pp. 485-503.

Fernández Nieto, J., “Sobre la constitucionalidad de la Ley de Extranjería: los derechos a la reagrupación familiar, a la intimidad y a la tutela judicial efectiva de los extranjeros en España”, en *Jueces para la Democracia*, nº 51, 2004, pp. 50-62.

Fernández Sánchez, P., A., “El control migratorio de las fronteras en la Unión Europea”, en Andreo Tudela, J., C., y González Tamarit, L. (coord.), *IV Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 5-7 octubre 2005, Sevilla, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, 2006, pp. 25-40.

____ “Los límites jurídicos en la lucha contra la inmigración ilegal”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, Laboratorio de Estudios interculturales, 2002, pp. 567-577.

____ “El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros”, en *Derecho y Conocimiento*, vol. 1, 2001, pp. 375-395.

Fernández Sola, N., “Distintas aproximaciones de la Unión Europea al fenómeno de la inmigración. Variedad tipológica de inmigrantes en la Unión Europea”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Zaragoza, Mira, 2001, pp. 125-146.

Fernández Rozas, J., C., “La condición jurídica de los nacionales de terceros Estados en la Unión Europea”, en Álvarez Rodríguez, A., ...[et al.], *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos “Ramón Carande”, 1994, pp. 51-87.

Fernández Rozas, J., C., y Fernández Pérez, A., “Definición y supuestos de residencia”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 233-238.

____ “Art. 34. Definición”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 239-241.

Fernández Teruelo, J., G., “El proceso social de determinación de la normativa administrativa y penal en materia de inmigración”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 219-248.

Ferrajoli, L., “Criminalidad y globalización”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n° 115, enero-abril 2006, pp. 301-316.

____ “El derecho penal del enemigo y la disolución del derecho”, en *Jueces para la Democracia*, n° 57, 2006, pp. 3-10.

____ “Sobre los derechos fundamentales”, en *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de Derecho Constitucional*, n° 15, 2006, pp. 113-136.

____ *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001.

Ferrer Lloret, J., “El ejercicio de los derechos de la ciudadanía de la UE: libre circulación y residencia. comentario a la Sentencia del TJCE de 19 de octubre de 2004 (*Chen contra Secretary of State for the Home Department*, asunto C-200/02)”, en *Revista General de Derecho Europeo*, n° 6, 2005, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

Fischer, P., A., Martin, R., Straubhaar, T., “Should I stay or should I go?”, en Hammar, T., ...[et al.] (edit.), *International migration, immobility and development. Multidisciplinary perspectives*, Oxford, Nueva York, 1997, Berg, pp. 49-90.

Flores Mendoza, F., “La expulsión del extranjero en el Código Penal español”, en Laurenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, Tirant monografías, 2002, pp. 97-132.

Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 2000.

____ *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, Madrid, Siglo XXI, 2000.

____ *Microfísica del poder*, Madrid, La Piqueta, 1992.

____ *Saber y verdad*, Madrid, La Piqueta, 1985.

Franco Pérez, A., F., “Inmigración y extranjería. Las alternativas de regularización de los extranjeros en España”, en Presno Linera, M., Á. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant monografías, 2004, pp. 199-231.

Frankenberg, G., “Civil Society and Social Justice”, en Walzer, M. (edit.), *Toward a Global Civil Society*, Oxford, Berghahn Books, 2002, pp. 195-199.

Fraser, N., “Redefiniendo el concepto de justicia en un mundo globalizado”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, IVR, 2005, pp. 67-84.

Freixes Sanjuán, T., “Integración europea y derecho de la inmigración (extranjería y *multilevel constitutionalism* en la unión europea)”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 193-222.

Freixes Sanjuán, T., y Remotti Carbonell, J., C., “Los derechos de los extranjeros en la Constitución española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*, nº 44, 1998, pp. 103-141.

Funes Ayuso, L., ...[et al.], “Seguridad: la inseguridad y la subjetividad”, en *Actas de las Jornadas del Graduat en Criminología i Política Criminal, 2000 y 2001*, Barcelona, Universidad, 2003, pp. 69-84.

Gallego Ranedo, C., “La ‘extranjería’ como frontera entre ser y no ser ‘ciudadano’”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos. Segundas Jornadas Derechos humanos y libertades fundamentales*, Zaragoza, Mira, 2001, pp. 83-96.

García Álvarez, P., *El Derecho Penal y la discriminación. Especial referencia al extranjero como víctima de discriminaciones penalmente relevantes*, Valencia, Tirant monografías, 2004.

García Amado, J., A., “¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 233-253.

García Añón, J., “Derechos de los extranjeros y discriminación”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* nº 5, Textos para la discusión en el I Congreso Iberoamericano de Ética y Filosofía Política, Sección de Filosofía del Derecho y del Estado, (Alcalá de Henares, 18-20 septiembre 2002), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_5.html.

García Blesa, J., “Los derechos de los inmigrantes permanentes en la Unión Europea: un test sobre la acción de integración comunitaria”, en Andreo Tudela, J., C., y González Tamarit, L. (coord.), *IV Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 5-7 octubre 2005, Sevilla, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, 2006, pp. 65-83.

García Fernández, R., “Inmigración e identidad”, en *Eikasia: revista de filosofía*, nº 17, 2008, pp. 275-288.

García Figueroa, A., “Del derecho a la tolerancia al derecho de la tolerancia”, en *Jueces para la Democracia*, nº 56, 2006, pp. 31-40.

García Garnica, M., “Comentario al art. 13, derecho a ayudas en materia de vivienda”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, 2006, pp. 361-376.

García Manrique, R., “Los derechos de ciudadanía en la Carta europea de derechos”, en *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 279-289.

García Murcia, J., “Sobre la entrada y permanencia en España de ciudadanos comunitarios”, en *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 3, julio de 2003, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

García Murcia, J., y Ceinos Suárez, Á., “Art. 50. Requisitos”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 331- 337.

_____, “Art. 52. Efectos del visado de residencia y trabajo por cuenta ajena”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 347-349.

García Pascual, C., “Ciudadanía cosmopolita”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2003 (Ejemplar dedicado al Seminario sobre ciudadanía europea y conflictos culturales (Valencia, 29 a 31 de octubre de 2003), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_8.htm.

García Picazo, P., “Migraciones: entre la intolerancia y la utopía. Sobre la globalización de la ‘cultura de la pobreza’ ”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 11, 2006, recurso electrónico disponible en [http://www.reei.org/reei%2011/P.Garcia\(reei%2011\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/P.Garcia(reei%2011).pdf).

García Rivas, N., “Art. 60. Retorno”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1279-1280.

García San José, D., I., “El régimen de visados en el nuevo Reglamento de extranjería: ‘los árboles que no impiden ver el bosque’ ”, en Sánchez–Rodas Navarro, C. (dir.) y Alonso Burón, J., C. (coord.), *Aspectos puntuales del nuevo Reglamento de extranjería*, Murcia, Laborum, 2005, pp. 65-90.

García Vázquez, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, serie monografías, 2007.

Gardeñes Santiago, M., “Reconocimiento mutuo y discriminación a la inversa”, en VV. AA., *La UE ante el Siglo XXI: los retos de Niza*, Madrid, BOE, 2003, pp. 223-229.

_____, “La imperatividad internacional del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad (reflexiones en torno a la Sentencia del TJCE *Boukhalfa*, de 30 de abril de 1996, desde la óptica del Derecho internacional privado)”, en *Revista de instituciones europeas*, vol. 23, nº 3, 1996, pp. 863-880.

Garland, D., *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.

Gascón Abellán, M., “Nosotros y los otros: el desafío de la inmigración”, en *Jueces para la Democracia*, nº 41, 2001, pp. 3-8.

Geddes, A., “Inmigración y Estado del bienestar en Europa”, en López Sala, A., M., y Esteban, V. (coord.), *Zona Abierta 116/117, Las políticas migratorias*, Madrid, 2006, pp. 171-190.

Gil Araujo, S., “Redefiniendo las fronteras de Europa. Sobre la deslocalización del control migratorio comunitario”, en Markez, I. (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Donostia-San Sebastián, Gakoa Liburuak, 2006, pp. 43-72.

Gil Bazo, M., T., “La protección de los refugiados en la Unión Europea tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam a la luz del Derecho internacional de los Derechos Humanos”, en Mariño Menéndez, F., M., y Fernández Liesa, C. (dir. y coord.), *La protección de las personas y grupos vulnerables en el Derecho Europeo*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, pp. 147-186.

Giménez Romero, C., *Qué es la inmigración: ¿problema u oportunidad?, ¿cómo lograr la integración de los inmigrantes?, ¿multiculturalismo o interculturalidad?*, Barcelona, RBA, 2003.

Giner de San Julián, S., “La urdimbre moral de la modernidad”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 36, 2002, pp. 63-100.

____ “Lo privado público: altruismo y politeya democrática”, en *Revista de estudios políticos*, nº 88, 1995, pp. 9-28.

____ “La estructura social de la libertad”, en *Reis: Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 11, 1980, pp. 7-28.

Giró, X., y Jarque, J., M., “El discurso editorial sobre inmigración de *El País*, *La Vanguardia*, *El Periódico* y *Avui*, desde El Ejido hasta la cumbre europea de Sevilla (1999-2002)”, en Zapata-Barrero, R., y Van Dijk, T., A. (edit.), *Discursos sobre la inmigración en España. Los medios de comunicación, los parlamentos y las administraciones*, Barcelona, CIDOB, 2007, pp. 17-44.

Giró Miranda, J., “Asociacionismo étnico, identidad cultural y ciudadanía”, en Bernuz Benéitez, M., J., y Susín Betrán, R. (coord.), *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, Logroño, Universidad de la Rioja, 2003, pp. 155-172.

Goig Martínez, J., M., “El derecho a la reagrupación familiar de los inmigrantes”, en *Teoría y realidad constitucional*, nº 14, 2º semestre 2004, pp. 239-271.

Goizueta Vértiz, J., “La entrada y salida del territorio nacional: Algunas reflexiones sobre la titularidad y el régimen del ejercicio del derecho”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 443-461.

Gómez Abelleira, F., J., “Las autorizaciones de trabajo por cuenta ajena de los extranjeros no comunitarios: los efectos de su carencia”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 101-138.

Gómez Orfanel, G., *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986.

González Calvet, J., “El arraigo como instrumento de regularización individual y permanente del trabajador inmigrante indocumentado en el reglamento de extranjería aprobado por el RD 2393/2004, de 30 de diciembre”, en *Revista de Derecho Social*, nº 37, 2007, pp. 105-128.

González Enríquez, C., *Los otros inmigrantes: los europeos comunitarios de países ricos*, 7 de agosto de 2008 [consulta realizada el 22 de octubre de 2008], recurso electrónico disponible en la web del Real Instituto Elcano. www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/Elcano_es/Zonas_es/DT37-2008.

González Radío, V., *Justicia y globalización*, Madrid, MAP, 2000.

González Rivas, J., J., *La Constitución española de 1978: estudio sistemático y jurisprudencial*, Madrid, Civitas, 2003.

____ *Extranjería y libre circulación de personas*, Granada, Comares, 1995.

González-Trevijano Sánchez, P., J., *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Madrid, Civitas, 1991.

González Vega, J., A., “¿Pero realmente existe una política europea de inmigración? Dificultades y retos para su concreción”, en *Eikasia: revista de filosofía*, nº 10, 2007, pp. 49-75.

____ “¿Regreso al futuro? La difícil concreción de una política europea de inmigración”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)*), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_14.htm.

Gortázar Rotaache, C., J., “La inmigración: ¿un problema o una fuente de riqueza? ¿hasta cuándo sin papeles?”, en Rodríguez Palop, M., E; Campoy Cervera, I; Rey Pérez, J., L. (edit.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 91- 101.

____ “Directiva 2003/9/CE del Consejo de 27 de enero de 2003 por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 1, mayo 2003, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

Goytisoló, J., y Naïr, S., *El peaje de la vida: integración o rechazo de la emigración en España*, Madrid, Aguilar, 2001.

Gracia Martín, L., “Consideraciones críticas sobre el actualmente denominado ‘Derecho penal del enemigo’ ”, en *Revista electrónica de Derecho penal y Criminología*, nº 7, 2005, recurso electrónico disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-02.pdf>.

Guillaume, M., “El otro y el extraño”, en *Revista de Occidente*, nº 140, enero 1993, pp. 43-58.

Guimezanes, N., “Le statut légal des migrants”, en *Revue internationale de Droit comparé*, nº 2, 2006 (ejemplar dedicado a: Etudes de droit contemporain), pp. 593-620.

Guiraudon, V., “Contratos de integración para inmigrantes: tendencias comunes y diferencias en la experiencia europea”, en *Análisis del Real Instituto Elcano*, nº 43, 2008, recurso electrónico disponible en http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/resources/file/ebe3bd0734beef8/ARI43-2008_Guiraudon_contrato_integracion.pdf?MOD=AJPERES&attachment=true.

Gutiérrez Gutiérrez, I., “Constitución española, derechos de los extranjeros”, en *Jueces para la Democracia*, nº 41, 2001, pp. 19-22.

Habermas, J., *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, Barcelona, Paidós, 1999.

____ *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Trotta, 1998.

____ *Más allá del Estado nacional*, Madrid, Trotta, 1997.

____ *Identidades nacionales y postnacionales*, Madrid, Tecnos, 1989.

Hailbronner, K., “Alemania”, en Aja, E., y Díez, L. (edit.), *La regulación de la inmigración en Europa*, Colección Estudios Sociales, nº 17, Barcelona, Fundación La Caixa, 2005, pp. 23-66.

Hall, S., “Loss of Union” en *European Law Review*, vol. 1 /1996, pp. 129-143.

Harris, N., *Thinking the unthinkable. The immigration myth exposed*, Londres, I.B. Tauris, 2002.

Harrison, M., M., “Reflexiones sobre el estudio de los derechos humanos y su fundamentación”, en *Universitas: Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 2, Universidad Carlos III. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, 2005, pp. 13-36, también disponible en http://universitas.idhbc.es/n02/02-03_harrison.pdf.

Hernández Losada, J., M., “La tolerancia y el futuro del liberalismo”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, Anthropos, 2001, pp. 187-247.

Hjarno, J., *Illegal immigrants and developments in employment in the labour markets of the EU*, Ashgate Publishing, 2003.

Hobbes, T., *Leviatán. La materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*, Madrid, Alianza, 1989.

Hobsbawm, E., “Ethnicity, migration, and the validity of the Nation-State”, en Walzer, M. (edit.), *Toward a Global Civil Society*, Oxford, Berghahn Books, 2002, pp. 235-240.

_____, “Identidad”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 47-62.

Hollifield, J., F., “The politics of international migration. How can we ‘bring the State back in?’”, en Brettell, C., B., y Hollifield, J., F. (edit.), *Migration Theory, Talking across disciplines*, Nueva York, Londres, Routledge, 2000, pp. 137-185.

Hoogenboom, T., “Integration into Society and Free Movement of Non-EC Nationals”, en *European Journal International Law*, vol. 3, 1992, pp. 36-52.

Hurtado Martínez, J., A., “La sanción de expulsión sobre extranjeros en situación irregular y la filiación de menores”, en *Diario La Ley*, nº 6904, de 14 de marzo de 2008, recurso electrónico disponible en <http://laleydigital.laley.es>.

Hutchinson, M., “Irish Born Children and the Case of Chen & Zhu”, en *Law Centre Information Briefing*, núm. 11, agosto 2004, pp. 1-3.

Huysmans, J., “Migration and the politics of security”, en Body-Gendrot, S., y Martiniello, M. (edit.), *Minorities in European cities. The dynamics of social integration and social exclusion at the neighbourhood level*, Nueva York, Palgrave Mac Millan, 2000, pp. 179-189.

Iacono, A., M., “Raza, nación, pueblo: caras ocultas del universalismo”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 95-111.

Ibarra Robles, J., L., y Esnaola Hernández, J., A., “Ciudadanía europea frente a la ciudadanía comunitaria”, en Markez, I. (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Donostia-San Sebastián, Gakoa Liburuak, 2006, pp. 93-106.

Igartua Perosanz, J., J., “Recepción e impacto socio-cognitivo de las noticias sobre inmigración”, en *Revista de Psicología Social*, vol. 23, nº 1, 2008, pp. 3-16.

Iglesias Sánchez, S., “El valor de la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar a la luz de los derechos fundamentales y de la Sentencia del TJCE en el asunto 540/03”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 26, enero-abril 2007, pp. 125-153.

Ignatieff, M., *Los derechos humanos como política e idolatría*, Barcelona, Paidós, 2003.

Illamola Dausà, M., “Hacia una gestión integrada de las fronteras. El Código de Fronteras Schengen y el cruce de fronteras en la Unión Europea”, en *Documentos CIDOB*, serie Migraciones, nº 15, 2008.

Infante Domínguez, M., y Peña Pérez, A., “Transposición de la Directiva 2004/38/CE a través del RD 240/2007: incumplimiento de España al restringir el derecho a trabajar de los ascendientes y descendientes mayores de 21 años beneficiarios de la Directiva 2004/38/CE”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 15, 2007, pp. 43-60.

Izquierdo Escribano, A., *La inmigración en España: 1980-1990*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1992 .

Izquierdo Escribano, A., y León-Alfonso, S., “La inmigración hacia dentro: argumentos sobre la necesidad de la coordinación de las políticas de inmigración en un Estado multinivel”, en *Política y Sociedad*, vol. 45, nº 1, 2008, pp. 11-39.

Izuzquiza, I., *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría del escándalo*, Barcelona, Anthropos, 1990.

Janer Torrens, J., D., “El ámbito de aplicación personal del principio de no discriminación por razón de nacionalidad: algunas consideraciones en torno a la discriminación inversa”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año 7, nº 14, enero-abril 2003, pp. 305-319.

Jault-Seseke, F., “La loi n° 2007-1631 du 20 novembre 2007 relative à la maîtrise de l’immigration, à l’intégration et à l’asile. Vers une nouvelle conception de l’intégration”, en *Revue Critique de Droit International Privé*, nº. 1, enero-marzo 2008, pp. 5-34.

Jiménez Blanco, P., “Las libertades de circulación y residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión europea”, en Presno Linera, M., Á. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant monografías, 2004, pp. 71-146.

Jiménez de Parga Masada, P., *El derecho a la libre circulación de personas físicas en la Europa comunitaria: desde el Acta Única Europea al Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Tecnos, 1994.

Jiménez García, J., “Definición de estancia”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 197-200.

Jiménez Piernas, C., B., “La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 13, 2002, recurso electrónico disponible en http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_013_187.pdf, pp. 857-894.

Jiménez Sánchez, J., J., “Sobre el poder soberano”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 40, 2006, pp. 79-98.

____ “La fundamentación de los derechos humanos. Los derechos humanos como derechos morales”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 1, 1998, recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_1.html.

Joppke, C., *Selecting by origin. Ethnic migration in the liberal State*, Cambridge, Massachusetts y Londres, Harvard University Press, 2005.

____ “Citizenship between De-and Re- Ethnicization (I)”, en *Archives Européennes de Sociologie*, vol XLIV, 3 , 2003, Cambridge, pp. 429-458.

Jordan, B., y Düvell, F., *Migration. The boundaries of Equality and Justice*, Cambridge, Polity Press, 2003.

Jorqui Azofra, M., “Defensa de la universalidad de lo derechos humanos y protección de la diferencias”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 291-304.

Jurado Rojas, D., “Los extranjeros y sus derechos”, en *Estudios Jurídicos. Secretarios Judiciales I-2000. Actuaciones del Juzgado de Guardia en relación con los derechos fundamentales*, Madrid, Ministerio de Justicia, 2000, pp. 113-156.

Kahale Carrillo, D., T. “Los beneficiarios extracomunitarios de la asistencia sanitaria en la Ley de extranjería”, en *Temas laborales, Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Junta de Andalucía nº 88, 2007, pp. 85-122.

Kallavita, K., Un ‘ejército de reserva de delincuentes’: la criminalización y el castigo económico de los inmigrantes en España”, en *Revista Española de Investigación Criminológica: REIC*, nº 2, 2004, pp. 1-15.

Karsz, S., “La exclusión: concepto falso, problema verdadero”, en Karsz, S. (comp.), *La exclusión: bordeando sus fronteras. Definiciones y matices*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 133-214.

Kelly, P., “Defending some Dodos: equality and/or liberty?”, en Kelly, P. (edit.), *Multiculturalism reconsidered: “Culture and equality” and its critics*, Cambridge, Polity Press, 2002, pp. 62-80.

Kirchmann, J., G., “El carácter a-científico de la llamada Ciencia del Derecho” en Savigny, F., ...[et al.], *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, pp. 247-286.

Kunoy, B., “A Union of National Citizens: The Origins of the Courts Lack of Avant-Gardisme on the Chen Case”, en *Common Market Law Review*, nº 43, 2006, pp. 179-190.

Kymlicka, W. y Norman, W., “Citizenship in Culturally Diverse Societies: Issues, Contexts, Concepts”, en Kymlicka, W., y Norman, W. (edit.), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, 2000, pp. 1-41.

Kymlicka, W., *Fronteras territoriales. Una perspectiva liberal igualitarista*, Madrid, Trotta, 2006.

____ *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*. Barcelona, Paidós, 2003.

____ “Immigration, citizenship, multiculturalism: exploring the links”, en *The political Quarterly*, vol. 74, S1, agosto de 2003, pp. 195-208.

_____ “Educación para la ciudadanía”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, Anthropos, 2001, pp. 251-283.

_____ “Do we need a liberal theory of minority rights? Reply to Carens, Young, Parekh and Forst”, en *Constellations*, vol. 4, nº 1, Oxford, 1997, pp. 72- 87.

_____ *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos*, Barcelona, Paidós, 1996.

_____ *Filosofía política contemporánea. Una introducción*, Barcelona, Ariel, 1995.

La Spina, E., “La protección del derecho a la vida familiar de los extranjeros por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)*), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_14.htm.

Labayle, H., “Le bilan du mandat de Tampere et l'espace de liberté, sécurité et justice de l'Union européenne”, en *Cahiers de Droit Européen*, vol. 3, 2004, pp. 591-661.

Lamo de Espinosa, E., “Fronteras culturales”, en Lamo de Espinosa, E. (edit.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, Alianza, 1995, pp. 13-80.

Landowski, E., “Ellos y nosotros: notas para una aproximación semiótica a algunas figuras de la alteridad social”, en *Revista de Occidente*, nº 140, enero 1993, pp. 98-118.

Lapeyronnie, D., “Les deux figures de l’immigré. Une société fragmentée? ”, en Wiewiorka, M. (dir.), *Le multiculturalisme en débat*, París, La Découverte/Poche, 1997, pp. 251-266.

Laporta, F., “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, nº 4, 1987, pp. 23-46.

Lara Aguado, Á., “Incorporación social como forma de compatibilizar inmigración y democracia”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, 2003, pp. 411-419.

_____ “Nacionalidad e integración social: (A propósito de la Ley 36/2002, de 8 de octubre)”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2003, pp. 1444-1460.

Larios Paterna, M., J., “El derecho a la educación de los inmigrantes. Principales normas y políticas públicas del Estado y las comunidades autónomas”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, Fundació CIDOB, pp. 247-273.

La Torre, M., “La ciudadanía, una apuesta europea”, en Prieto Sanchís, L. (coord.), *Tolerancia y minorías: problemas jurídicos y políticos de las minorías en Europa*, Cuenca, Universidad de Castilla- La Mancha, 1996, pp. 99-118.

Laurenzo Copello, P., “Últimas reformas en el derecho penal de extranjeros: un nuevo paso en la política de exclusión”, en *Jueces para la Democracia*, nº 50, 2004, pp. 30-35.

Ledesma Bartret, F., “Libertad de circulación y derecho de asilo en la Unión Europea. La doctrina del Consejo de Estado”, en *Civitas. Revista española de Derecho administrativo*, nº 89, enero/marzo 1996, pp. 5-36.

Lévy, J., T., *El multiculturalismo del miedo*, Madrid, Tecnos, 2000.

Linde Paniagua, E., “La libre circulación de los trabajadores *versus* libre circulación de las personas. La ciudadanía europea”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 5, 2º semestre de 2003, pp. 15-36.

_____ “La universalización de los derechos fundamentales. ¿El sistema europeo como modelo?”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 2, 1er semestre 2002, pp. 35-67.

Liñán Noguerras, D., J., y Mangas Martín, A., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Madrid, Mc Graw Hill, 1999.

Lobo Rodríguez, Á., “Denegación de entrada”, Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 137-139.

Locke, J., *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Madrid, Alianza, 2002.

López Calera, N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos*, Barcelona, Ariel Derecho, 2000.

López García, J., A., “Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho”, en López García, J., A., y Del Real, A. (edit.), *Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho*. Madrid, Dykinson, 2000, pp. 17-33.

López Gandía, J., “El acceso al empleo de los extranjeros”, en Serrano García, J., M^a., y Mendoza Navas, N. (coord.), *Estudios sobre extranjería*, Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 91-129.

López Guerra, L., ...[et al.], *Derecho constitucional*, vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994.

López López, J., “Autorizaciones de residencia temporal por circunstancia excepcionales”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 305-311.

López Pina, A., y Gutiérrez Gutiérrez, I., “Sobre los derechos fundamentales en Europa”, en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura*. Estudios en homenaje a Peter Häberle, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 485-496.

López Sala, A., M., “Pasar la línea. El Estado en la regulación migratoria desde una perspectiva comparada”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 27, julio, 2006, pp. 71-100.

_____ *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Barcelona, Anthropos, 2000.

_____ “Los retos políticos de la inmigración”, en *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, García Castaño, F. J. y Muriel López, C. (edit.), Granada, Laboratorio de Estudios interculturales, 2002, pp. 517-526.

López Sala, A., M., y Esteban, V., “Las políticas migratorias en las sociedades occidentales”, en López Sala, A., M., y Esteban, V. (coord.), *Zona Abierta 116/117, Las políticas migratorias*, Madrid, 2006, pp. 1-24.

Lozano Ibáñez, J., “‘Cómo gustéis’. El proceso de regularización de extranjeros y la falta de control por los tribunales de la arbitrariedad reglamentaria”, en *Jueces para la Democracia*, nº 59, 2007, pp. 22-24.

Máiz, R., “Nation and deliberation”, en Máiz, R., y Requejo, F. (edit.), *Democracy, nationalism and multiculturalism*, Routledge, 2005, pp. 58-78.

Marcos del Cano, A., M., “Inmigración y el derecho a la propia cultura”, en *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 91-111.

Mardones Martínez, J., M., “El multiculturalismo como factor de modernidad social”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, Anthropos, 2001, pp. 35-53.

Maresca García-Esteller, M., “Antes de Leviatán. Las formas políticas y la vida social en la crisis del imperio de la Ley”, en Portilla Contreras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, Akal, 2005, pp. 87-118.

Marie, C., V., *Preventing illegal immigration: juggling economic imperatives, political risks and individual rights*, Estrasburgo, Council of Europe Publishing, 2004.

Marín Gámez, J., A., “Una visión de los derechos y garantías constitucionales de los extranjeros en España”, en *Revista de Derecho Político*, nº 61, 2004, pp. 37-78.

Marín Marín, J., y Gallego Moya, F., *El trabajo de los inmigrantes irregulares. Un estudio jurisprudencial*, Albacete, Bomarzo, 2005.

Mariño Menéndez, F., M., “La convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 711-729.

Markez Ekimen, I., “La salud mental de los inmigrantes: ni enfermos, ni delincuentes. Mediación e integración”, en Markez, I. (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Donostia-San Sebastián, Gakoa Liburuak, 2006, pp. 129-175.

Márquez Prieto, A., “Inmigración, integración y exclusión: cara y cruz del arraigo laboral [A propósito del art. 45.2. a) del Reglamento de Extranjería]”, en *Aranzadi Social*, nº 10, 2005, pp. 1137-1159.

Martín, E., “El Ejido, dos años después. Realidad, silencios y enseñanzas”, en De Lucas Martín, F., J., y Torres Pérez, F. (edit.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, Talasa, 2002, pp. 74-97.

Martín, P., Martín, S., Cross, S., “High-level dialogue on migration and development”, en *International Migration*, vol. 45 (1), Oxford, 2007, pp. 7-24.

Martín Moreno, J., L., “Extranjeros en situación irregular: dignidad de la persona y derechos fundamentales a la tutela judicial, educación, sindicación, reunión y asociación (STC 236/2007, de 7 de noviembre)”, en *Aletheia. Cuadernos críticos del Derecho*, nº 4, 2007, pp. 64-108.

Martín y Pérez de Nanclares, J., “El reto de la inmigración. Sobre la conveniencia de una política común europea prevista en la Constitución Europea”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 11, octubre de 2006, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

____ “El reparto de poder entre la Unión Europea y los Estados miembros: en busca de mayor transparencia y mayor control”, en Alguacil González-Aurioles, J., y Vidal Beneyto, J. (coord.), *El reto constitucional de Europa*, Madrid, Dykinson, 2005, pp. 355-362.

____ “El nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia en el proyecto de Constitución para Europa”, en Vargas Gómez-Urrutia, M., y Salinas de Frías, A., *Soberanía del Estado y derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, vol. 2, Sevilla, Universidad, 2005, pp. 857-877.

____ *La inmigración y el asilo en la Unión Europea. Hacia un nuevo espacio de libertad, seguridad y justicia*, Madrid, Colex, 2002.

Martín Martín, J., “Análisis de las principales novedades del actual Reglamento de Extranjería”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 9, 2005, pp. 87-131.

Martín Valverde, A., “El contenido instrumental del derecho de libre circulación de trabajadores: del Tratado de Roma al Tratado de Ámsterdam”, en Hervás Ortiz, J., J. (dir.), *Libertad de circulación de trabajadores. Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro*, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 75-98.

Martínez Abascal, V., A., *Ciudadanía social y políticas migratorias de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2005.

Martínez Alarcón, M., L., “El inmigrante irregular: especial referencia a la mujer inmigrante objeto de explotación sexual”, en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 68, 2003, pp. 265-282.

Martínez Cuevas, M., D., “La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada* nº 5, 2002, pp. 141-173.

Martínez de Pisón Caveró, J., “La (no) política de inmigración y el Estado de Derecho”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 10, 2004, Jornadas sobre los inmigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración y derechos. Universidad de Valencia, 29 de octubre de 2004, recurso electrónico disponible en <http://www.uv.es/CEFD/10/pison.pdf>.

____ “¿Tienen derechos los inmigrantes?, Derechos humanos y procesos migratorios: paradojas y posibilidades”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho* nº 10, 2004, Jornadas sobre los inmigrantes como nuevos actores del desarrollo. Globalización, migración y derechos. Universidad de Valencia, 29 de octubre de 2004, recurso electrónico disponible en <http://www.uv.es/CEFD/10/pisondos.pdf>.

____ “Ciudadanía e Inmigración”, en Bernuz Benítez, M., J., y Susín Betrán, R. (coord.), *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión*, Logroño, Universidad de la Rioja, 2003, pp. 75-96.

____ *Tolerancia y derechos fundamentales en las sociedades multiculturales*, Madrid, Tecnos, 2001.

Martínez Larola, M., “Una aproximación a cómo se construye la imagen de los inmigrantes en la prensa gratuita”, en *Tonos digital: Revista electrónica de estudios filológicos*, nº 14, 2007, recurso electrónico disponible en <http://www.um.es/tonosdigital/znum14/secciones/tritonos-2-imagen-inmigrantes.htm>.

Martínez Pardo, V., J., *La detención y el internamiento de extranjeros*, tesis doctoral, Valencia, 2006.

Martiniello, M., *La Europa de las migraciones. Por una política proactiva de la inmigración*, Barcelona, Bellaterra, 2003.

____ “Inmigración y construcción europea: ¿hacia una ciudadanía multicultural de la Unión Europea?”, en Lamo de Espinosa, E. (edit.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, Alianza, 1995, pp. 225-242.

Martucelli, D., “Les contradictions politiques du multiculturalisme”, en Wieviorka, M. (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, París, La Découverte/Poche, 1997, pp. 61-82.

Massey, D., S. y Taylor, J., E., “Back to the future: immigration research, immigration policy, and globalization in the twenty-first century”, en Massey, D., S. y Taylor, J., E. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, Oxford, University Press, 2004, pp. 373-388.

Mateo Menéndez, F., “Una aproximación a la nueva ley de extranjería”, en *Jueces para la Democracia*, nº 40, 2001, pp. 9-16.

Mattera P., “Liberté, sécurité et justice (le programme de La Haye)”, en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, vol. 2/ 2005, pp. 363-368.

____ “Liberté, sécurité et justice (les nouvelles mesures de la Comisión en matière d'immigration et d'asile)”, en *Revue du Droit de l'Union Européenne*, vol. 3/ 2005, pp. 609-612.

Maza Martín, J., M., “El tratamiento del delincuente extranjero en el Derecho Penal Español”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 839-856.

Mc Cormick, N., “¿Es filosóficamente creíble el nacionalismo?”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, pp. 61-71.

Megías Quirós, J., J., “Dignidad, universalidad y derechos humanos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 22, 2005, pp. 247-263

Melón Muñoz, A., “La expulsión del territorio nacional en el ámbito de la extranjería”, en Méndez Canseco, J., F. (dir.), *Extranjería*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pp. 77-117.

Meloni, A., “The development of a common visa policy under the Treaty of Amsterdam”, en *Common Market Law Review*, vol. 42, nº 5, 2005, pp. 1357-1381.

Mendoza Navas, N., “Evolución de los derechos sociales en las leyes de extranjería”, en Serrano García, J., M^a y Mendoza Navas, N. (coord.), *Estudios sobre extranjería*, Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 65-89.

Mercader Uguina, J., R. y Moreno Solana, A., “De la movilidad de los trabajadores a la movilidad de los ciudadanos: notas al Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos comunitarios y sus familias”, en *Relaciones Laborales: revista crítica de teoría y práctica*, nº 13, 2007, pp. 67-98.

Mestre Delgado, J., F., “Art. 57 “Expulsión del territorio”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1261-1269.

____ “Art. 58. Efectos de la expulsión y devolución”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1271-1273.

____ “Art. 56. Prescripción de las infracciones y de las sanciones”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1251-1259.

Mestre i Mestre, R., “Inmigración, exclusión y género”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*; Segundas Jornadas Derechos humanos y libertades fundamentales, Zaragoza, Mira, pp. 97-109.

Meyers, E., *International immigration Policy. A Theoretical and comparative analysis*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2004, recurso electrónico disponible en www.ugr.es.

Mezzadra, S., *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Madrid, Traficantes de Sueños Mapas, 2005.

Mill, J., S., *El utilitarismo. Un sistema de la lógica*, Madrid, Alianza, 2002.

____ *Sobre la libertad*, Madrid, Alianza, 1988.

Miller, D., “Liberalism, Equal opportunities and cultural commitments”, en Kelly, P. (edit.), *Multiculturalism reconsidered: “Culture and equality” and its critics*, Cambridge, Polity Press, 2002, pp. 45-61.

____ *Sobre la nacionalidad: autodeterminación y pluralismo cultural*, Barcelona, Paidós, 1997.

Miquel Novajra, A., “La negación de la ciudadanía: movimientos migratorios y extranjería”, en Riutort, B. (coord.), *Indagaciones sobre la ciudadanía. Transformaciones en la era global*, Barcelona, Icaria, 2007, pp. 237-282.

Miraut Martín, L., “Los objetivos de las políticas de inmigración”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 335-352.

Miró Llinares, F., “Política comunitaria de inmigración y política criminal en España. ¿Protección o ‘exclusión’ penal del inmigrante?”, en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 10, 05, 2008, recurso electrónico disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-05.pdf>.

____ “Persona o enemigo: vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro “Derecho penal del enemigo” de Ghünter Jakobs y Manuel Cancio Meliá”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández*, nº 1, julio 2006 (ejemplar dedicado a la inmigración), recurso electrónico disponible en http://revistasocialesyjuridicas.umh.es/Revista/Contenido1_files/10-Miro-1.pdf.

Molina Navarrete, C., “Disposición transitoria tercera: proceso de normalización”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 51-58.

____ “La política de contingentes: funciones y disfunciones como instrumento de control de la inmigración”, en VV. AA., *Jornadas sobre la Ley de extranjería, Sus repercusiones en el ámbito laboral*, Granada, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, 2001, pp. 43-52.

Molina Navarrete, C., ... [et al.], *La inmigración extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, Madrid, Centros de Estudios Financieros, 2004.

Monar, J., “Comprehensive migration policy, the main elements and options”, en Hailbronner, K; Martin, D; y Motomura, H. (edit.), *Immigration Admissions: the search for workable policies in Germany and the United States*, vol. 3, Oxford, Berghahn Books, 1997, pp. 53-78.

Monclús Masó, M., “La expulsión del extranjero como sanción penal encubierta. Migración y cambio social”, en *Scripta Nova, Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, n° 94 (34), 1 de agosto de 2001, recurso electrónico disponible en <http://www.ub.es/geocrit/sn-94-34.htm>.

Monereo Pérez, J., L., y Fernández Avilés, J., A., “Art. 156. Retorno”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 893-902.

Monereo Pérez, J., L., y Triguero Martínez, L., Á., “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (I)”, en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, n° 6, 2008, pp. 329-363.

____ “Repensar los derechos sociales fundamentales de los extranjeros: a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007 de 7 de noviembre y 259/2007 de 19 de diciembre (y II)”, en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, n° 6, 2008, pp. 365-387.

Moraes, C., “The politics of European Union migration policy”, en *The Political Quarterly*, vol. 74, S1, agosto de 2003, pp. 116-131.

Moré Martínez, I., *La vida en la frontera*, Madrid, Marcial Pons, 2007.

Moreno Cruz, R., “Democracia y derechos fundamentales en la obra de Luigi Ferrajoli”, en *Universitas: revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 4, 2006, Universidad Carlos III. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, recurso electrónico disponible en <http://universitas.idhbc.es/n04/04-02.pdf>.

Moreno Fuentes, F., J., Arriba González de Durana, A., y Moreno Fernández, L., “Inmigración, diversidad y protección social en España”, en *Documentos de trabajo (CSIC. Unidad de Políticas Comparadas)*, n° 1, 2007, recurso disponible en <http://www.iesam.csic.es/doctrab2/dt-0701.pdf>.

Motomura, H., “The family and immigration, a roadmap for the Ruritanian lawmaker”, en Hailbronner, K; Martin, D; y Motomura, H. (edit.), *Immigration Admissions: the search for workable policies in Germany and the United States*, vol. 3, Oxford, Berghahn Books, 1997, pp. 79-119.

Moya Escudero, M., “Inmigración y ciudadanía de la Unión Europea”, en *Educación para la ciudadanía intercultural y democrática*, Madrid, La Muralla, en prensa.

____ “Inmigrante español/inmigrante extranjero: estudio del caso andaluz”, en *Diario La Ley*, n° 6985, 9 de julio de 2008, pp. 1-7.

____ “Atribución de la nacionalidad española y declaración de nacionalidad con valor de simple presunción”, en *Aranzadi Civil*, n° 11, octubre 2007, pp. 15-55.

____ “Delimitación del ámbito”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 53-85.

____ “De la autorización de trabajo y regímenes especiales”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 877-915.

____ “La autorización de trabajo por cuenta ajena”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 983-1065.

____ “Una visión de conjunto. ‘Nacionalidad, extranjería y acceso al mercado de trabajo’ ”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero, 2005, pp. 65-91.

____ “Nacionalidad e integración del trabajador extranjero”, en VV. AA., *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 2003, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, pp. 29-42.

____ “Derecho a la reagrupación familiar”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 673-707.

____ “Sujetos sometidos a autorización para realización de actividades lucrativas en España”, en VV. AA., *Jornadas sobre la Ley de extranjería, Sus repercusiones en el ámbito laboral*, 8 y 9 de marzo de 2001, Granada, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, 2001, pp. 9-22.

____ *Los derechos de los trabajadores no comunitarios en España*, Granada, Comares, 1999.

____ “Algunos aspectos de la inadmisión en territorio español de extranjeros procedentes de terceros países”, en Álvarez Rodríguez, A., ...[et al.], *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos “Ramón Carande”, 1994, pp. 89-97.

Moya Escudero, M., y Rueda Valdivia, R., *Régimen Jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, La Ley, 2003.

Moya Malapeira, D., “La evolución del sistema de control migratorio de entrada en España”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.), *Veinte años de inmigración en España, en Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, Fundació CIDOB, 2006, pp. 47-84.

Muir, E., “Libre circulation des citoyens de l’Union et liste noire de Schengen. (Arrêt “Commission c. Espagne” “liste noire du SIS””, en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, vol. 1/2006, pp. 172-177.

Muñoz Conde, F., “El nuevo Derecho penal autoritario: consideraciones sobre el llamado ‘Derecho penal del enemigo’”, en Portilla Conteras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, Akal, 2005, pp. 167- 176.

Murillo de la Cueva, P., L., “Notas sobre la posición de los extranjeros en el ordenamiento constitucional español”, en Fernández Le Gal, A., y García Cano, S. (dir.), *Inmigración y derechos de los extranjeros*, Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad, 2005, pp. 13-23.

Naïr, S., *Y vendrán...las migraciones en tiempos hostiles*, Barcelona, Bronce, 2006.

Naïr, S., y De Lucas Martín, F., J., *El desplazamiento en el mundo: inmigración y temáticas de identidad*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1998.

Nash, M., *Inmigrantes en nuestro espejo. Inmigración y discurso periodístico en la prensa española*, Barcelona, Icaria, 2005.

Nielsen, K., “Reconceptualizing Civil Society for Now: some somewhat Grascian Turnings”, en Walzer, M. (edit.), *Toward a Global Civil Society*, Oxford, 2002, pp. 41-67.

Nieto Martín, F., “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”, en *Jueces para la Democracia*, nº 41, 2001, pp. 23-28.

Nino, C., S., *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

Norman, W., “From nation-building to national engineering: the ethics of shaping identities”, en Máiz, R., y Requejo, F. (edit.), *Democracy, nationalism and multiculturalism*, Londres, Routledge, 2005, pp. 79-95.

Nussbaum, M., C., *Las fronteras de la justicia. Consideraciones sobre la exclusión*. Barcelona, Paidós, 2007.

Obregón García, A., “El extranjero ‘sin papeles’ como sujeto de derecho penal: algunas consideraciones jurídico-penales sobre extranjería a propósito de la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre”, en Rodríguez Palop, M., E.; Campoy Cervera, I.; Rey Pérez, J., L. (edit.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 103-129.

O’Leary, B., “El diagnóstico de Gellner sobre el nacionalismo: una visión general crítica, o ¿qué sigue vivo y qué está muerto en la filosofía del nacionalismo de Gellner?”, en Hall, J. (edit.), *Estado y nación. Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo*, Cambridge, University Press, 2000, pp. 64-123.

O’ Leary, S., “European Communities and EEA-Putting Flesh on the Bones of European Union Citizenship-Court of Justice, judgment of May 12, 1998 Case C-85/96 - *Maria Martinez Sala v. Freistaat Bayern*”, en *European Law Review*, 24 (1), 1999, pp. 68-79.

____ “The relationship between community citizenship and the protection of fundamental rights in community law”, en *Common Market Law Review*, vol. 32, 1995, pp. 519-554.

Olesti Rayo, A., “Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - Sentencia de 31.01.2006, Comisión c España, C-503/03. Libre circulación de personas, sistema de información de Schengen. Lista de no admisibles”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 25, 2006, pp. 989-1001.

____ “El derecho de desplazamiento y residencia del ciudadano europeo a la luz de la Directiva 2004/38 del Parlamento Europeo y del Consejo”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 10, mayo 2005, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

____ “Unión Europea”, en Aja , E., y Díez. L. (edit.), *La regulación de la inmigración en Europa*, Barcelona, Colección Estudios Sociales, nº 17, Fundación la Caixa, 2005, pp. 277-313.

____ “El estatuto de los residentes de larga duración: comentario a la Directiva 2003/109 de 25 de noviembre de 2003”, en *Revista General de Derecho Europeo, Comentarios de legislación* nº 4, mayo 2004, recurso disponible en www.iustel.com/revistas/detalle.

____ “La ampliación de la Unión Europea y la libre circulación de trabajadores”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 19, 2004, pp. 709-749.

____ “El Acuerdo de asociación con Turquía y el régimen jurídico de los trabajadores de nacionalidad turca en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 7, 2000, pp. 49-89.

Okólski, M., “The effects of political and economic transition on international migration in central and eastern Europe”, en Massey, D., S., y Taylor, J., E. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, Oxford, University Press, 2004, pp. 35-58.

Oliva Martínez, J., D., “Derecho del mar e inmigración irregular”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 17, 2008, pp. 265-289.

Oliván López, F., “Los extranjeros y la soberanía. Para una nueva definición de la ciudadanía”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 165-185.

____ “El extranjero y lo nacional”, en *Diccionario crítico de Ciencias Sociales*, recurso electrónico disponible en http://www.ucm.es/info/eurotheo/diccionario/E/extranjero_nacional.htm.

Ontiveros Valera, F., “El extranjero autor de infracciones penales”, en *Estudios jurídicos del Ministerio Fiscal*, IV-2002, Madrid, pp. 271-310.

Ordóñez Solís, D., “Los nacionales no comunitarios en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea”, en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, año 59, nº 1983, 2005, pp. 441-447.

____ “Ciudadanos de la Unión, trabajadores no comunitarios y libre circulación: tendencias constitucionales y desarrollos jurisprudenciales en la Unión Europea”, en *Unión Europea Aranzadi*, vol. 29, nº 1, 2002, pp. 5-14.

Orihuela Calatayud, E., “Asilo y refugiados: ¿solidaridad o seguridad?”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 22, 2004, pp. 189-222.

Ortega Jiménez, A., y Heredia Sánchez, L., S., “El derecho al voto de los extranjeros en las elecciones municipales españolas. ¿Integración o interés?”, en *Anuario mexicano de Derecho internacional*, vol. VIII, 2008, pp. 587-598.

Ortega Martín, E., *Manual práctico de Derecho de extranjería*, Madrid, Europea de Derecho, 2003.

Ortiz de Ubina Gimeno, I., “¿Y ahora qué? La criminología y los criminólogos tras el declive del ideal resocializador”, en *Revista de libros*, nº 111, marzo 2006, pp. 3-8.

Pajares Alonso, M., “Inmigración y políticas de integración”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)*), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_14.htm.

____ *La inmigración en España. Retos y propuestas*, Barcelona, Icaria, 1998.

Palomar Olmeda, A., “Aproximación al régimen jurídico del internamiento de extranjeros”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 463-486.

____ “Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia”, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, año XIV, nº 637, 23 de septiembre de 2004, pp. 1-9.

Palomeque, M., C., “El ámbito subjetivo de aplicación de la libertad de circulación de trabajadores (El concepto de trabajador en el Derecho Comunitario europeo: La jurisprudencia del Tribunal de Justicia)”, en Hervás Ortiz, J., J. (dir.), *Libertad de circulación de trabajadores*.

Aspectos laborales y de seguridad social comunitarios. Presente y futuro, Cuadernos de Derecho Judicial, VII, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2002, pp. 35-74.

Palos Nadal, M., “La reagrupación familiar en el derecho español. Especial consideración de la situación jurídica de los ascendientes de españoles con posterioridad al RD 240/2007”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 579-604.

Parekh, B., *Repensando el multiculturalismo. Diversidad cultural y teoría política*, Madrid, Istmo, 2005.

_____, “Dilemmas of a multicultural theory of citizenship”, en *Constellations*, vol. 4, nº 1, Oxford, 1997, pp. 54-62.

Peces-Barba Martínez, G., “Reflexiones sobre la evolución histórica y el concepto de dignidad humana”, en Rodríguez Palop, M., E.; Campoy Cervera, I.; Rey Pérez, J., L. (edit.), *Desafíos actuales a los derechos humanos: la violencia de género, la inmigración y los medios de comunicación*, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 15-36.

Peces Morate, J., E., “Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso”, en Álvarez-Cienfuegos Suárez, J., M. (dir.), *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial VIII*, Madrid, 2001, Consejo General del Poder Judicial, pp. 231-258.

Pedrajas Pérez, F., “Igualdad y no discriminación del trabajador extranjero en España”, en VV. AA., *Jornadas sobre la Ley de extranjería, Sus repercusiones en el ámbito laboral*, 8 y 9 de marzo de 2001, Granada, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, 2001, pp. 75-106.

Peers, S., “Implementing equality? The Directive on long-term resident third-country nationals”, en *European Law Review*, vol. 29, 2004, pp. 437-460.

Peláez Marón, J., M., “La entrada en España de inmigrantes irregulares y el Derecho internacional humanitario”, en Del Valle Gálvez, J., A., y Acosta Sánchez, M., Á. (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Cádiz, Serie de estudios internacionales y europeos, Servicio de Publicaciones Universidad, 2005, pp. 27-39.

Pelè, A., “Una aproximación al concepto de dignidad humana”, en *Universitas: revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 1, 2004-2005, Universidad Carlos III. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, recurso electrónico disponible en <http://universitas.idhbc.es/n01/0103pele.pdf>.

Pennix, R., y Martiniello, M., “Integration Processes and Policies: State of the Art and Lessons”, en Penninx, R., ...[et al.], (edit.), *Citizenship in European Cities, Immigrants, local politics and integration policies*, Aldershot, Ashgate, 2004, pp. 139-163.

Peña Echeverría, J., “La Carta de Derechos Fundamentales y la ciudadanía europea”, *Revista de Estudios Europeos*, 2003, pp. 63-83.

Peral Fernández, L., “Límites jurídicos al discurso político sobre el control de flujos migratorios: non refoulement, protección en la región de origen y cierre de fronteras europeas”, en *Revista electrónica de estudios internacionales*, nº 11, 2006, recurso electrónico disponible en [http://www.reei.org/reei%2011/L.Peral\(reei11\).pdf](http://www.reei.org/reei%2011/L.Peral(reei11).pdf).

Pérez-Agote Poveda, A., “Reflexiones sobre el multiculturalismo que nos viene”, en Lamo de Espinosa, E. (edit.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, Alianza, 1995, pp. 81-102.

Pérez Alonso, E., J., *Tráfico de personas e inmigración clandestina (Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Valencia, Tirant monografías, 2007.

Pérez Carrillo, E., F., “Protección de los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario europeo actual”, en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. VII, 2007, pp. 583-622.

Pérez Cepeda, A., I., “El paradigma de la seguridad en la globalización: guerra, enemigos y orden penal”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 95-138.

Pérez-Luño, A., E., “La universalidad de los derechos humanos”, en López García, J., A., y Del Real, A. (edit.), *Los derechos: entre la Ética, el poder y el Derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 51-68.

____ *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1988.

Pérez González, C., “Los diferentes estatutos jurídicos de los migrantes. El marco jurídico internacional de las migraciones. Algunas consideraciones sobre la protección de los derechos humanos de los inmigrantes: acerca del derecho a ser inmigrante”, en Mariño Menéndez, F., M. (coord.), *Un mundo sin desarraigo. El Derecho internacional de las migraciones*, Madrid, Catarata, 2006, pp. 198-217.

____ “La Directiva del Consejo sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado en el marco del sistema común de asilo de la Unión Europea”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 11, octubre de 2006, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

Pérez Martín, E., “España y la Unión Europea ante el fenómeno de la inmigración: avances en el trato justo a los residentes legales en los Estados miembros”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 1041-1068.

____ “La entrada y residencia de los cónyuges de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea (STJCE de 23 de septiembre de 2003, asunto *Akrich* C-109/01)”, en *Revista europea de derechos fundamentales*, nº 3, 2004, pp. 121-153.

Pérez Sola, N., “La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 17, 2008, pp. 33-57.

Pérez Vera, E., “Citoyenneté de l’Union Européenne, nationalité e condition des étrangers”, en *Recueil des cours*, vol. 261, 1996, pp. 243-425.

____ “La ciudadanía europea en el Tratado de Maastricht”, en Pérez González, M. (coord.), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: estudios en Homenaje al Profesor Díez de Velasco*, Madrid, 1993, pp. 1123-1148.

____ “El Tratado de la Unión Europea y los derechos humanos”, en *Revista de instituciones europeas*, nº 2, Centro de Estudios constitucionales, 1993, pp. 459-484.

____ “De los españoles y extranjeros”, en *Revista de Derecho Político*, nº 36, 1992, pp. 73-88.

____ “La Constitución de 1978 y el Derecho internacional privado español : normas en materia de nacionalidad y extranjería”, en *Revista de Derecho Público*, nº 86, marzo de 1982, pp. 5-25.

Pérez Vera, E., y Abarca Junco, A., P., “Comentarios al artículo 13 de la Constitución”, en Alzaga Villamil, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Madrid, Edersa, 1996, pp. 185-240.

Pérez Villalobos, M., C., “La cultura de los derechos fundamentales en Europa. Los derechos de los inmigrantes extracomunitarios y el nuevo concepto de ciudadanía”, en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura*, Estudios en homenaje a Peter Häberle, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 701-714.

____ “Nuevos desarrollos en materia de derechos fundamentales en los ordenamientos europeos: la situación jurídica del extranjero”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, nº 5, 2002, pp. 229-255.

____ “Libertad de circulación y residencia”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 535-536.

Picó Lorenzo, C., “Nuestra errática normativa sobre extranjería: especial referencia a las regularizaciones y al arraigo”, en *Jueces para la Democracia*, nº 43, 2001, pp. 62-71.

Pisarello, G., “Ferrajoli y los derechos fundamentales: ¿qué garantías?”, en *Jueces para la Democracia*, nº 41, 2001, pp. 3-10.

Pisarello, G., y Aparicio Wilhemi, M., “Multiplicar las fronteras, externalizar el control”, en *Viento sur: por una izquierda alternativa*, nº 89, 2006, pp. 111-116.

Plender, R., “Quo vadis? Nouvelle orientation des règles sur la libre circulation des personnes suivant l’affaire Akrich”, en *Cahiers de Droit Européen*, vol. 1-2, 2004, pp. 261-288.

Polo Sánchez, M., C., “Art. 96. De la situación de residencia a la de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 591-593.

____ *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*, Madrid, Consejo Económico y Social, 1994.

Pomares Cintas, E., “Las incongruencias del derecho penal de la inmigración ilegal. Especial referencia al delito de promoción o favorecimiento de la inmigración clandestina de trabajadores a España (art. 313.1 CP)”, en Zugaldía Espinar, J., M. (dir.); Pérez Alonso, E., J. (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 297-317.

____ “La inmigración laboral del extranjero en el Derecho penal”, en Portilla Contreras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, Akal, 2005, pp. 221-258.

Pomed Sánchez, L., “Algunas consideraciones sobre la situación actual del Derecho de inmigración en España”, en VV. AA., *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 53-94.

Portilla Contreras, G., “El Derecho penal ante la nueva representación totalitaria de la soberanía nacional: la inmigración ilegal”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García,

E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 249-261.

____ “La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y posmodernistas”, en Zugaldía Espinar, J., M. (dir.); Pérez Alonso, E., J. (coord.), *El Derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 9-29.

____ “Los excesos del formalismo jurídico neofuncionalista en el normativismo del Derecho penal”, en Portilla Contreras, G. (coord.), *Mutaciones de Leviatán*, Madrid, Akal, 2005, pp. 57-85.

____ “Globalización del antiterrorismo. El retorno del derecho penal al estado de naturaleza”, en *Viento sur: por una izquierda alternativa*, nº 83, 2005, pp. 31-44.

____ “Fundamentos teóricos del derecho penal y procesal-penal del enemigo”, en *Jueces para la Democracia*, nº 49, 2004, pp. 43-50.

Prieto Olmos, L., y Rubio Blanqué, J., Extranjeros en las Fuerzas Armadas; una visión general, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 223-238.

Puerta Vilchez, J., M., “Art. 41. Excepciones a la autorización de trabajo”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1071-1092.

____ “Art. 40. Supuestos específicos”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1072-1092.

____ “Disposición adicional cuarta. Inadmisión a trámite de solicitudes”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1369-1389.

____ “La regularización de extranjeros”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 391-424.

____ “El contingente de trabajadores extranjeros”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 377-390.

Puerta Vilchez, J., M., y Ureña Salcedo, J., A., “Comentario a la Disposición Adicional tercera, glosada conjuntamente con la DA Primera”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 1341-1367.

Quassoli, F., “The judicial system and the social construction of migrants’ criminality : the case of Milan”, en Body-Gendrot, S., y Martiniello, M. (edit.), *Minorities in European cities. The dynamics of social integration and social exclusion at the neighbourhood level*, Nueva York, Palgrave Mac Millan, 2000, pp. 203-216.

Quesada Alcalá, C., “A vueltas con Europa y su política de asilo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Asunto Salah Sheekh c. Países Bajos* de 11 de enero de 2007”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 13, mayo 2007, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

____ “Las normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Comentario a la Directiva 2005/85/CE del Consejo, de 1 de diciembre de 2005”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 12, enero de 2007, disponible en www.iustel.com.

Quesada Castro, F., “Política y cultura ¿una relación agonística?”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, Anthropos, 2001, pp.55-93.

Quirós Fons, A., *La reagrupación familiar de extranjeros en España: régimen aplicable y propuestas*, tesis doctoral, Murcia, 2006, recurso electrónico disponible en www.tdr.cesca.es/TDX/TDR_UM/TESIS/AVAILABLE/TDR-0920106-135136//QuirosFons.pdf.

____ “Derecho a la reagrupación familiar”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero, 2005, pp. 199-226.

____ “Familiares extracomunitarios, protagonistas del RD 178/2003. Futura incidencia de la propuesta de Directiva sobre libre circulación”, en *Migraciones*, nº 15, 2004, pp. 223-260.

____ “Derecho comunitario de extranjería: Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar y reforma del Derecho interno español”, en *Anales de Derecho* nº 21, 2003, pp. 383-415.

Raj, D., S., “*Where Are You From?: Middle Class Migrants in the Modern World*”, Ewing, NJ, USA, University of California, 2003, recurso electrónico disponible en www.ugr.es.

Ramiro Avilés, M., A., “El derecho al sufragio activo y pasivo de los inmigrantes, una utopía para el siglo XXI”, en *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, nº 18, época II, enero 2008, pp. 97-124.

Ramos Quintana, M., I., “Los derechos fundamentales laborales de los extranjeros en España (libertad sindical y huelga): la corrección constitucional debida”, en *Revista de Derecho social*, nº 42, 2008, pp. 45-75.

____ “Una política de inmigración para un modelo de inmigración: la integración a través del empleo”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 21-34.

____ “Inmigración y globalización económica”, ¿un lugar para el Derecho del Trabajo?”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 13-31.

____ “Disposición Adicional Decimonovena. Facilitación de la entrada y residencia de los familiares de ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, no incluidos en el ámbito de aplicación del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*. Valladolid, 2007, Lex Nova, pp. 1011-1015.

____ “Trabajadores extranjeros y mercado de trabajo: nuevas vías y modalidades de contratación”, en *Justicia laboral: Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 23, 2005, pp. 13-40.

Ranciére, J., “Ciudadanía, cultura y política”, en Elbaz, M., y Helly, D. (dir.), *Globalización, ciudadanía y multiculturalismo*, Granada, Maristán, 2002, pp. 71-84.

Rawls, J., *Teoría de la justicia*, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 2002.

Raz, J., “Multiculturalism”, en *Ratio Iuris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, vol. 11, nº 3, septiembre 1998, pp. 193-205.

Reermann, O., “Readmission Agreements”, en Hailbronner, K; Martin, D; y Motomura, H. (edit.), *Immigration Admissions: the search for workable policies in Germany and the United States*, vol. 3, Oxford, Berghahn Books, 1997, pp. 121-145.

Rega Rodríguez, A., “El trabajo de los extranjeros en España”, en Presno Linera, M., Á. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant monografías, 2004, pp.233-260.

Remiro Brotóns, A., “Unión Europea: ¿sólo cabezas rapadas frente a inmigrantes bravos?”, en Lamo de Espinosa, E. (edit.), *Culturas, Estados, ciudadanos. Una aproximación al multiculturalismo en Europa*, Madrid, Alianza, 1995, pp. 151-196.

Requejo, F., “Cultural pluralism, nationalism and federalism: a revisión of democratic citizenship in plurinational States”, en *European Journal of Political Research* 35, Países Bajos, Kluwer Academic Publishers, 1999, pp. 255-286.

Resta, E., “La comunidad inconfesable y el derecho fraterno”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 211-233.

____ “El derecho fraterno, igualdad y diferencia en el sistema de derecho”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, pp.187-207.

Ridao, J., M., “Populismo, democracia, inmigración”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 185, septiembre de 2008, pp. 23-27.

Ridola, P., “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el desarrollo del constitucionalismo europeo”, en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 463-484.

Rigamonti, C., P., “Deconstructing moral rights”, en *Harvard international law journal*, vol. 47, nº 2, 2006, pp. 353-412.

Rigoni, I., “Europa, Turquía y sus emigrantes: unas relaciones multiangulares”, en Aubarell, G., y Zapata Barrero, R. (edit.), *Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 133-160.

Rodríguez Barrigón, J., M., “La extranjería en la Unión Europea”, en *Anales de Derecho*, nº 17, 1999, pp.171-213.

Rodríguez Benot, A., e Ybarra Bores, A., “La situación de estancia de los extranjeros en España”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, Murcia, Diego Marín Librero, 2005, pp. 377-388.

Rodríguez Candela, J., L., *La inmigración, una alternativa solidaria*, 2001, recurso electrónico disponible en http://www.fdacomin.org/seminaris/2001_immigrants/rodriguez_esp.pdf.

____ “La expulsión del extranjero en el nuevo Código Penal”, en *Jueces para la Democracia*, nº 33, 1998, pp. 59-70.

Rodríguez Candela, J., L., y Dorado Nogueras, F., “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 835-908.

Rodríguez Crespo, M., J., “El derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Comentario de la Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004”, en *Revista General de Derecho Europeo* nº 16, 2008, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

Rodríguez-Drincourt Álvarez, J., “Exigencia de visado”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 111-114.

Rodríguez Gómez, M., “Sanciones”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero, 2005, pp. 643-662.

Rodríguez González, M., del P., “Expulsión *versus* devolución en la vigente Ley sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en *Justicia Administrativa*, nº 21, 2003, pp. 21-51.

Rodríguez Mesa, M., J., “Instrumentos jurídicos para la gestión y el control de los flujos migratorios Marruecos-España”, en *Entelequia: revista interdisciplinar*, nº 4 (ejemplar dedicado a: inmigración), junio 2007, pp. 219-238.

____ “Derechos de los ciudadanos extranjeros en el ordenamiento jurídico español”, en Del Valle Gálvez, J., A., y Acosta Sánchez, M., Á. (edit.), *Inmigración irregular y Derecho. VIII jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario*, Cádiz, Serie de estudios internacionales y europeos de Cádiz, Servicio de Publicaciones Universidad, 2005, pp. 151-157.

Rodríguez Pérez, A., ...[et al.], “Los turistas nos visitan, los inmigrantes nos invaden. Un estudio de la percepción de amenaza desde el concepto de grupalidad percibida”, en *Revista de Psicología Social*, vol. 23, nº 1, 2008, pp. 41-52.

Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “Los dilemas de la política de inmigración”, en VV. AA., *Jornadas sobre la Ley de extranjería, Sus repercusiones en el ámbito laboral*, 8 y 9 de marzo de 2001, Granada, Escuela Universitaria de Relaciones Laborales, 2001, pp. 153-174.

Rodríguez Piñero-Royo, M., C., “Principio de igualdad y estatuto del trabajador inmigrante”, en *Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, nº 1, 2001, pp. 91-106.

Rodríguez Sanz de Galdeano, B., “Art. 88. Renovación”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 541-544.

Rodríguez Vázquez, M., A., “Los requisitos para la entrada”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero Murcia, 2005, pp. 345-357.

____ “Consideración específica del requisito del visado”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.) *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero, 2005, pp. 359-372.

Rodríguez-Zapata, J., *Teoría y práctica del Derecho constitucional*, Madrid, Tecnos, 1996.

Rodríguez Zepeda, J., “Identidades, demandas de igualdad y Estado de Derecho”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, Anthropos, 2001, pp. 97-115.

Roma Valdés, A., “La sustitución de las penas cortas de prisión en el caso de delincuentes extranjeros”, en *Actualidad Penal*, nº 35, 1999, pp. 849-868.

Rojo Torrecilla, E., “Art. 78. Contenido del contingente”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 485-488.

Rojo Torrecilla, E., y Camós Victoria, I., “La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2394/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 8, 2005, pp. 83-106.

Rubio Arribas, F., J., “Las personas con barreras lingüísticas: inmigración económica y su proceso de normalización en la sociedad madrileña”, en *Nómadas: revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, nº 17, 2008, recurso electrónico disponible en <http://www.ucm.es/info/nomadas/17/fjrarribas2.pdf>.

Rubio Carracedo, J., ...[et al.], *Ciudadanía, nacionalismo y derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2000.

Rubio Castro, A., “El derecho a la igualdad y a la no discriminación”, en Monereo Pérez, J., L., ...[et al.] (dir.), *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, 2002, pp. 927-978.

____ “Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp. 763-807.

Rubio Castro, A., y Moya Escudero, M., “Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, 2003, pp. 105-153.

Rubio Lorente, F., “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”, en *Fundamentos: cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, nº 4, 2006, pp. 203-233.

Rubio Marín, R., “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias occidentales”, en VV.AA., *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2004, pp. 11-51.

Rubio Marín, R., “El reto democrático de la inmigración ilegal (A la luz del debate actual en España)”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 36, 2002, pp. 173-196.

____ *Immigration as a democratic challenge: citizenship and inclusion in Germany and the United States*, Cambridge, University Press, 2000.

Rueda Valdivia, R., “Art.10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 239-300.

____ “Eficacia en España de los títulos y estudios extranjeros de educación superior”, en VV. AA., *IV Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 2006, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, pp. 41-64.

____ “Derecho a la asistencia sanitaria”, en Esplugues Mota, C. (coord.), *Comentarios a la Ley de extranjería*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pp. 329-359.

____ “Los títulos y estudios extranjeros y su eficacia en España”, Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, 2005, Diego Marín Librero, pp. 563-610.

____ “Régimen de los estudiantes extranjeros en España”, en Moya Escudero, M. (coord.), *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, Granada, Comares, 2001, pp 73-107.

Rufino, A., “La cultura de la mediación: derecho y derechos en la era global”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 37, 2003, pp. 359-367.

Ruiz Castillo, M., del M., “Art. 104. El visado”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 633-638.

____ “Marco legal de la inmigración en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho Social*, nº 21, 2003, pp. 29-48.

Ruiz Legazpi, A., *El arraigo familiar en España*, 2004, recurso electrónico disponible en http://www.pcb.ub.es/idp/cat/2_recerca/immig/pdf/tj_ruiz.pdf.

Ruiz Rodríguez, V., “Ciudadanía y nacionalismo frente a la libre circulación de personas en la Unión Europea”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 4, 2003, pp. 85-104.

Saavedra López, M., “La Constitución como objeto y como límite de la cultura”, en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura*, homenaje a Peter Häberle, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 149-154.

____ “La universalidad de los derechos humanos en un mundo complejo: igualdad moral y diferencias jurídicas”, en VV. AA., *El vínculo social: ciudadanía y cosmopolitismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 239-276.

Sacristán Romero, F., “Situación legal de los trabajadores extranjeros estables y temporeros en España”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 11, 2006, pp. 41-52.

____ “Convenios bilaterales internacionales en materia laboral”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, nº 701, 23 marzo de 2006, pp. 1-6.

Sáez Lara, C., “Las condiciones de acceso al mercado de trabajo de los trabajadores extracomunitarios”, en VV. AA., *III Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 2003, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, pp. 43-59.

Sáez Valcárcel, R., “Inmigración clandestina, mafias y lucha contra los pobres. Un tipo penal indecente”, en *Jueces para la Democracia*, nº 54, 2005, pp. 12-19.

Sagarra i Triás, E. “El contrato de integración individual con los inmigrantes: ¿es una medida electoral o es un negocio jurídico?”, 18 de febrero de 2008, recurso electrónico disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/CONTRATOINTEGRACION.pdf>.

____ “Los derechos políticos de los extranjeros en España: Derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 321-343.

____ “Consecuencias jurídicas de la irregularidad: el extranjero inmigrante irregular residente empadronado trabajando y con orden de expulsión: ¿una nueva situación legal?”, en *Documentos CIDOB*, serie Migraciones, nº 3, 2004, pp. 5-16.

____ “Inmigración en la Unión Europea: normativa y políticas comunitarias”, en *Papeles de economía española* (Ejemplar dedicado a: Inmigración en España), nº 98, 2003, pp. 34-44.

____ “Los derechos políticos y públicos de los extranjeros en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre de 2000”, en Álvarez-Cienfuegos Suárez, J., M. (dir.), *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial VIII, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 39-68.

____ “Factores condicionantes de una política española de inmigración”, en Álvarez Rodríguez, A., ...[et al.], *Alternativas a una política de inmigración*, Madrid, Centro de Estudios Superiores Sociales y Jurídicos “Ramón Carande”, 1994, pp. 109-117.

____ *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España. Protección jurisdiccional y garantías*, Barcelona, Bosch, 1991.

Sánchez Castrillo, G., “Trabajadores de ida y vuelta: nuevo reglamento de extranjería”, en *Lex Nova: la revista*, nº 39, 2005, recurso electrónico disponible en http://www.lexnova.es/pub/ln/revistas/revista/ln/Revista39/02_Informe.pdf.

Sánchez Jiménez, M. Á., “La articulación del Derecho de extranjería”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero, 2005, pp. 95-104.

____ “Derechos del ámbito personal”, en Sánchez Jiménez, M., Á. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)*, Murcia, Diego Marín Librero, 2005, pp. 169-197.

____ “El status jurídico del hijo de extranjeros nacidos en España. Nacionalidad y normativa de extranjería”, en *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, nº 22, 2004, pp. 223-237.

Sánchez Lorenzo, S., “La contaminación del Derecho de familia por el Derecho de extranjería: el ejemplo de los matrimonios de conveniencia”, en VV. AA., *Derechos humanos e inmigración: una aproximación al tratamiento jurídico, social y laboral de los extranjeros*, jornadas celebradas los días 22, 23, 24 y 25 de mayo de 2002, Motril, Ayuntamiento, 2003, pp. 67-92.

____ “La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia”, en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria de Rafael Arroyo Montero*, Madrid, Iprolex, 2003, pp. 258-260.

Sánchez-Covisa Villa, J., “Ministerio Fiscal, extranjería e inmigración”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho*, Barcelona, Bosch, 2008, pp.377-401.

Sánchez-Rodas Navarro, C., “Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 297-314.

Sánchez-Urán Azaña, Y., “Derecho a la protección social como factor de integración del inmigrante: la dialéctica universalidad/ ciudadanía”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, p. 249-296.

Sanfrutos Cano, E., “Espace de liberté, de sécurité et de justice (Arrêt ‘Parlement c. Conseil Directive réunification familiale’)”, en *Revue du Droit de l’Union Européenne*, vol. 3/2006, pp. 702-706.

San Martín Mazzucconi, S., “El acceso de los extranjeros al mercado de trabajo: régimen general y contingente”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 139-174.

Santamaría Lorenzo, E., *La incógnita del extraño. Una aproximación a la significación sociológica de la “inmigración no comunitaria”*, Barcelona, Anthropos, 2002.

_____, “Imaginación sociológica y migraciones transnacionales”, en García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, Laboratorio de Estudios interculturales, 2002, pp. 371-379.

Santamaría Pastor, J., A., “Comentario al artículo 19”, en Garrido Falla, F., ...[et al.], *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 445-459.

Santana Ramos, E., “Hacia una integración real de la inmigración en la sociedad receptora”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 395-404.

Santolaya Machetti, P., “Los inmigrantes en situación irregular: derechos, expulsión y regularización (1990-2004)”, en Aja, E., y Arango, J. (edit.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Barcelona, Fundació CIDOB, 2006, pp. 129-141.

_____, España”, en Aja, E., y Díez, L. (edit.), *La regulación de la inmigración en Europa*, Barcelona, Colección Estudios Sociales, núm, 17, Fundación la Caixa, 2005, pp. 242-276.

Santolaya Machetti, P., y Revenga Sánchez, M., *Nacionalidad, extranjería y derecho de sufragio*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2007.

Sarmiento, D., “Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución española”, en *Civitas. Revista española de Derecho europeo*, nº 15, 2005, pp. 375-411.

Sassen, S., *¿Perdiendo el control? La soberanía en la era de la globalización*, Barcelona, Bellaterra, 2001.

Sassier, M., “La exclusión no existe, yo la encontré”, en Karsz, S. (comp.), *La exclusión: bordeando sus fronteras. Definiciones y matices*, Barcelona, Gedisa, 2004, pp. 87-109.

Sahuí, A., “El inmigrante como ‘paria’. Arendt y la identidad política”, en *Cuadernos de Alzate, Revista vasca de la cultura y las ideas*, nº 36, 2007, pp. 81-96.

Sauquillo González, J., “El discurso crítico de la modernidad: M. Foucault”, en Vallespín Oña, F. (coord.), *Historia de la Teoría Política, vol. 6, la reestructuración contemporánea del pensamiento político*. Madrid, Alianza, 1992, pp. 259-305.

Schmitt, C., *El concepto de lo político*, Madrid, Alianza, 1991.

_____, *La defensa de la Constitución. Estudio acerca de las diversas especies y posibilidades de salvaguardia de la Constitución*, Madrid, Tecnos, 1983.

_____, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza, 1982.

Schnapper, D., *La comunidad de los ciudadanos. Acerca de la idea moderna de nación*, Madrid, Alianza, 2001.

Schuck, P., H., “Law and the study of migration”, en Brettell, C., B., y Hollifield, J., F. (edit.), *Migration Theory, Talking across disciplines*, Nueva York, Londres, Routledge, 2000, pp. 187-204.

Seguí, L., *España ante el desafío multicultural*, Madrid, Siglo XXI, 2002.

Serrano Alberca, J., M., “Comentario al artículo 13”, en Garrido Falla, F., ...[et al.], *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, 2001, pp. 228-269.

Serrano García, J., M., “Política comunitaria de inmigración”, en Serrano García, J., M., y Mendoza Navas, N. (coord.), *Estudios sobre extranjería*, Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 37-63.

Serrano-Piedecabras, J., R., “Los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros”, en Lorenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, Tirant monografías, 2002, pp. 309-343.

Serrano Villamanta, J., F., “La residencia por circunstancias excepcionales. El arraigo”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 553-578.

Shapiro, I., “Democratic Justice and Multicultural Recognition”, en Kelly, P. (edit.), *Multiculturalism reconsidered: “Culture and equality” and its critics*, Cambridge, Polity Press, 2002, pp. 174-183.

Silveira Gorski, H., C., “Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en Bergalli, R. (coord.), *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 539-576.

____ “Democracia, multiculturalidad y extranjería”, en Zamora, J., A. (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración*. Primeras Jornadas sobre ciudadanía, multiculturalidad e inmigración organizadas por el Foro “Ignacio Ellacuría” Solidaridad y Cristianismo, Estella, Verbo Divino, 2003, pp. 59-71.

____ “La vida en común en sociedades multiculturales”, en Silveira Gorski, H., C. (coord.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 11-43.

____ “Desarraigo y democracia de las diferencias”, en Bergalli, R., y Resta, E. (comp.), *Soberanía, un principio que se derrumba: aspectos metodológico y jurídico-políticos*, Barcelona, Paidós, 1996, pp. 73-90.

Sola Reche, E., “Art. 142. Extranjeros procesados o inculcados en procedimientos por delitos o faltas”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 815-821.

____ “Específicas limitaciones de la libertad permitidas por la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en Lorenzo Copello, P. (coord.), *Inmigración y Derecho penal. Bases para un debate*, Valencia, Tirant monografías, 2002, pp. 345-374.

Solans Puyuelo, F., “Introducción al Derecho sancionador de extranjería”, en Balado Ruiz-Gallegos, M. (dir.), *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Barcelona, Bosch, 2008, pp. 605-629.

Solanes Corella, Á., “La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate”, en *Derechos y libertades. Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, nº 18, época II, enero 2008, pp. 67-95.

____ “Integración sin derechos: de la irregularidad a la participación”, en *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006 (Ejemplar dedicado a las *Jornadas Unión Europea, políticas de inmigración y Derechos Humanos. (Valencia, 26 y 27 de octubre de 2006)*), recurso electrónico disponible en http://www.uv.es/CEFD/Index_14.htm.

____ “La ‘paradoja’ del principio de control de flujos migratorios”, en Miraut Martín, L. (edit.), *Justicia, migración y derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, pp. 405-418.

____ “Los procesos extraordinarios de regulación de inmigrantes: algunas alternativas”, García Castaño, F., J., y Muriel López, C. (edit.), *La inmigración en España, contextos y alternativas, ponencias del tercer Congreso de inmigración*, Granada, Laboratorio de Estudios interculturales, 2002, pp. 579-587.

____ “La situación jurídica del extranjero irregular en España”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Segundas Jornadas Derechos humanos y libertades fundamentales, Zaragoza, Mira, 2001, pp. 237- 263.

Solanes Corella, Á., y Cardona Rubert, M., B., *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Valencia, Tirant lo Blanch, Colección laboral nº 164, 2005.

Solé Puig, C., (coord.), *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, Barcelona, Anthropos, 2001.

Solé Puig, C., y Parella Rubio, S., “Identidad colectiva y ciudadanía supranacional”, en *Papeles de economía española*, nº 98 (Ejemplar dedicado a: Inmigración en España), 2003, pp. 166-181.

____ “La inserción de los inmigrantes en el mercado de trabajo. El caso español”, en Solé Puig, C. (coord.), *El impacto de la inmigración en la economía y en la sociedad receptora*, Barcelona, Anthropos, 2001, pp. 13-30.

Sorroza Blanco, A., *La Conferencia Euroafricana de migración y desarrollo: más allá del espíritu de Rabat*, 28 de agosto de 2006, recurso electrónico disponible en <http://www.realinstitutoelcano.org/analisis/1028.asp>.

Soto Moya, M., “Acceso al mercado laboral español de los familiares nacionales de terceros Estados de españoles y comunitarios (análisis de las novedades introducidas por el RD 240/2007, de 16 de febrero)”, en *Diario La Ley*, nº 7001, 31 de julio de 2008, pp.1-8.

____ “La entrada y residencia en España de las parejas registradas y de hecho”, en *Diario La Ley*, nº 6786, 25 de septiembre de 2007, pp. 1704-1712.

____ *Las situaciones conyugales en el tráfico intracomunitario. Un modelo de relación entre el Dipro y el Derecho de extranjería*, tesis doctoral, Granada, 2006.

Sousa Santos, B., “Universalismo, contextualización cultural y cosmopolitismo”, en Silveira Gorski, H., C. (edit.), *Identidades comunitarias y democracia*, Madrid, Trotta, 2000, pp. 269-283.

Souto García, E., M., “Algunas notas sobre la función del derecho penal en el control de los flujos migratorios: especial referencia a la medida de expulsión”, en Faraldo Cabana, P. (dir.); Puente Aba, L., M., y Souto García, E., M. (coord.), *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, pp. 289-322.

Spaventa, E., “Case C-109/01, Secretary of State for the Home Department v. H. Akrich, Judgement of the Full Court of 23 september 2003”, en *Common Market Law Review*, vol. 42, 2005, pp. 225-240.

Spencer, P., “Civic nationalism, civic nations and the problem of migration”, en Ghatak, S., y Showstack Sassoon, A. (edit.), *Migration and mobility. The European context*, Basingtoke, Palgrave, 2001, pp. 83-108.

Stolcke, V., “Qué entendemos por integración social de los inmigrantes. Inmigración y derechos humanos”, en Checa y Olmos, F., ...[et al.] (edit.), *Inmigración y derechos humanos. La integración como participación social*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 17-45.

Tabonni, S., “Le multiculturalisme et l’ambivalence de l’étranger”, en Wiewiorka, M. (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, París, La Découverte/Poche, 1997, pp. 227-250.

Tarabini-Castellani Aznar, M., “Los derechos de los trabajadores extranjeros: puntos críticos”, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 63, 2006, pp. 197-227.

Taylor, Ch., *Multiculturalismo y la “política del reconocimiento”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

_____, “Nacionalismo y modernidad”, en Hall, J. (edit.), *Estado y nación. Ernest Gellner y la teoría del nacionalismo*, Cambridge, University Press, 2000, pp. 253-287.

Téllez Rubio, J., J., “Algunas consideraciones sobre inmigración y periodismo”, en *Entelequia: revista interdisciplinar*, nº 4, 2007 (Ejemplar dedicado a: Inmigración), pp. 323-336.

Terrádez Salom, D., “La evolución de la política comunitaria en materia de inmigración a través de los Consejos Europeos”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 16, 2007, pp. 73-88.

Thiebaut, C., “Democracia y diferencia: un aspecto del debate sobre el multiculturalismo”, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 31, 1994, pp. 41-60.

Todd, E., *El destino de los inmigrantes. Asimilación y segregación en las democracias occidentales*, Barcelona, Tusquets, 1996.

Tolosa Tribiño, C., “Algunas cuestiones de actualidad en la jurisprudencia en materia de extranjería”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº 14, 2007, pp. 25-46.

Torres Fernández, M., E., “La expulsión de extranjeros condenados a penas privativas de libertad inferiores a seis años. Comentario de la STS de 8 de julio de 2004 a propósito de la reforma operada por la LO 11/2003”, en *Revista del Poder Judicial*, nº 76, 2004, pp. 231-245.

Torres del Moral, A., “Naturaleza jurídica de los derechos constitucionales”, en Balaguer Callejón, F. (coord.), *Derecho constitucional y cultura. Estudios en homenaje a Peter Häberle*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 497-516.

Torres Pérez, F., “La integración de los inmigrantes y algunos de los desafíos que nos plantea”, en De Lucas Martín, F., J., y Torres Pérez, F. (edit.), *Inmigrantes: ¿cómo los tenemos? Algunos desafíos y (malas) respuestas*, Madrid, Talasa, 2002, pp. 49-73.

Touraine, A., “Faux et vrais problèmes”, en Wiewiorka, M. (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, París, La Découverte/Poche, 1997, pp. 291-319.

Trinidad García, M., L., “Disposición Adicional Sexta. Procedimiento en materia de visados”, en Ramos Quintana, M., I. (dir.), Rojas Ribero, G., P. (coord.), *Comentarios al Reglamento de extranjería*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 957-962.

____ “La regularización permanente: una opción sostenible”, en Andreo Tudela, J., C., y González Tamarit, L. (coord.), *IV Seminario sobre la investigación de la inmigración extranjera en Andalucía*, Córdoba, 5-7 octubre 2005, Sevilla, Dirección General de Coordinación de Políticas Migratorias, 2006, pp. 111-129.

____ “Residencia temporal por circunstancias excepcionales: el arraigo laboral y social”, en *Revista de Derecho migratorio y extranjería*, nº. 9, 2005, pp.133-162.

Trinidad García, M., L., y Martín Martín, J., *Una nueva forma de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Valladolid, Lex Nova, 2005.

Tung-Läi, M., “L’Europe de citoyens: des droits économiques à la citoyenneté européenne”, en *Revue du Marche Unique Européen*, vol. 2, 1995, pp. 97-122.

Ugur, M., “Libertad de circulación versus exclusión: una reinterpretación de la división “propio-extraño” en la Unión Europea”, en Malgesini, G. (comp.), *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Madrid, Fundación Hogar del Empleado, 1998, pp. 289-333.

Unzurrunzaga, A., y Aierbe, P., “Desigualdad y discriminación a través de la normativa de extranjería”, en Markez, I. (coord.), *Respuestas a la exclusión. Políticas de inmigración, interculturalidad y mediación*, Donostia-San Sebastián, Gakoa Liburuak, 2006, pp. 73-91.

Vallespín Oña, F., “Inmigración y derechos: un enfoque liberal”, en Del Águila Tejerina, R., (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, Pablo Iglesias, 2005, pp. 103-118.

____ “La otra postmodernidad: la teoría de sistemas de N. Luhmann,” en Vallespín Oña, F. (coord.), *Historia de la Teoría Política, vol. 6, la reestructuración contemporánea del pensamiento político*, Madrid, Alianza, 1992, pp. 306-333.

Varela Huerta, A., “¿Por qué y para qué investigar los movimientos sociales de migrantes? Sobre el agenciamiento político de los sin papeles”, en Santamaría Lorenzo, E. (edit.), *Retos epistemológicos de las migraciones transnacionales*, Barcelona, Anthropos, 2008, pp. 319-336.

Vargas Gómez-Urrutia, M., *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de Derecho aplicable*, Pamplona, Aranzadi, 2006.

Velasco Arroyo, J., C., “El Estado y la ciudadanía ante el desafío de la inmigración. A modo de presentación del número”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, nº 27, julio, 2006, pp. 5-17.

____ “Liberalismo y derechos de las minorías: una relación conflictiva”, en Colom González, F. (edit.), *El espejo, el mosaico y el crisol. Modelos políticos para el multiculturalismo*, Barcelona, Anthropos, 2001, p. 117-146.

Velázquez Sánchez, M., del M., “¿La regulación del derecho a la reagrupación familiar o defensa de una política restrictiva de la inmigración? Comentario a la Sentencia del Tribunal de justicia de las Comunidades Europeas de 27 de junio de 2006, c-540/2003”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 12, enero 2007, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

____ “La reagrupación familiar en la Unión Europea: comentario a la Directiva 2003/86”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 4, mayo 2004, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

Vidal Fueyo, M., del C., “La Sentencia del Tribunal Constitucional 72/2005, de 4 de abril, en materia de libertad de entrada y residencia de los extranjeros en España”, en *Teoría y realidad constitucional*. nº 18, 2006, pp. 429-441.

____ *Constitución y extranjería. Los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

Villoro Toranzo, L., “Multiculturalismo y Derecho”, en Krotz, E. (edit.), *Antropología jurídica: perspectivas socioculturales en el estudio del derecho*, Barcelona, Anthropos, 2002, pp. 213-233.

____ “Sobre el principio de la injusticia: la exclusión (Octavas Conferencias Aranguren, 1999)”, en *Isegoría*, nº 22, 2000, pp. 103-142.

Vitale, E., *Ius migrandi. Figuras de errantes a este lado de la cosmópolis*, Barcelona, Melusina, 2006.

Waldron, J., “Cultural Identity and Civic Responsibility”, en Kymlicka, W., y Norman, W. (edit.), *Citizenship in Diverse Societies*, Oxford University Press, 2000, pp. 155-174.

Walzer, M., “The Concept of Civil Society”, en Walzer, M. (edit.), *Toward a Global Civil Society*, Oxford, Berghahn Books, 2002, pp. 7-27.

____ *Tratado sobre la tolerancia*, Barcelona, Paidós, 1998.

____ *Las esferas de la justicia, una defensa del pluralismo y de la igualdad*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

White, R.C.A., “Conflicting Competences: Free Movement Rules and Immigration Laws”, en *European Law Review*, vol. 29, 2004, pp. 385-396.

Wieviorka, M., “Culture, société et démocratie”, en Wieviorka, M. (dir.), *Une société fragmentée? Le multiculturalisme en débat*, París, La Découverte/Poche, 1997, pp. 11-60.

____ *El espacio del racismo*, Barcelona, Paidós, 1992.

Wihtol de Wenden, C., “Admissions Policies in Europe”, en Massey, D., S., y Taylor, J., E. (edit.), *International Migration. Prospects and policies in a global market*, Oxford, University Press, 2004, pp. 286-294.

____ “Las migraciones internacionales en el diálogo euromediterráneo”, en Aubarell, G., y Zapata Barrero, R. (edit.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 161-173.

____ *¿Hay que abrir las fronteras?*, Barcelona, Bellaterra, 2000.

Yeatman, A., “Who is the subject of human rights?”, en Meredyth, D., y Minson, J. (edit.), *Citizenship and cultural policy*, Londres, Thousand Oaks, Sage Publications, 2001, pp. 104-119.

Young, I., M., *Inclusion and democracy*, Oxford, University Press, 2000.

____ “A multicultural continuum: a critique of Will Kymlicka’s ethnic-nation dichotomy”, en *Constellations*, vol. 4, nº 1, Oxford, 1997, pp. 48-53.

Young, J., *La sociedad “excluyente”. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

Zagrebelky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*, Madrid, Trotta, 1995.

Zamora, J., A., “Ciudadanía e inmigración: las fronteras de la democracia”, en Pedreño Cánovas, A., y Hernández Pedreño, M. (coord.), *La condición inmigrante: exploraciones e investigaciones desde la Región de Murcia*, Murcia, Universidad, 2005, pp. 141-157.

____ “Inmigración, ciudadanía y multiculturalidad”, en Zamora, J., A. (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración*. Primeras Jornadas sobre ciudadanía, multiculturalidad e inmigración organizadas por el Foro “Ignacio Ellacuría” Solidaridad y Cristianismo, Estella, Verbo Divino, 2003, pp. 165-239.

Zapata Barrero, R., “La retórica de la ciudadanía y la inmigración”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 177, noviembre de 2007, pp. 32-37.

____ “Política del discurso sobre la inmigración en España: discurso re-activo y discurso pro-activo en los debates parlamentarios”, en *Discurso y Sociedad*, vol. 1 (2), 2007, recurso electrónico disponible en [http://www.dissoc.org/ediciones/v01n02/DS1\(2\)Zapata.pdf](http://www.dissoc.org/ediciones/v01n02/DS1(2)Zapata.pdf).

____ “Bases para interpretar la multiculturalidad en España”, en Del Águila Tejerina, R. (coord.), *Inmigración, un desafío para España*, Madrid, Pablo Iglesias, 2005, pp. 193-246.

____ *Multiculturalidad e inmigración*, Madrid, Síntesis, 2004.

____ “¿Existe una cultura de la acomodación en España? Inmigración y procesos de cambio en España a partir del 2000”, en *Documentos CIDOB*, serie Migraciones, nº 1, 2004.

____ *El turno de los inmigrantes: esferas de justicia y política de acomodación*, Madrid, Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, 2002.

____ “El tratamiento de la Unión Europea de los inmigrantes extra-comunitarios”, en Fernández Sola, N., y Calvo García, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Segundas Jornadas Derechos humanos y libertades fundamentales, Zaragoza, Mira, 2001, pp. 111-123.

____ “Fundamentalismo estatal de la UE en torno a la inmigración”, en *Revista CIDOB d’affers internacionals*, nº 53, dedicado a Ciudadanía europea e inmigración, 2001, pp. 149-176.

____ “Justicia para inmigrantes: mercado y política de extranjería”, en *Reis. Revista española de investigaciones sociológicas*, nº 90, Centro de investigaciones sociológicas, 2000, pp. 159-182.

Zapata Duque, E., “El Acuerdo de asociación de Cotonú entre los países ACP-UE: comentario a la decisión del Consejo 2003/159/CE”, en *Revista General de Derecho Europeo*, nº 1, mayo 2003, recurso electrónico disponible en www.iustel.com.

Zarauz, J., *Incidencia del padrón municipal en el ejercicio de los derechos de las personas extranjeras en situación irregular*, Vitoria-Gazteiz, Colección Derecho Humanos, “P. Francisco de Victoria”, 2007, recurso electrónico disponible en <http://www.intermigra.info/extranjeria/archivos/revista/incidenciapadron2007.pdf>.

Zino Torrazza, J., “Inmigración y práctica discriminatorias. Nuevas retóricas para la exclusión social”, en Bergalli, R. (coord.), *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Barcelona, Anthropos, pp. 25-42.

Zolberg, A., “Las migraciones internacionales desde una perspectiva política”, en López Sala, A., M., y Esteban, V. (coord.), *Zona Abierta 116/117, Las políticas migratorias*, Madrid, Pablo Iglesias, pp. 25-57.

Zubero, I., “El reto de la inmigración: acoger al otro y ampliar el nosotros”, en Zamora, J., A. (coord.), *Ciudadanía, multiculturalidad e inmigración*. Primeras Jornadas sobre ciudadanía, multiculturalidad e inmigración organizadas por el Foro “Ignacio Ellacuría” Solidaridad y Cristianismo, Estella, Verbo Divino, 2003, pp. 135-163.