



INMIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Ángeles Solanes Corella
Universidad de Valencia

1. Introducción

Aunque hoy se hable de los derechos humanos pensado que su reconocimiento y garantía han sido un importante logro (ya consagrado) de la sociedad moderna, lo cierto es que todavía existen importantes contradicciones que pueden hacernos dudar acerca de la realidad de tales derechos o, al menos, de la efectividad en su aplicación práctica. Aunque se hayan convertido en lo que algún autor ha denominado como "nueva ética social para el siglo XXI"¹, se aprecia una aparente contradicción entre la literatura que ensalza "el tiempo de los derechos" y la que denuncia la existencia de importantes colectivos "sin derechos"². Parecen *distintos* esos derechos que se reconocen en las declaraciones internacionales, a menudo marcadas por una firme voluntad universalista, y aquellos otros derechos que una buena parte de la humanidad, de hecho, no posee. La proclamación de la existencia de unos derechos moralmente superiores, que necesitan unas especiales garantías, no es suficiente para que en el ámbito de las políticas reales de cada Estado estos derechos se respeten y sean protegidos.

Por eso hablar de derechos humanos supone también referirse a la exclusión de que son objeto algunos sujetos, o lo que es lo mismo, a la lucha por los derechos. En esa lucha por reivindicar los derechos que van unidos a la dignidad de la persona y que, como tales, deberían predicarse de todo ser humano, la figura del inmigrante adquiere una especial relevancia. En la pugna por conseguir el reconocimiento y garantía de los derechos humanos, el inmigrante se ha convertido en uno de los sujetos excluidos por excelencia puesto que sus derechos ¡van unidos a su situación administrativa! La exigencia del requisito de regularidad o legalidad (terminología que insisten en utilizar las actuales normativas sobre extranjería e inmigración) que debe cumplir el extranjero para ser considerado sujeto de derecho se convierte en el condicionante, a menudo insalvable, para acceder a los derechos humanos.

Lo que me propongo evidenciar en este trabajo es que el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos para los inmigrantes se ha convertido en el gran reto del discurso de universalidad y emancipación de tales derechos, insalvable sin la reformulación de la categoría de ciudadanía. Para ello comenzaré por referirme brevemente a ese discurso universalista de los derechos humanos, destacando algún intento en el ámbito internacional, como el de la Declaración Universal, para conseguir su protección. A continuación, señalaré cómo dicho discurso se redefine a partir del

1 CASSESE, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Ariel, Barcelona, 1991, p. 228.

2 BOBBIO, N., *Libertad e Igualdad*, Paidós, Barcelona, 1993, p. 22.

establecimiento implícito en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos de distintos titulares de derechos. Por último, analizaré algunos derechos concretos donde se ponen de manifiesto las más flagrantes vulneraciones de derechos de que son objeto los inmigrantes, quizás porque el problema hoy de los derechos humanos no es justificarlos sino protegerlos, no es, por tanto, una cuestión filosófica sino política³.

2. Una breve aproximación al discurso de los derechos humanos: la Declaración Universal de 1948

La historia de los derechos humanos está unida al esfuerzo por conseguir su universalización⁴ y puede explicarse como un recorrido que intenta superar o cuestionar lo que De Lucas⁵ ha denominado "círculos de exclusión", es decir, esos círculos concéntricos en los que estaban encerrados los sujetos de derecho. Algunos autores, entre ellos Peces-Barba⁶, prefieren utilizar el término de derechos fundamentales para intentar salvar así las críticas de que han sido objeto los derechos humanos, tales como su imprecisión y ambigüedad. El término derechos humanos haría referencia más a la titularidad, a los sujetos a los cuales pueden atribuirse tales derechos, que al sistema de normas que los sostienen y garantizan, donde hablaríamos de derechos fundamentales.

Siguiendo a Ferrajoli⁷ mantendríamos que la expresión derechos humanos se utiliza para designar aquellos derechos primarios de las personas que corresponden a todos los seres humanos, tales como la vida, la libertad, la salud o la educación. Mientras que el término de derechos fundamentales se referiría a aquellos derechos subjetivos que corresponden a todos los seres humanos en cuanto estén dotados del "status de persona", es decir, que tengan la condición de sujeto, prevista por una norma jurídica, que les permita ser titulares de situaciones jurídicas y autores de los actos que éstas llevan aparejadas. En cualquier caso, atendiendo más a su justificación moral o más a su reconocimiento normativo, nos encontraríamos, ante derechos que por su especial relevancia se consideran universales, indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles y personalísimos.

3 BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, p. 61.

4 Vid. PECES-BARBA, G., GARCÍA, F. y DE ASÍS, R., *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2001, en concreto el Tomo II, Volumen III relativo al derecho positivo de los derechos humanos.

5 DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, Madrid, 1994, pp. 51-52.

6 PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*. Teoría general, Universidad Carlos III, Madrid, 1995, pp. 21-25 y 36-38.

7 FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 37-41.



La evolución de los derechos humanos, sintetizada en cuatro procesos: positivación, generalización, internacionalización y especificación⁸, está marcada por la firme voluntad de conseguir que estos derechos se prediquen y garanticen con carácter general respecto a todas las personas. Entre los distintos instrumentos internacionales que han intentado abogar por la universalidad de los derechos humanos, la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de Naciones Unidas, constituye una de las mayores pruebas históricas del *consensus omnium gentium*. Recoge un sistema de valores que han de considerarse como universales no sólo como principio sino de hecho, ya que, como señala Bobbio, "el consenso sobre su validez e idoneidad para regir la suerte de la comunidad futura de todos los hombres ha sido explícitamente declarado"⁹. Sin detenernos ahora en las críticas que pueden realizarse sobre la virtualidad de este consenso en la fundamentación de los valores¹⁰, conviene destacar que la Declaración hace un esfuerzo por plasmar, en un total de treinta artículos, los principios y valores considerados como elementales a lo largo de la historia desde distintas concepciones del hombre o del mundo.

La Declaración se considera como una especie de derecho superior que va más allá del ámbito de los Estados. Partiendo de la dignidad de la persona humana, comienza consagrando los derechos de libertad e igualdad, señalando que toda persona, por el hecho de serlo, tiene reconocidos los derechos que la Declaración recoge. Estos derechos pueden dividirse en dos categorías generales¹¹. La primera se refiere a los derechos relativos a la libertad que llevan implícita una abstención por parte del Estado, entre los que se incluye la prohibición de esclavitud, de tortura o malos tratos, de las restricciones a la libertad de movimientos y a la salida de cualquier país o al regreso al propio país, etcétera. La segunda categoría hace referencia a otros derechos que contiene la Declaración y que conllevan una acción positiva del Estado; dentro de esta categoría encontramos por una parte los derechos procesales y políticos y por otra los sociales. Entre los procesales y políticos se recogen el deber de los Estados de conceder a todos por igual una protección legal a través de los tribunales independientes y la posibilidad de participación en el gobierno del país a través del derecho de sufragio universal. Entre los derechos sociales se consagran desde el derecho a la seguridad social, al trabajo y a una remuneración equitativa, hasta el derecho a la educación y a la participación libre en la vida cultural de la comunidad.

8 Vid. PECES-BARBA, G., *Curso de derechos fundamentales*. Teoría general, op. cit., pp. 156-183.

9 BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, op. cit., p. 66.

10 Vid., entre otros, PECES-BARBA, MUGUERZA, J., y OTROS, *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, 1989; DE LUCAS, J., "Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los Derechos Humanos" y AÑÓN, M^a. J., "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", ambos en BALLESTEROS, J. (Ed.), *Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 13-21 y pp. 100-115; HABERMAS, J., *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, Fayard, France, 1998, pp. 249-256. Cfr. FIORAVANTI, M., *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Trotta, Madrid, 1996 y VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

11 TRUYOL y SERRA, A., *Los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1982, p. 30.

A pesar de esfuerzos como el de la Declaración Universal de Naciones Unidas, la discusión acerca de la universalidad de los derechos no sólo sigue estando abierta, sino que parece que ha adquirido en los últimos tiempos un especial significado ante las vulneraciones de tales derechos, no ya por los Estados que no han ratificado dicha Declaración (lo cual tampoco sería un justificante para su incumplimiento), sino también por parte de aquellos que se consideran sus acérrimos defensores. El aumento de la multiculturalidad y de la diversidad ha puesto de manifiesto que esa pretendida universalidad de los derechos, perseguida y ensalzada por Declaraciones como la de 1948, esconde una imposición de la visión occidental de tales derechos, siendo por ello limitada, lo cual supone una contradicción en los términos¹². A la aparente consagración de los derechos humanos que hace que ningún Estado se atreva a negarlos, al menos de forma explícita, se une una práctica que demuestra que las violaciones de los mismos son constantes y que se dan, aunque a distinta escala, no sólo en Estados donde las organizaciones internacionales centran su labor (por considerar que dichas violaciones son más flagrantes) sino también en países, como España, donde se piensa que el reconocimiento universal de estos derechos es ya un hecho.

Además, esa voluntad universalista, que parece que debe caracterizar a los derechos humanos, ha sufrido en su aplicación una importante transformación que prácticamente la desvirtúa. Como señala De Lucas¹³, a propósito del 50 aniversario de la Declaración de 1948 y poniendo en cuestión el ideal emancipatorio al que los derechos humanos han ido tradicionalmente unidos, asistimos en la actualidad a lo que puede denominarse como "envés del universalismo". Para conseguir que los derechos humanos sean reconocidos a todas las personas, atendiendo a su igual dignidad humana, a éstas se les exige que renuncien a buena parte de lo que contribuye a configurar su propia esencia, a cuestiones tan elementales como su lengua o su cultura, en el intento de unificar al titular de esos derechos. Esta tendencia se evidencia en nuestros días en el caso de los extranjeros inmigrantes, que se han convertido en uno de los colectivos que mayores vulneraciones de sus derechos sufre en el propio seno de los Estados occidentales que defienden y consideran como propio el discurso de los derechos humanos.

La reivindicación de la universalidad de estos derechos humanos se enfrenta hoy a un gran desafío: asegurar a cada individuo tales derechos en el marco de los ordenamientos jurídicos de los respectivos Estados construidos en base a la noción de ciudadanía, que tiene como principio inspirador y de funcionamiento la negación de buena parte de los derechos a los no ciudadanos.

Parece olvidarse que la idea de emancipación que deberían reflejar los derechos humanos, concretada en los distintos ordenamientos a través de los derechos fundamentales, no puede suponer una renuncia a las exigencias concretas, no debe exigir la transformación de los agentes antes

12 DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, op. cit., p. 56.

13 DE LUCAS, J., "La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)", *Jueces para la Democracia*, nº 32, julio, 1998, pp. 3-9, en concreto p. 4 y cfr. "Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración", en FERNÁNDEZ, N. y CALVO, M. (coord.), *Inmigración y Derechos*, Mira Editores, Zaragoza, 2001, pp. 33-59, en concreto pp. 41-42.



de protegerlos sino que, como mantiene Ferrajoli¹⁴, el Derecho tiene que ser una "ley del más débil", una forma de asegurar que los sujetos (todos y entre ellos especialmente los más desfavorecidos) tiene garantizados sus derechos. La superación de la ciudadanía como pauta delimitadora del acceso a los derechos se convierte, como veremos a continuación, en el requisito imprescindible para conseguir esa "ley del más débil" que sea alternativa a la "ley del más fuerte" que impera en ausencia de aquélla.

3. La titularidad de los derechos

El intento de llevar a la práctica el respeto y la garantía de los derechos humanos se realiza a través de los respectivos ordenamientos nacionales basados en la diferenciación entre ciudadano y extranjero¹⁵. Se insiste en las distintas legislaciones estatales, especialmente en las normas encargadas de regular la extranjería, en una ciudadanía íntimamente ligada al concepto de nacionalidad, exclusiva y excluyente, siguiendo la tradición de la cultura jurídica continental que ha utilizado esta noción únicamente en el sentido de distinguir al ciudadano del extranjero desde el punto de vista de los derechos y deberes¹⁶. Se crea así una cierta confusión entre pertenencia y ciudadanía que se utiliza para delimitar el acceso a los derechos y la satisfacción de necesidades, manteniendo que "no hay exclusión porque, por definición, los extranjeros no pueden entrar en el reparto"¹⁷. Este *reparto* de derechos que se establece y se acepta como natural sólo puede cuestionarse si se niega la diferenciación inicial sobre la que éste se asienta¹⁸.

14 FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 54.

15 Esta diferenciación mantiene la separación entre el status civitatis (ciudadanía) y el status personae (personalidad o subjetividad jurídica) proclamada en forma de dicotomía por la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789. Vid. FERRAJOLI, L., "Dai diritti del cittadino ai diritti della persona", ZOLO, D. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, Identità, Diritti*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 263-292, en concreto pp. 264-268; RESCIGNO, G. U., "Cittadinanza: riflessioni sulla parola e sulla cosa", *Rivista di Diritto Costituzionale*, n° unico, 1997, pp. 37-42 y MAGNETTE, P., *La citoyenneté. Une histoire de l'idée de participation civique*, Bruylant, Bruxelles, 2001, en concreto pp. 203-220.

16 Desde Aristóteles se parte de una definición negativa según la cual el ciudadano no se define por habitar en un lugar determinado o por tener derecho a ser sometido a un proceso o entablarlo, sino que se caracteriza por la posibilidad de participar en la administración de justicia y en el gobierno. Ya en sus orígenes la noción de ciudadanía se concebía básicamente como un instrumento de emancipación y una forma de discriminación, tal como continúa siendo en la actualidad. La democracia moderna ha heredado de Roma la concepción de una ciudadanía basada en un determinado status jurídico, así los derechos civiles y personales eran concebidos para los cives romanos, aquellos que compartían una misma ley y un mismo derecho eran considerados como parte integrante de la cive y, por tanto, como ciudadanos con posibilidad de disfrutar de derechos. Vid. ARISTÓTELES, *Política*, MARÍAS, J. y ARAUJO, M. (traducción), Instituto de estudios políticos, Madrid, 1951, pp. 67-70. También puede consultarse ARISTÓTELES *Politique* (livres III et IV) AUBONNET, J. (traduc.), Société d'éditions "Les belles Lettres", tomo II, París, 1971, pp. 55-57. SCHNAPPER, D., *La communauté des citoyens. Sur l'idée moderne de nation*, Gallimard, París, 1994, p. 83. Asimismo resultan interesantes las conexiones que se establece entre la noción de ciudadanía y las relaciones interétnicas en SCHNAPPER, D., *La relation à l'autre. Au coeur de la pensée sociologique*, Gallimard, París, 1998, pp. 445-492.

17 Vid. AÑÓN, M^a. J., *Necesidades y Derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 315-322 y "Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías", DE LUCAS, J. (direc.), *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 45-118, en concreto pp. 47-51 y DE LUCAS, J., *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria-Antrazyt, Barcelona, 1996, pp. 28-29.

18 Vid. HABERMAS, J., *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, op. cit., pp. 86-94; DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, op. cit., pp. 40-58 y WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1993, p. 74.

La ciudadanía supone que los sujetos que disfrutan de ella pueden tener expectativas legítimas respecto al comportamiento de terceros y a la actuación institucional que no corresponde exactamente a lo que los extranjeros, y más en concreto los inmigrantes, pueden esperar. Esto permite que el individuo pueda basar sus pretensiones en la legitimidad o la justicia. Negando la ciudadanía se niega también la posibilidad de que las reivindicaciones sean percibidas como legítimas, tal es el caso de las demandas procedentes de los inmigrantes. Los derechos del ciudadano implican una obligación correlativa del Estado de garantizarlos, que no será tan clara en el caso del extranjero, y menos todavía en el del inmigrante. La diferenciación social que la ciudadanía conlleva supone una forma de selección de los sujetos legitimada por el propio ordenamiento jurídico¹⁹.

La categoría de extranjero, como diferenciada de la de ciudadano, se concreta hoy en la figura del extranjero extracomunitario pobre, o lo que es lo mismo, el inmigrante. Éste se ha convertido en el sujeto excluido por excelencia, con el consiguiente sacrificio de la universalidad de sus derechos²⁰. Tal como mantiene Costa-Lascoux²¹, el término inmigrante implica, en principio, diversos estereotipos o fobotipos, que marcan la distancia social y la diferencia cultural. La relación de alteridad es entendida básicamente como una relación desigual a la sociedad de acogida, mayoritaria y dominante, y como una ruptura con el lugar de origen. La propia noción de inmigrante lleva implícita una discriminación que, superado el ámbito propiamente semántico, permite incluir en ella todo lo que se considere como ajeno o diferente a la comunidad, cuando en realidad no se quiere reconocer que las pautas y modelos de esa comunidad no son, desde el principio, hegemónicos²².

El inmigrante será, por tanto, el destinatario del doble nivel de ciudadanía implícito en la mayoría de los ordenamientos jurídicos modernos, incluido el español, con la consiguiente reducción en la titularidad de los derechos que ello conlleva. Así, en buena parte de las legislaciones europeas sobre extranjería e inmigración aparecen dos características que definen el trato (jurídico y social) que va a recibir el inmigrante:

1. Existe una marcada tendencia a regular la condición del inmigrante considerándolo más como un *objeto* que como un *sujeto* de derecho. La estricta vinculación entre el permiso de residencia y el de trabajo es una muestra de que el inmigrante no es visto como persona sino como

19 Vid. BERTI, G., "Cittadinanza, cittadinanze e diritti fondamentali", *Rivista di Diritto Costituzionale*, n° unico, 1997, pp. 3-18, en concreto pp. 8-9; ZOLO, D., "La strategia della cittadinanza", en ZOLO, D. (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, Identità, Diritti*, op. cit., pp. 3-46 y ZINCONI, G., *Da sudditi a cittadini. Le vie dello stato e le vie della società civile*, Il Mulino, Bologna, 1992, pp. 31-82.

20 DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, op. cit., pp. 133-152; COSTA-LASCOUX, J., *De l'immigré au citoyen*, La Documentation Française, Paris, 1989, pp. 151-155; WIHTOL DE WENDEN, C., *Les immigrés et la politique*, Presses de la Fondation Nationale de Sciences Politiques, Paris, 1988, pp. 305-316; "Question de citoyenneté", *Espaces et Société*, n° Urbanité et citoyenneté, 1992, pp. 37-45; *L'immigration en Europe*, La Documentation Française, Nancy, 1999, pp. 95-99 y *¿Hay que abrir las fronteras?*, Bellaterra, Barcelona, 2000, pp. 61-65.

21 COSTA-LASCOUX, J., "Immigration: de l'exil à l'exclusion?", en VV.AA., *L'exclusion, l'état des savoirs*, La Découverte, Paris, 1996, pp. 158-171, en concreto, p. 159. Naïr destaca que "el inmigrado tiene un estatus a la vez incierto y estable, aceptado y rechazado, instrumentalizado y marginalizado. En él se resumen la grandeza y la mezquindad, la razón y los fantasmas de la sociedad de acogida." NAÏR, S., *Mediterráneo hoy. Entre el diálogo y el rechazo*, Icaria-Antrazyt, Barcelona, 1996, p. 22.

22 Vid. DELGADO RUIZ, M., *Diversitat i Integració*, Biblioteca Universal Empúries, Barcelona, 1998, pp. 38-44; PASTERGIADIS, N., *The turbulence of migration. Globalization, Deterritorialization and Hybridity*, Polity Press, Cambridge, 2000, en concreto la parte "Defining migrants", pp. 53-57 y CHIARETTI, G., "Da stranieri a migranti", en BASSO, P. e PEROCCO, F. (a cura di), *Immigrazione e trasformazione della società*, FrancoAngeli, Milano, 2000, pp. 77-104.



mano de obra, instrumento al servicio del mercado que si deja de ser productivo pierde la posibilidad de permanecer en el país de acogida. La universalidad de los derechos, a la que antes me refería, encuentra aquí un serio condicionante ya que sólo se accede a buena parte de los derechos en virtud de una situación administrativa determinada (la de trabajador, salvo contadas excepciones como la reagrupación familiar), y no en base a la condición de persona, tal como veremos en el apartado siguiente.

Además, esa consideración de *no sujeto* que la mayoría de los ordenamientos consagran permite seguir manteniendo normas relativas al acceso a la ciudadanía extremadamente limitativas. Para los inmigrantes, el mantenimiento en algunas legislaciones del *ius sanguinis* como fuente del acceso a la ciudadanía se convierte en un requisito insalvable que les aparta permanentemente del acceso a derechos como, por ejemplo, el de sufragio. Se perpetua así el carácter arcaico de una ciudadanía utilizada como vehículo de exclusión propia de los Estados contemporáneos y que potencia la imagen del extranjero como *ciudadano de serie b*²³ que, además, no puede superar esa condición por la ausencia de vías legales para ello.

2. El doble nivel de ciudadanía se aprecia también en las relaciones de los inmigrantes con la Administración. La propia existencia de un derecho administrativo y algunas disposiciones penales exclusivamente aplicables a los extracomunitarios constata esta semiciudadanía. En la mayoría de las legislaciones el inmigrante está obligado a comunicar a la jefatura de policía los cambios de domicilio, a exhibir los documentos que acrediten su identidad, etcétera, pudiendo ser sancionado de forma diversa a los ciudadanos cuando éstos cometan infracciones semejantes. En el ámbito penal las diferenciaciones resultan más graves en la medida en que suponen, a menudo, ataques directos a derechos fundamentales como el de libertad personal.

El ordenamiento jurídico, las leyes de extranjería represivas con buena parte de los sujetos a los que deben aplicarse, potencian una determinada actitud en la actuación de las instituciones y favorecen la desigualdad en las prácticas cotidianas. Autores como Wieviorka²⁴ hablan incluso de un "racismo institucional", que es aquel que estando arraigado en las instituciones públicas permite la exteriorización de prejuicios y el trato discriminatorio. Lo peor es que ese *derecho específico de los inmigrantes* y las prácticas diferenciadoras que conlleva aparecen legitimados por el propio ordenamiento y son aceptados sin cuestionarse como producto de la exclusión natural a la que antes me refería²⁵.

23 Esta expresión es utilizada por Bolaffi al referirse al proyecto presentado en Alemania por el gobierno de Schroöder para potenciar el acceso a la ciudadanía alemana de los extranjeros que llevaran ocho años residiendo en territorio alemán evitándoles a ellos y a sus hijos el llevar una vida de ciudadanos de serie b, BOLAFFI, G., "Il concittadino straniero", *La Repubblica*, 16 de octubre de 1998.

24 WIEVIORKA, M., *El espacio del racismo*, Paidós, Barcelona, 1992, pp. 35-37. Vid. BATILLE, Ph., "Racisme institutionnel, racisme culturel et discriminations", en DEWITTE, Ph. (direc.), *Immigration et intégration. L'état des savoirs*, La Découverte, París, 1999, pp. 285-293.

25 El papel del Estado, a través del Derecho, se convierte en fundamental a la hora de garantizar la continuidad de estos inmigrantes vistos no como personas sino como trabajadores huéspedes. Tal como señala Walzer "El poder del Estado desempeña un papel de máxima importancia en su creación y posteriormente en el cumplimiento de sus reglas. Sin la denegación de los derechos políticos y las libertades cívicas y la amenaza siempre presente de la deportación, el sistema no funcionaría. Por consiguiente, los trabajadores huéspedes no pueden ser descritos meramente en los términos de su movilidad, como hombres y mujeres en libertad para ir y venir. Mientras son huéspedes también son súbditos. Como los metecos atenienses, son dirigidos por una banda de ciudadanos-tiranos.", WALZER, M., *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, op. cit., p. 70.

El control de la vida pública y privada del inmigrante, a través de la policía, lleva a confusiones significativas. De hecho, en las jefaturas de policía pueden encontrarse indistintamente desde el inmigrante que no ha mostrado sus papeles en una identificación rutinaria hasta el atracador que acaba de ser detenido, como si sus delitos fueran iguales. La asociación posterior, que hace buena parte de la sociedad, entre inmigrante y criminal no resulta extraña. Los ordenamientos jurídicos, estableciendo previsiones concretas y diferentes para los inmigrantes, fomentan la figura del inmigrante como sujeto peligroso, culpable de antemano.

Con estas bases como punto de partida, la ciudadanía se convierte en el elemento clave que asegura la servidumbre del extranjero como si tal consideración no afectara para nada a la universalidad de los derechos²⁶. Al contrario del planteamiento que se ha impuesto en la actualidad, la propia lógica de la ciudadanía, como señala Costa-Lascoux²⁷, debería implicar:

- Una integración funcional dentro de la sociedad, para lo cual se exige una adecuada regulación de las condiciones de estancia y permanencia en un Estado.
- La posibilidad del ejercicio de los derechos humanos en un intento de lograr una coherencia jurídica que no dependa de la situación administrativa.

Ambas condiciones pueden sucederse, pero para ello es necesario que la legislación actúe como elemento de evolución. En la actualidad parece que la vía elegida, como veremos en el apartado siguiente, es justamente la contraria: la precaria regulación de las condiciones de entrada y permanencia en los países de acogida, y la vinculación de los derechos a la situación administrativa en la que se encuentre el inmigrante, son las pautas dominantes.

4. La concreción legislativa del discurso de los derechos humanos: restricciones para los inmigrantes

Como advertí, el reconocimiento y la garantía de los derechos humanos de los inmigrantes ponen a prueba el carácter emancipador de tales derechos. Sin embargo, la concreción en normas positivas de los derechos previamente considerados como humanos, ha supuesto, al menos en las más recientes legislaciones de extranjería de los Estados europeos, una importante reducción y matización del significado originario de tales derechos.

Sirviéndome de tres niveles distintos de derechos quisiera demostrar cómo se reformulan, a través de las leyes de extranjería, los derechos humanos para aplicarse a los inmigrantes de forma

26 Como advierte Ferrajoli llegado el momento de tomar en serio los derechos fundamentales se ha negado su universalidad condicionándolos a la categoría de ciudadanía sin tener en cuenta que los derechos, salvo los políticos y algunos sociales, se reconocen por el derecho positivo a todas las personas. Vid. FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, op. cit., p. 55.

27 COSTA-LASCOUX, J., *De l'immigré au citoyen*, op. cit., p. 151.



distinta y, a mi juicio, del todo injustificada por su ausencia de legitimidad. No puede perderse de vista el hecho de que estamos ante derechos que deberían ser universales, salvo que se acepte la exclusión natural, lo que, obviamente, ningún ordenamiento admite de forma implícita. Los derechos que utilizaré como ejemplo son el de libertad e igualdad por una parte, los derechos sociales (concretados en trabajo, vivienda, salud y educación), por otra, y los derechos políticos, en concreto, el derecho de sufragio como paradigma de la exclusión de que el extranjero es objeto.

4.1. Libertad e igualdad

Siendo dos de los derechos primarios, sufren importantes limitaciones al concretarse en las legislaciones de extranjería. La posibilidad de privación de la libertad personal por la comisión de una infracción administrativa es sólo aplicable al inmigrante. Esta medida viene normalmente completada por la posterior conducción a centros de detención específicos para extranjeros, los denominados en el ordenamiento jurídico español centros de internamiento, y en el italiano, por ejemplo, centros de permanencia temporal y asistencia. Si en principio la privación de libertad en el caso de infracciones administrativas puede considerarse desproporcionada por resultar excesivamente gravosa ante la acción cometida por el inmigrante, más inadmisibles lo es la detención en centros *exclusivos* para inmigrantes, que carecen, en la mayoría de los casos, del régimen jurídico adecuado para su funcionamiento.

Los centros de internamiento son, en mi opinión, lugares de *suspensión del derecho*²⁸. En ellos las previsiones legales se convierten en pura retórica: los abogados tienen dificultades para acceder a los centros, los extranjeros desconocen cuáles son los derechos que la ley les reconoce, son objeto de una reiterada exclusión social y temen realizar reivindicaciones por las posibles represalias, el régimen de visitas para los familiares no es claro ni está plenamente garantizado, etcétera. En definitiva, son *cárceles* desprovistas de las *ventajas* del régimen penitenciario.

La detención y posterior conducción a los centros de internamiento es el testimonio más evidente de que existe un *derecho especial* para los extranjeros. Se crea para el inmigrante un ordenamiento separado que neutraliza las garantías sustanciales y procesales propias del sistema penal, pero toma medidas coercitivas de la libertad personal que en dicho sistema penal tienen el carácter de excepcionales²⁹. El extranjero internado es así objeto de verdaderas medidas penales sin las garantías que éstas conllevan por ser el inmigrante un sujeto cuya regulación queda en el ámbito administrativo. Si en general la legitimidad constitucional de las medidas privativas de la libertad personal se encuentra en el hecho de que éstas tengan como finalidad la defensa de la

28 Vid. VASSALLO PALEOLOGO, F., "I centri di permanenza temporanea per stranieri espellendi", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n° 4, 1999, pp. 26-33, en concreto p. 33.

29 Vid. CAPUTO, A., "La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n° 1, 2000, pp. 51-62, en concreto p. 53.

sociedad, debería entenderse que sólo para la tutela de la colectividad ante un peligro de comisión de delitos graves estarían justificadas tales medidas, lo que en el caso del internamiento de los extranjeros no sucede³⁰.

En cuanto a la igualdad, también existen matizaciones en la aplicación de este derecho a los inmigrantes. Además del ya señalado trato diferenciado o, incluso, discriminatorio que reciben en ocasiones los inmigrantes por parte de la Administración, existe otra cuestión que establece la línea divisoria entre ciudadano e inmigrante, me refiero a la posibilidad de expulsión. Como señala Chueca³¹, la discriminación del extranjero puede considerarse desde una triple perspectiva: como discriminación entre extranjeros y nacionales, por razón de raza o por motivos de sexo en la admisión o expulsión de extranjeros.

Buena parte de las legislaciones europeas sobre extranjería e inmigración permiten la opción de la expulsión como alternativa a otras penas. El verdadero problema que se plantea en estos casos es el de la proporcionalidad de la pena, especialmente cuando determinadas sanciones graves (en ocasiones meramente administrativas) pueden suponer una pena mayor o igual que las consideradas como muy graves (que pueden llegar a tener carácter penal). Considero que tiene razón Casadonte³² cuando afirma que detrás de esta opción, se esconde una finalidad que ninguna legislación reconoce abiertamente: la necesidad de hacer frente al problema de la saturación de las cárceles. Al Estado no le conviene aumentar sus gastos penitenciarios con la presencia de extranjeros que están en situación de expulsión según la vía administrativa.

4.2. Derechos sociales

El acceso a los derechos sociales tampoco se regula en condiciones de igualdad entre inmigrantes y ciudadanos. En principio conviene advertir que, para los extranjeros que se encuentren en situación irregular, la mayoría de las legislaciones reducen los derechos sociales a su mínima expresión, reconociendo básicamente la cobertura sanitaria en situaciones de emergencia y el derecho a la educación para los menores extranjeros. En el caso de los inmigrantes buena parte de las normas de extranjería hablan más del derecho a la asistencia sanitaria que de un derecho a la salud, limitando así sustancialmente las obligaciones que el Estado debe asumir respecto al inmigrante. Lo mismo ocurre en el supuesto del derecho a la educación, que sólo se garantiza con carácter universal en sus niveles primarios (también obligatorios para la población autóctona) sin generalizar el acceso a la enseñanza superior y a la Universidad.

30 CAPUTO, A., "La detenzione amministrativa e la Costituzione: interrogativi sul diritto speciale degli stranieri", op. cit., p. 62. Cfr. CAPUTO, A., "Espulsione e detenzione amministrativa degli stranieri", *Questione giustizia*, n° 3, 1999, pp. 424-437.

31 CHUECA SANCHO, A. G., *La expulsión de extranjeros en la Convención Europea de Derechos Humanos*, Egido Editorial, Zaragoza, 1998, p. 95.

32 Vid. CASADONTE, A., "L'espulsione come sanzione sostitutiva della pena e i dubbi di legittimità costituzionale", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n° 1, 1999, pp. 71-74, en concreto, p. 74 y CASADONTE, A., "La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince", *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, n° 3, 1999, pp. 85-89 en concreto pp. 87-89.



Otros derechos sociales como el de trabajo o vivienda se reservan únicamente para los inmigrantes *legales*, de forma que la situación administrativa del extranjero se convierte en determinante para el acceso a la titularidad del derecho y, al mismo tiempo, condiciona la percepción social de dicho extranjero³³.

La exclusión de las políticas sociales de acceso a la vivienda de que son objeto los inmigrantes en situación irregular condiciona, junto con otros factores, la marginalidad en la que éstos se ven obligados a vivir. Es evidente que el facilitar el acceso a la vivienda debe ser uno de los elementos fundamentales de toda política de integración, no sólo de los inmigrantes, sino también de los colectivos autóctonos marginados, en la medida en que ésta suele utilizarse como mecanismo de exclusión de importantes sectores de la población. Wieviorka destaca (a propósito de la sociedad francesa, aunque me parece que puede extenderse a otros casos como el español) cómo la negación del derecho a la vivienda reafirma la exclusión de que son objeto los inmigrantes en dos sentidos: espacial y social, puesto que la ubicación de la vivienda facilita la conexión con poblaciones extranjeras del mismo origen o de otro, que en principio presentan intereses semejantes, antes que la relación con la población autóctona³⁴. Además, en la práctica, la oferta privada de alojamientos es distinta para los inmigrantes en condiciones más estables, igual que ocurre con el mercado de trabajo. En este sentido me parece que tienen razón Natale y Strozza³⁵ cuando señalan que la posibilidad de conseguir una vivienda, y las condiciones que ésta pueda tener, dependen en gran medida del proyecto migratorio del extranjero, es decir, si se trata de un trabajador temporal o permanente, de una persona casada, con un trabajo estable que pretende reagrupar a su familia, o soltera, etcétera.

33 Una buena parte de la sociedad receptora comienza a percibir la presencia de inmigrantes cuando éstos compiten con los nacionales en el acceso a determinados bienes escasos como trabajo, vivienda, servicios sociales, etc. Vid. COLASANTO, M., "Oltre la dicotomia tra cittadinanza sociale e cittadinanza economica", en COLASANTO, M. E AMBROSINI, M., *L'integrazione invisibile. L'immigrazione in Italia tra cittadinanza economica e marginalità sociale*, Vita e Pensiero, Milano, 1993, pp. 207- 230 y PROVANSAL, D., "¿De qué inmigración hablamos? Desde los conceptos a las prácticas sociales", CHECA, F. y SORIANO, E. (eds.), *Inmigrantes entre nosotros. Trabajo, cultura y educación intercultural*, Icaria-Antrazyt, Barcelona, 1999, pp. 17-32.

34 WIEVIORKA, M., *La France raciste*, Ed. Seuil, París, 1992, capítulo I, versión española "La gran mutación", CONTRERAS, J. (comp.), ÁLVAREZ DORRONSORO, I. (traduc.), *Los retos de la inmigración. Racismo y Pluriculturalidad*, Talasa, Madrid, 1994, pp. 57-79. Vid. REY, H. "La peur des banlieues" y BODY-GENDROT, S., "Ghetto, mythes et réalités", ambos en DEWITTE, Ph. (direc.), *Immigration et intégration. L'état des savoirs*, op. cit., pp. 274-284.

35 Vid. NATALE, M. y STROZZA, S., *Gli immigrati stranieri in Italia. Quanti sono, chi sono, come vivono*, Cacucci Editore, Bari, 1997, pp. 272-273.

En el caso del derecho al trabajo, el principio de control que inspira las actuales normativas implica una lógica de gestión de los flujos migratorios en función de las necesidades laborales de cada momento. El mercado es, por tanto, el que decide el acceso a este derecho en el caso de los inmigrantes. Las políticas de contingentes o cuotas que se ponen en marcha para controlar los flujos migratorios seleccionan a los inmigrantes que pueden entrar en un determinado Estado (en el supuesto de las cuotas por nacionalidad), y discriminan a los inmigrantes en el acceso al empleo (en el supuesto de las cuotas por sectores de actividad) puesto que les condena a ocupar sectores laborales previamente desechados por la población autóctona³⁶. Se crean así vínculos sumamente frágiles que dejan a los inmigrantes en una situación de constante inseguridad jurídica: de entrada la exigencia de un contrato de trabajo como requisito para el acceso a la residencia y, por lo tanto, como vía ineludible para el disfrute de derechos, garantiza el continuo paso de la regularidad a la irregularidad con la consiguiente precarización de la situación del inmigrante.

4.3. Derechos políticos

Dentro de los derechos políticos me referiré en concreto al derecho de sufragio como prototipo de derecho de participación. Aunque algunas legislaciones de extranjería han reconocido, en los últimos tiempos, el derecho al voto de los inmigrantes, al menos en las elecciones en el ámbito local, lo cierto es que estamos todavía lejos de que realmente sea considerado como un derecho universal. El principio de reciprocidad, muy limitativo, continúa siendo uno de los principales a la hora de regular el voto de los inmigrantes. Reclamar a los respectivos gobiernos que lleguen a acuerdos de reciprocidad con los países de origen de los inmigrantes no es suficiente para conseguir la ampliación del derecho al voto, ni siquiera en los niveles municipales, por varias razones³⁷:

1. La diversa procedencia de los inmigrantes hace pensar que aunque se lograra el acuerdo con unos países no podría lograrse con todos, con lo cual algunos extranjeros tendrían derecho al voto y otros no, dependiendo de su nacionalidad.
2. Los acuerdos de reciprocidad sólo podrían realizarse con países democráticos, de forma que importantes grupos de inmigrantes quedarían excluidos por proceder de países con un régimen dictatorial.

36 Considero que tiene razón Costa-Lascoux cuando señala que las políticas migratorias basadas en elecciones cuantitativas en el intento de querer encerrar en categorías y cifras la realidad que regulan, se ven atrapadas en una inmensa burocracia (basta, por ejemplo, con observar los trámites para la obtención del visado). La ilusión de conseguir el control cae en el cálculo arbitrario, COSTA-LASCOUX, J., "L'illusion de la maîtrise, la politique migratoire en trompe-l'oeil", en BALIBAR, E., et al., *Sans papiers: l'archaïsme fatal*, La Découverte, París, 1999, pp. 35-62, en concreto pp. 49-50. En esa arbitrariedad, legalmente justificada, se evidencia que la discriminación a la hora de limitar la entrada en la mayoría de los países de la Unión ya no obedece sólo al binomio nacional-extranjero, sino al de europeo-no europeo o lo que es peor al de ricos y pobres. Vid. UGUR, M., "Libertad de circulación versus exclusión: una reinterpretación de la división <propio-extraño> en la Unión Europea", en MALGENSINI, G. (comp.), *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Icaria, Barcelona, 1998, pp. 289-335, en concreto pp. 289-318 y WIHTOL DE WENDEN, C., *L'immigration en Europe*, op. cit., p. 21.

37 Cfr. PAJARES, M., *La inmigración en España. Retos y Propuestas*, Icaria-Antrazyt, Barcelona, 1998, pp. 272-273.



Mientras continúe la reciprocidad, el derecho de sufragio de la mayor parte de los inmigrantes seguirá siendo un *derecho expectante* que pasará a la categoría de *derecho real y efectivo* cuando un tratado o ley se ocupe de forma pormenorizada de su desarrollo, lo que para los extracomunitarios, en buena parte de los Estados europeos, todavía no ha ocurrido. En el fondo, tiene razón Sagarra cuando señala que el hecho de que se concierten o no nuevos tratados con los países de origen para intentar ampliar el acceso al derecho de sufragio de los inmigrantes, del mismo modo que el que se supere la reciprocidad, es una cuestión política y no jurídica puesto que existen dificultades que van más allá de las meramente técnicas³⁸.

Considero que la prohibición de la participación en la vida pública de la comunidad en la que de hecho el inmigrante se encuentra es otro de los elementos decisivos de su exclusión y debería ser incompatible con políticas, como la española, que dicen querer apostar por la integración del colectivo inmigrante. La perpetuación del modelo paternalista, en virtud del cual el inmigrante debe asumir las normas que le sean impuestas sin participar en la elaboración de las mismas, supone una de las más claras fracturas del sistema democrático que inspira el funcionamiento de la mayor parte de Estados que niegan el derecho de sufragio (activo y pasivo) al inmigrante. Es necesaria la reformulación de la categoría de ciudadanía que permita superar el estricto vínculo entre ciudadanía formal y criterios de atribución de los derechos.

5. Consideraciones finales

La universalidad de los derechos humanos, su garantía y reconocimiento con carácter general son totalmente incompatibles con las políticas sobre extranjería e inmigración que reducen a su mínima expresión tales derechos o incluso, en el caso de los inmigrantes irregulares, mantienen su negación como principio. Se insiste en colocar al extranjero inmigrante en una posición inferior sin entrar a plantear que ésta es una situación anómala que no debe perpetuarse³⁹. El trato diferenciado es la pauta común en el reconocimiento de los derechos humanos a los inmigrantes, lo cual supone una contradicción en los propios términos. La construcción de una pirámide jurídica que sitúa en su base al inmigrante indocumentado por oposición al ciudadano, que se encuentra en el punto más álgido, contradice el ideal universalista que los derechos humanos llevan asociado, puesto que impide al inmigrante, en virtud de su situación administrativa, el pleno disfrute de tales derechos.

38 Vid. SAGARRA Y TRÍAS, E., "Derechos públicos y participación en las elecciones", BORRÁS, A. (direc.) *Diez años de la Ley de Extranjería: Balance y Perspectivas*. Fundación Paulino Borrás Domènech, Barcelona, 1995, pp. 38-46, en concreto p. 42.

39 En palabras de Walzer "son como parias en una sociedad donde no hay castas, metecos en una sociedad donde los metecos no tienen un lugar protegido y digno que los incluya. Por ello el gobierno que prevalece sobre los trabajadores huéspedes (inmigrantes) se parece mucho a una tiranía; es el ejercicio de poder fuera de su esfera, sobre hombres y mujeres que se asemejan a los ciudadanos en todo aspecto de importancia en el país anfitrión, pero que no obstante son marginados de la ciudadanía.", WALZER, M., *Las esferas de la justicia*. Una defensa del pluralismo y la igualdad, op. cit., p. 71.

Para el replanteamiento de las erróneas políticas sobre inmigración mantenidas hasta el momento en la mayor parte de los Estados Europeos es necesaria la superación de la vieja noción de ciudadanía concebida como una situación privilegiada, para dar paso a una nueva concepción que incluya al inmigrante considerándolo como persona. Una ciudadanía que constituya un estatuto jurídico estable para el extranjero, asegurándole que goza de iguales derechos que el resto de la comunidad.

Los derechos humanos no son derechos del ciudadano, sino de la persona, por tanto, sus restricciones no pueden sostenerse en base a la separación entre ciudadano y extranjero. Estos derechos no deben condicionarse a un pacto en el que, desde el principio, los inmigrantes han sido excluidos. Con ello se vulneran las más elementales exigencias del Estado de Derecho y de legitimidad democrática, domesticando, como advierte Habermas, el poder puro y simple a través del derecho legitimado⁴⁰. La insistencia en ese pacto de adhesión a una comunidad, personalizado en la figura de la ciudadanía, en el que únicamente los elegidos pueden participar, se justifica tan sólo en la voluntad, asumida por la mayoría de las legislaciones modernas, de mantener el cierre social a un buen número de sujetos que de hecho se encuentran en la comunidad pero que de derecho no existen. ¿Acaso se piensa que así será posible dotar de mayores garantías a los derechos de los ciudadanos?

Así parece mantenerlo, por ejemplo, Sartori⁴¹, cuando afirma que "la política de la ciudadanía para todos -sin mirar a quién- no sólo es una política destinada al fracaso, sino que además es una política que agrava y convierte en explosivos los problemas que se pretende resolver". En esta línea el mencionado autor propone no sólo una ciudadanía exclusiva y excluyente, sino una selección de los inmigrantes según se les considere o no como integrables. La pregunta evidente sería ¿es compatible este planteamiento con el ideal universalista de los derechos humanos?; entiendo que no. A mi juicio no sólo es incompatible sino radicalmente opuesto porque derechos como libertad, igualdad, etcétera, por su carácter primario y por su especial importancia, deben necesariamente atribuirse sin mirar a quién porque van unidos a la dignidad de la persona y no deberían reconducirse a diferenciaciones artificiales.

Si se quiere tomar en serio los derechos humanos es necesario comenzar por el establecimiento de un pacto que incluya a los inmigrantes. Un pacto basado en un sistema de derechos y deberes recíprocos, salvando errores de las actuales legislaciones de extranjería e inmigración centradas en establecer muchos deberes a cambio de pocos derechos⁴². La integración es la pieza clave de ese pacto⁴³, el cual debe nacer del reconocimiento y garantía de los derechos humanos sin exigir renuncias individuales previas.

40 Según Habermas los derechos humanos no pueden realizarse más que a través de los derechos cívicos en el marco de un ordenamiento jurídico, de tal forma que dependen de la voluntad de un legislador político. Sin embargo, ello no significa que el legislador soberano pueda disponer libremente de tales derechos puesto que constituyen las bases de toda comunidad democrática. HABERMAS, J., *L'intégration républicaine. Essais de théorie politique*, op. cit., pp. 245 y 248.

41 SARTORI, G., *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo y extranjeros*, Taurus, Madrid, 2001, pp. 112-122.

42 Vid. BOLAFFI, G., *I confini del patto. Il governo dell'immigrazione in Italia*, Einaudi, Torino, 2001, pp. 11-12.

43 Vid. DE LUCAS, J., "Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración", op. cit., pp. 53-59.