

Reforma del marco jurídico de la inmigración: políticas que no superan el test básico

A finales de diciembre de 2008, el Gobierno hizo públicos dos proyectos de reforma, el de la Ley de Asilo y Refugio y el de la mal llamada "ley de extranjería". Es posible y aun aconsejable formular algunas observaciones críticas. Cabe avanzar ya que las respuestas que ofrecen son preocupantes y parecen alinearse en la lógica de repliegue, de nacionalismo económico, que constituye la gran tentación de los Gobiernos europeos al socaire de la crisis. Las dos medidas se relacionan directamente con el modo en que se va a gestionar los efectos de la crisis en relación con la presencia de los inmigrantes. No parecen una barrera eficaz frente al discurso xenófobo.

Con una diferencia de pocos días, a finales de diciembre de 2008, el Gobierno hizo públicos dos proyectos de reforma que afectan a dos leyes capitales, la de asilo y refugio (cuyo 25 aniversario se conmemora en 2009) y la mal llamada ley de extranjería. En el caso de esta última, de la que voy a ocuparme aquí, y en el momento de redactar estas líneas, se trata en puridad de un anteproyecto, pendiente aún de los informes del Consejo General del Poder Judicial, del Foro para la integración de los inmigrantes y aun del Consejo de Estado. Sólo después de esos informes el Consejo de Ministros elevará el proyecto a las Cortes generales.

Sin embargo, es posible y aun aconsejable formular algunas observaciones críticas que se refieren sobre todo a la perspectiva sobre la inmigración, al tipo de respuesta que se ofrece en *tiempos difíciles*, si se me permite decirlo así. Porque en efecto, es en momentos de dificultad cuando se revela la mirada real, nuestra visión (la oficial, quiero decir) sobre cómo gestionar la inmigración. Y cabe avanzar ya que la respuesta que ofrece este anteproyecto es preocupante, pues parece alinearse en la lógica de repliegue, de nacionalismo económico –la preferencia nacional– que constituye la gran tentación de

Javier de Lucas es catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universitat de Valencia y presidente de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR)

los Gobiernos europeos al socaire de la crisis.¹ Una lógica que, como ha argumentado contundentemente Sami Naïr,² no sólo pone en entredicho el proyecto mismo de la UE, sino que siembra las semillas de una fronda de xenofobia social que, sin temor a la exageración, evoca el contexto del auge de los fascismos en el siglo XX, indudablemente conectado a las respuestas a la gran crisis del 29. En la vanguardia europea de esa toma de posición se encuentra el Gobierno italiano de Berlusconi, cuya penúltima iniciativa resulta particularmente elocuente: el Senado italiano aprobó el 5 de febrero de 2009 la Ley de Seguridad, que aplica el ideario represivo y xenófobo de la Liga Norte sobre inmigración ilegal. El texto, que debe ser refrendado por la Cámara, prevé tasar el permiso de residencia con un impuesto de entre 80 y 200 euros, fichar a todos los *sin techo*, permitir a los médicos que denuncien a los irregulares. Como explicaba la senadora y portavoz parlamentaria del Partido Demócrata, Italia ha pasado de regular la inmigración a lisa y llanamente perseguirla.³ No está sola, desgraciadamente.

En lo que sigue, trataré de poner de manifiesto que esas dos iniciativas adoptadas recientemente por el Gobierno español y en particular la segunda, la reforma de la conocida popularmente como “ley de extranjería” (Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social), presentada el 19 de diciembre de 2008,⁴ se sitúan en una línea argumentativa que de nuevo coloca en rumbo de colisión los instrumentos de política migratoria con el test básico de respeto a los derechos humanos. Pero para abordarla debo ocuparme de otra medida que se encuentra en la misma línea y que al ser anterior marcó en cierto modo un punto de inflexión: el plan de retorno voluntario.

Desde luego, podríamos referirnos a otras, que cabría calificar como “positivas”: por ejemplo, la adopción de convenios bilaterales con diferentes países emisores de inmigrantes, en aras del reconocimiento de mecanismos de reciprocidad que permitan el ejercicio del derecho al sufragio en el ámbito municipal por parte de los inmigrantes o el Fondo de Ayudas para la integración de los inmigrantes. Sin embargo, lo cierto es que son las dos medidas que he mencionado las que se relacionan directamente con el modo en que se va

¹ No se trata sólo del vergonzoso y demagógico episodio de la reacción xenófoba en enero de 2009 contra el recurso a la empresa italiana IREM para ampliar la refinería de Lindsey, la tercera más importante del país. La IREM, que buscaba salarios más bajos, llamó a centenares de obreros italianos y portugueses, excluyendo así a los locales. Este movimiento se extendió por casi todo el Reino Unido bajo la consigna “British jobs for British workers!” (“Empleos británicos para trabajadores británicos”). Pocas semanas después Sarkozy anunciaba medidas proteccionistas en la industria del automóvil que chocan asimismo con los principios de la UE. Y en España, el ministro de Industria se permitió el recurso al exabrupto del “consuma nacional” como receta contra la crisis.

² Cfr. “Xenofobia o Europa social”, *El País*, 7 de febrero de 2009.

³ Pero el penosísimo episodio de la circular policial sobre cupos de irregulares a detener en cada comisaría en Madrid, denunciado el lunes 16 de febrero y primero desmentido y luego corregido por el ministro español de Interior, A. Rubalcaba, es un síntoma de que esa *patología de la razón* –por parafrasear un reciente libro de Axel Hoinneth– se extiende.

⁴ En efecto, supone la cuarta reforma –en ocho años– de la LO 4/2000 de 11 de enero de 2000, modificada por la LO 8/2000, que introdujo importantes restricciones de derechos y luego por la ley 11/2003 y la LO 14/2003.

a gestionar los efectos de la crisis en relación con la presencia de los inmigrantes, y en particular la segunda, porque es la de incidencia más general y porque en su propia exposición de motivos se aduce ese argumento. En efecto, a la hora de justificar esa cuarta reforma se aducen tres tipos de argumentos.

El primero, la loable pretensión de mejorar el estándar de derechos de la actual ley reguladora; además, la necesidad de adecuar nuestra legislación al marco europeo, a partir del programa que se enuncia en el Pacto Europeo sobre Inmigración y Asilo, aprobado en la cumbre de París de los pasados 16 y 17 de octubre de 2008. Finalmente, los cambios en la situación económica y en las características de la inmigración. Adelantaré que, a mi juicio y como han advertido ya no pocos especialistas y numerosas ONG, en realidad la reforma de la ley, pese a que incorpora, como era obligado, el reconocimiento de derechos exigido por las sentencias de noviembre y diciembre de 2007 del Tribunal Constitucional, supone un recorte más que preocupante que afecta a derechos básicos –fundamentales– de los inmigrantes y envía a la ciudadanía española un mensaje que puede tener efectos estigmatizadores. Comenzaré, pues, por comentar el Plan de Retorno, para centrarme inmediatamente en el anteproyecto de reforma de la “ley de extranjería”.

Un lapsus cuasi freudiano: de qué se trata con el “retorno”

Por descontado, el retorno voluntario no es una iniciativa de suyo criticable. Desde hace años, y conforme a lo que dispone la propia Ley, diferentes ONG trabajan en programas de retorno voluntario⁵ que entre 2003 y 2007 ha propiciado el retorno de algo menos de 4.000 inmigrantes a sus países de origen. Lo que cambia ahora en el Plan de Retorno Voluntario propuesto por el Gobierno casi desde el comienzo de esta segunda legislatura es la vinculación con la situación de crisis y la tesis subyacente de que hay que fomentar esta vía para pinchar la bolsa de paro y para aliviar las dificultades en la que se van a encontrar no sólo los inmigrantes, sino también las administraciones:

⁵ La disposición adicional octava de la Ley 14/2003 regula las ayudas al retorno voluntario: “El Gobierno contemplará anualmente la financiación de programas de retorno voluntario de las personas que así lo soliciten y planteen proyectos que supongan su reasentamiento en la sociedad de la que partieron y siempre que los mismos sean de interés para aquella comunidad”. En España, ocho ONG (la OIM o Rescate, por ejemplo), han gestionado ese programa que financiaba en su momento el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Otra medida anterior en la misma línea marcó un punto de inflexión: el Plan de Retorno Voluntario

menos a repartir. Las condiciones para acogerse no parecen complicadas: encontrarse en paro y no tener recursos económicos para volver por sus medios; haber residido en España al menos seis meses; una valoración de los servicios sociales del Ayuntamiento en el que se resida o de una ONG especializada y presentar por escrito una declaración de voluntad del interesado. Además, es necesario que se trate de países ajenos a la UE y con los que existan Convenios de Seguridad Social (para que quienes se acojan al plan puedan computar las cotizaciones cumplidas en España para su futura pensión).⁶ A cambio se les ofrece el abono de la prestación por desempleo en dos plazos: el 40% en España y el 60% en su país. Como *contrapartida*, el inmigrante debe renunciar a sus permisos de residencia y de trabajo y no volver a España en tres años.⁷

Lo que cambia con el Plan de Retorno Voluntario propuesto por el Gobierno es la vinculación con la situación de crisis y la tesis subyacente de que hay que fomentar esta vía para pinchar la bolsa del paro

Pero sucede que, como ha ocurrido con otras explicaciones de la política de inmigración adoptada desde la llegada del ministro Corbacho,⁸ este Plan –que hasta hoy constituye un considerable fracaso respecto a las desproporcionadas expectativas que el propio ministro presumió en su presentación–, desnuda nuestra concepción de fondo de la inmigración. Sí: somos el país de la UE que más inmigrantes ha recibido y en menos tiempo. Sí, hablamos de políticas de integración y ciudadanía para los inmigrantes. Pero eso era antes de la crisis. En realidad, los recibimos porque no teníamos más remedio y porque nos salía barato emplear esa mano de obra inmigrante en un momento de despegue económico y *vacas gordas*. Pero cuando escasea el trabajo, hay que dejarse de discursos bien pensantes. Es el momento de que se vayan. Y no importa que de esa forma expongamos alto y claro que no los consideramos iguales, que les negamos una vez más derechos elementales, en este

⁶ Esto significa que, de los más de dos millones de inmigrantes concernidos teóricamente, sólo los de 20 países podrán acogerse: Andorra, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Ecuador, EEUU, Rusia, Filipinas, Marruecos, México, Paraguay, Perú, República Dominicana, Túnez, Ucrania, Uruguay y Venezuela. Quedan fuera casi todos los africanos (salvo Marruecos y Túnez) y todos los asiáticos.

⁷ El ministro anunció la elaboración del Plan en junio de 2008 y en diversas entrevistas publicadas en diferentes medios de comunicación hizo el cálculo (que casi todos los expertos consideraron desmesuradamente “optimista”) de que, comprendidos los familiares implicados se podría alcanzar la cifra de un millón de retornados en tres años. Aunque en la primera quincena efectiva del Plan, en noviembre de 2008, se acogieron a esta propuesta casi medio millar de inmigrantes, hoy, ya en 2009, se constata que el Plan no arranca como pretendía el Ministerio y la previsión actual del Gobierno es que no superará los 10.000.

⁸ Por ejemplo, la tristemente célebre metáfora de “la escalera de vecinos” en la que, según el ministro, jamás el último que llega es competente para decidir la norma que hay que seguir en esa comunidad, lo que contradice las exigencias más elementales de la democracia.

caso su condición de parados, con todas las obligaciones legales que ello supone. Son “expulsables”, aunque –según la lengua de trapo al uso– se hable de retornables.

Hay no pocos argumentos que desvelan los presupuestos (¿prejuicios?) que subyacen a la concepción del Plan: la primera, la dificultad para deslindar la *zona gris* entre el retorno voluntario y el forzado. La propaganda del Plan parece enfatizar lo primero (el lema es “¿estás pensando en volver?”), pero en realidad no está lejos de sugerir el “si eres inmigrante en paro, ¡márchate!”. Además, como se ha señalado, el Plan generaliza indebidamente y envía el mensaje de que todos los inmigrantes son lo mismo, pues no distingue entre la gran variedad de situaciones en las que se encuentran los inmigrantes “retornables”, que afectan a muy diversas modalidades de retorno. No es lo mismo según sea el tipo de permiso de trabajo y residencia, o el modelo de familia que se haya constituido o asentado (parejas mixtas, parejas en las que uno de los miembros adquiere la nacionalidad española, parejas con hijos nacidos en España, etc.). Finalmente, y esto es importante, en todo proceso de retorno hay dos elementos a considerar, la situación en el país donde se ha asentado el inmigrante y la de su país de origen. Si esta última no ha mejorado sensiblemente respecto al momento en el que el inmigrante partió y también respecto a la situación en España, el plan está abocado al fracaso. Pese al tópico, el inmigrante no piensa necesariamente en volver, y menos aún sus hijos. Y es que un riesgo potencial del Plan es fomentar el prejuicio xenófobo, la idea de que “sobran”. Como ya no nos benefician y nos cuestan el paro y los servicios sociales (olvidando que son derechos), lo mejor es que se vayan.

La necesidad de la reforma legal

Veamos ahora algunas consideraciones sobre la reforma de la Ley. La primera pregunta que debemos formular acerca de este proyecto de reforma atañe a su necesidad y oportunidad. Dicho de otra manera, ¿está justificada? ¿Es esta situación de crisis el momento y el procedimiento oportunos para llevarla a cabo?

Como anticipé, las razones justificativas aducidas son de tres órdenes. Ante todo, ampliar el reconocimiento de derechos, aunque, en realidad, no es tanto una libre decisión política, sino la ejecución del mandato del Tribunal Constitucional que, en diferentes sentencias en noviembre y diciembre de 2007 –especialmente las STC 236/2007 de 7 de noviembre y la STC 259/2007 de 19 de diciembre– relativas a recursos interpuestos sobre todo (no sólo) por algunos Parlamentos autonómicos, declaró inconstitucionales disposiciones de la ley 8/2000 que negaban derechos fundamentales a los inmigrantes irregulares (mal llamados “sin papeles”). Además, la exigencia de ajustar la legislación española a las directivas europeas y a los postulados expresados en el referido Pacto europeo de asilo e inmigración, encaminados a crear un Sistema Europeo Común de Asilo (SECA).

Finalmente, los cambios en el fenómeno migratorio y las condiciones actuales del mercado de trabajo, en medio de una profunda crisis. Se trataría de una reforma positiva, pues extendería derechos y nos homologaría con lo que postula la UE, sin hacer de los inmigrantes el chivo expiatorio de nuestros problemas.

Pero las críticas son evidentes. Lo primero es recordar que las sentencias del TC obligan a reconocer esos derechos, luego su incorporación no supone voluntad extensiva de reconocimiento sino –faltaba más– acatamiento de un imperativo. Luego la prueba de una voluntad política de igualdad en derechos está en cómo se incorporan e interpretan. Y aquí el reagrupamiento familiar constituye, como veremos, un argumento que pone en entredicho tal voluntad. Respecto al segundo argumento, es preciso clarificar de qué se habla cuando se invoca la necesidad de armonizar nuestro ordenamiento con la normativa europea. Lo cierto es que, en materia de interpretación y aplicación del derecho comunitario, el criterio básico es siempre el de la prioridad de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y por eso la cláusula reiterada que recuerda que los Estados tienen competencia para aplicar la norma más favorable, es decir, que la aplicación de las directivas europeas (por ejemplo, la tristemente célebre directiva de retorno) se supedita siempre a aplicar la norma vigente más favorable a los derechos. Dicho de otra forma, como ha insistido la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) a propósito de la otra reforma en curso, la del asilo, los cambios legales deben recoger lo que es considerado como mínimo en las directivas, cuando sea necesario y no exista norma nacional mejor que sea aplicable, no afectando a aquellas materias en las cuales la protección, las garantías y los derechos reconocidos superan el contenido de la misma; por tanto la política de la UE no obliga a ningún recorte, si se apuesta por esta opción se hará desde la responsabilidad de cada Gobierno. Lo que nos conduce al segundo test.

En efecto, como decía, no basta con afirmar como argumento justificativo que se trata de reformas progresistas que amplían derechos. Hay que examinar, en efecto, si los derechos en concreto se ven ampliados en su reconocimiento y garantía. Y aquí el balance es mucho menos positivo de lo que se pretende e incluso resulta seriamente preocupante. Quizá la objeción de fondo es la supeditación del marco de la inmigración a lo que parece constituir la prioridad de prioridades del Pacto europeo mencionado, la obsesión por “dominar” los flujos migratorios en propio beneficio y la fijación en el objetivo de “controlar la inmigración ilegal y adecuar todos esos movimientos de personas a las necesidades del mercado de trabajo europeo y de su economía productiva”. Así se refleja en la justificación oficial de la reforma que literalmente sostiene que los poderes públicos “deben ordenar y canalizar legalmente los flujos migratorios de tal manera que los mismos se ajusten a nuestra capacidad de acogida y a las necesidades de nuestro mercado de trabajo” (dos criterios considerablemente indeterminados) y, en particular, en un nuevo precepto en el articulado, el artículo 2 bis, apartado 2.b) que señala como objetivo de políti-

ca de inmigración fomentar “la inmigración legal y ordenada, orientada al ejercicio de una actividad productiva”.

Hablar de extensión de derechos choca con la regulación que hace el proyecto de por ejemplo, el derecho a la educación, tanto infantil como de naturaleza no obligatoria (artículo 9),⁹ del derecho de reagrupación familiar (artículos 17 y siguientes),¹⁰ de la situación de los menores no acompañados (artículos 35 y 57.2) y por terminar, del catálogo de sanciones graves (cuyo número se incrementa en el artículo 53) así como del plazo de internamiento en los Centros de Internamiento para Extranjeros (CIE), que pasa de 40 a 60 días (artículos 53 y 62, sin que se justifique ante la actual realidad migratoria en España)¹¹ y que posibilita plazos más amplios cuando el extranjero internado solicite asilo, pues el período de tramitación de solicitud suspende el plazo anterior.¹²

La política de la UE no obliga a ningún recorte, si se apuesta por esta opción se hará desde la responsabilidad de cada Gobierno

Particularmente llamativo es lo que sucede con el derecho al reagrupamiento familiar, un derecho fundamental reconocido como tal tanto a nivel nacional como internacional.¹³ Es difícilmente aceptable que una reforma de ley que se emprende para extender los derechos no reconocidos y de acuerdo con el mandato imperativo del TC, se aproveche, paradójicamente para restringir el ámbito de los beneficiarios de ese derecho –básico, es el derecho a la unidad familiar– y someterlo a condiciones más gravosas. Los ascendientes no podrán ser reagrupados hasta que no sean mayores de 65 años, y además se exige que el reagrupante tenga una residencia de larga duración, esto es, lleve 5 años de residente legal en España, cuando en la normativa vigente sólo se requiere una autorización de residencia renovada. No se entiende que la reforma hable del objetivo de integración cuando un requisito elemental como el respeto a la unidad familiar es deteriorado.

⁹ Así, se elimina la obligación de las administraciones públicas de garantizar “la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite”. En el apartado 9.3, el derecho a la educación no obligatoria se restringe únicamente a los “extranjeros residentes”.

¹⁰ Como se ha criticado, sólo se habla del interés superior del menor para decir que se respetará el mismo cuando se repatrie al menor, bien a su familia, bien a los servicios de protección de menores del país de origen. Y se desprecia por completo ese interés prioritario cuando se trata de un menor que haya cometido un delito (artículo 57.2).

¹¹ Nota informativa de CEAR: “CEAR rechaza la ampliación del plazo de internamiento de extranjeros y el deterioro del derecho de asilo”, de 9 de mayo de 2008.

¹² Puesto que el plazo para la admisión a trámite de una solicitud de asilo asciende a 60 días tal como se aplica ahora en los CIE, un demandante de asilo podría en la práctica estar internado hasta 120 días. En la práctica supone una medida disuasoria ante el ya difícil acceso al derecho de asilo.

¹³ Artículo 18 de la Constitución española vigente, artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Podríamos añadir otros dos elementos de juicio. De un lado, sorprende una vez más que la reforma de la ley no se aproveche para adecuarla al estándar internacional básico de la Convención de la ONU de 1990 sobre derechos de los trabajadores inmigrantes y sus familias, un Tratado en vigor, que el Estado español no ha ratificado ni muestra voluntad de ratificar (ninguno de los de la UE, pese a las continuas llamadas del Parlamento Europeo o del Consejo de Europa). Si ese instrumento jurídico se hubiera ratificado, no habría dificultades como las que nacen de la malhadada directiva de retorno. Y este es el segundo argumento: ¿por qué no es igualmente prioritario para el Gobierno tal ratificación? ¿Cuáles son las razones, si resulta evidente que dicho estándar es superior al que hoy ofrecemos, por ejemplo, en materia de reunificación familiar?

La reforma no parece, por último, una barrera eficaz frente al discurso xenófobo. Al contrario, prosigue en la vía de estigmatización de la inmigración irregular, o, por decirlo mejor, de la culpabilización de los migrantes en situación irregular al sostener que “la inmigración irregular atenta contra la cohesión social y contra la dignidad de las personas y distorsiona y precariza el mercado de trabajo”.

Es de esperar que el esfuerzo que realizan en este momento buena parte de los representantes de la sociedad civil permita que, por vía de enmiendas en el proceso de tramitación parlamentaria, se corrijan al menos estas deficiencias para acercarnos a uno de los elementos que definen una *sociedad decente*, como recordara Péguy: una “ciudad sin exilio”.