

LA INMIGRACION IRREGULAR. DERECHOS DE LOS INMIGRANTES

DIEGO JORDANO SALINAS
Diputado del Partido Popular

UTILIZO el concepto de "inmigración irregular" en lugar del habitual "inmigración ilegal" porque este es el primer paso que tenemos que seguir para tener una visión correcta del fenómeno migratorio. La persona que emigra por razones económicas puede encontrarse en nuestro país en situación administrativa regular, es decir, con pasaporte, visado, en su caso, y permiso de trabajo y residencia o carecer de alguno de estos documentos, por ello no se convierte en delincuente, sino que se sitúa en una situación administrativa irregular. Llamaremos "inmigración ilegal" a aquella que no se origina por motivos económicos, sino por tráficos directamente relacionados con ilícitos penales, drogas, tráfico de armas, prostitución o tráfico de personas.

Un repaso a las normas dictadas en España sobre los derechos de los extranjeros nos llevaría a iniciar el recorrido en el Real Decreto de 17 de noviembre de 1852 sobre clasificación, residencia y condición civil de los extranjeros en España, y a partir de ahí nos encontraríamos con las Reales Ordenes de 7 de junio y 3 de octubre de 1885 sobre observancia de determinados artículos del Real decreto de Extranjería; la Real Orden de 18 de diciembre de 1902 sobre inscripción de los extranjeros transeúntes o domiciliados en España en los Registros de los Consulados y de los Gobiernos Civiles; el Decreto de 23 de enero de 1934 sobre desembarco de súbditos extranjeros en las islas Baleares; el Decreto de 27 de julio de 1968 por el que se regula el empleo, régimen de trabajo y establecimiento de los extranjeros en España; la Ley de 30 de diciembre de 1969; la Orden de 15 de enero de 1970 por la que se exime a los súbditos hispanoamericanos, portugueses, brasileños, fili-

pinos y andorranos de la obligación de proveer de permiso de trabajo para poder trabajar en España; el Decreto de 14 de febrero de 1974 sobre régimen de entrada, permanencia y salida de extranjeros de territorio español; la Ley de 15 de noviembre de 1980; la Ley de Asilo núm. 5/1984 y su reforma mediante la Ley 9/1994, y finalmente la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, los dos Reglamentos que la han desarrollado, Real Decreto 1119/86, de 26 de mayo, y el Real Decreto 155/96, de 2 de febrero.

Actualmente se tramita en el Congreso de los Diputados una reforma en profundidad de la Ley de 1985, que de culminar en el clima en que se ha iniciado permitirá contar con la primera Ley de integración social de extranjeros. Busca el Congreso de los Diputados no detenerse en el control policial en frontera, sino contemplar la persona del inmigrante una vez establecido en nuestro territorio, precisar sus necesidades, ordenar su relación con las instituciones sociales y no olvidar que de un lado el inmigrante y su familia necesitan venir a Europa para garantizarse unos medios de vida dignos, pero de otro lado Europa también necesita al inmigrante. Existen una serie de sectores económicos cuya viabilidad está en función de contar con mano de obra inmigrante, de un lado porque hay una serie de trabajos no deseados por los europeos, pero también porque hay extensas zonas del territorio europeo en las que falta mano de obra nacional.

Una rápida lectura de todas las normas citadas, a pesar de los distintos momentos políticos en que se dictaron, nos permite encontrar un elemento común, que es el tono aperturista hacia el extranjero y el reconocimiento de éste como sujeto de Derecho, con niveles de protección similares al ciudadano español de origen.

Si cambiamos el ámbito de visión de la inmigración a la emigración no observamos ese mismo elemento común, y así durante los siglos XVII y XVIII estaba prohibido emigrar, se reconoce la "libertad de emigración" en la Constitución de 1812, en la de 1854 y se establece abiertamente en la de 1869. La primera Ley de emigración es de 1907, se regula de nuevo la materia en 1924 y hasta 1960 no se

desarrolla una Ley de Bases de ordenación de la emigración.

Los extranjeros aparecen en la Constitución Española en el Título I, que trata de los derechos y deberes fundamentales; el artículo 13 de la Carta Magna establece que "los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley". Partimos, pues, de una formulación muy amplia pero con enfoque limitativo, ya que la interpretación textual nos lleva a negar el derecho, salvo que expresamente una Ley lo reconozca y este es el enfoque que contiene la Exposición de Motivos de la Ley de 1 de julio de 1985 (nos referiremos a ella como Ley de extranjería), en ella se justifica el mandato constitucional como la razón primera por la que se hace necesaria una regulación que concrete el alcance del ejercicio de las libertades públicas por los extranjeros en España.

La regulación de la extranjería que está en marcha en el Parlamento debe cambiar la orientación, en el sentido de establecer el derecho en primer lugar y marcar, en su caso, las limitaciones de este derecho. Tomemos como ejemplo la regulación del derecho de participación ciudadana; la actual Ley establece en el artículo 5^º que "los extranjeros no podrán ser titulares de los derechos políticos de sufragio activo ni pasivo... se podrá reconocer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los extranjeros residentes en los términos y con las condiciones...". La futura regulación debería ser: "Los extranjeros residentes gozarán del derecho de sufragio, activo y pasivo, en elecciones municipales con las limitaciones que establezcan las Leyes y Tratados". Este cambio de orientación de las normas entendemos que encaja mucho mejor con la lectura correcta de la Constitución, en esta materia, como veremos más adelante.

Centrándonos en la legislación vigente, comprobamos que los artículos 4 a 10 de la Ley de extranjería contienen una enumeración de derechos, y siguiendo el mismo esquema diremos que los extranjeros que hayan entrado regularmente en el territorio gozan en España de los siguientes derechos:

- a) Libre circulación.
- b) Libertad de residencia, sólo limitada por razones de seguridad pública.

- c) Derecho de reunión.
- d) Derecho de asociación.
- e) Derecho a la educación y a la libertad de enseñanza.
- f) Derecho a la creación y dirección de centros docentes.
- g) Derecho de afiliación sindical.
- h) Derecho de huelga.
- i) Derecho de manifestación.
- j) Derecho a la protección y garantías establecidas en la Constitución.
- k) Derecho de asistencia letrada y, en su caso, a que se le proporcione de oficio, en expedientes relacionados con la entrada en territorio español o en los expedientes tramitados en relación a su situación como extranjeros.

La enumeración de derechos que contiene la Ley vigente puede llevar a pensar que sólo se atribuyen al extranjero estos derechos, utilizando el razonamiento de que al referirse el artículo 13 de la Constitución a los derechos de los extranjeros en los términos de la Ley, son únicamente los derechos que enuncie la Ley de extranjería los que se atribuyen. Este sentido limitativo no es admisible; por el contrario, debe partirse del concepto, más preciso, que la Ley sólo se refiere a los derechos constitucionales españoles que se limitan en todo o en parte cuando de extranjeros se trata. Esta afirmación se basa en el hecho de que la Constitución española no se configura como un marco legal autárquico, sino que como establece el artículo 10-2 las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre esta materia suscritos por España.

Los textos que han de considerarse son el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de 19 de diciembre de 1966; el Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la misma fecha; los Convenios 87 y 98 de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva; el Convenio europeo para la protección de los Derechos humanos y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950; la carta social euro-

pea de 18 de octubre de 1961 y finalmente el Tratado de la Unión Europea, conocido como Tratado de Maastricht, de 7-2-92, y el de Amsterdam en julio de 1997.

En este marco jurídico global es evidente que los extranjeros, estén en situación regular o irregular, gozan en España del derecho a la vida y a la integridad física y moral, y la consiguiente prohibición de torturas; el derecho a la libertad y seguridad; la limitación de la detención preventiva; la información, de modo comprensible, de las razones de la detención; el procedimiento de *habeas corpus*; el derecho al honor, intimidad y propia imagen; la inviolabilidad del domicilio; el secreto de las comunicaciones; el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales y el derecho a no declarar contra sí mismos. Lo dicho no es sino el catálogo de derechos que se contienen en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en nuestra Constitución y en las normas con rango constitucional de países democráticos.

Junto a los derechos de participación ciudadana, en el marco constitucional estarían excluidos los extranjeros, de los derechos al servicio militar, al trabajo y a la vivienda, ya que la formulación que de éstos se hace en los artículos 30, 35 y 47 comienza con la frase "*Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España*"; "*Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo*" y "*Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna*".

En cuanto al acceso a la función pública y a los puestos de naturaleza laboral de las Administraciones, la limitación a los extranjeros no nace del texto constitucional, puesto que el artículo 103, apartado 3, se remite a la Ley "*que regulará el estatuto de los funcionarios públicos*", es en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 y en la de reforma de la función pública de 2 de agosto de 1984 en las que se establece la cualidad de ostentar la nacionalidad española para acceder a la función pública. Es cierto que existen limitaciones impuestas por la legislación europea para el acceso de los extranjeros a la función pública, pero no se encuentran razones para el acceso a los puestos laborales de las Administraciones públicas en condiciones de igualdad, de mérito y capacidad. En la práctica cotidiana observamos

que la Administración del Estado contrata extranjeros para funciones de intérprete, e incluso puede citarse el ejemplo de Holanda que integra inmigrantes en una sección especializada de su policía dedicada a las relaciones con los inmigrantes. En la práctica se produce una importante contradicción; un Ayuntamiento que explote directamente el servicio de limpieza urbana no puede contratar a extranjeros, pero en el Ayuntamiento colindante que explota el servicio a través de una contrata privada sí utiliza extranjeros contratados por la empresa adjudicataria para el mismo trabajo.

El derecho a la vivienda es otro de los conceptos que la reforma de la Ley de extranjería debe introducir. Se trataría de permitir el acceso al extranjero a las viviendas de promoción pública en las mismas condiciones que los españoles, refiriéndonos en este caso a extranjeros "avecindados". No parece tener sentido que el extranjero trabaje en España, cotice a la seguridad social, pague impuestos, tenga derecho a reagrupar a su familia y no se le facilite el acceso a la vivienda, si carece de medios suficientes.

El derecho al trabajo vuelve a presentarnos una situación paradójica. El extranjero se sitúa en la posición de "regular" en función de un contrato de trabajo, cotiza por todas las contingencias, incluida la de desempleo, pero legalmente no tiene acceso a la formación profesional ni a las políticas activas de empleo. Parece razonable que si se extingue el trabajo antes del tiempo previsto, se permita al inmigrante acceder a políticas activas de empleo, bien para buscar una nueva colocación, bien para mejorar su cualificación profesional. Pensando en el retorno al país de origen la cualificación profesional facilitará la vuelta, y en este sentido se están orientando acciones del Gobierno francés, que conviene estudiar en España.

En cuanto al derecho a la sanidad pública, no es posible establecer distinciones cuando estamos hablando de menores de edad, a los que se reconoce un nivel de protección completo sea cual sea la situación administrativa de los padres; los menores que se hallen en territorio español serán tratados conforme a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989,

ratificada por España en 1990, y tendrán derecho a la asistencia sanitaria conforme a lo dispuesto en dicha Convención y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Cuando de extranjeros mayores se trata, el artículo 9 de la Ley de extranjería regula el acceso a la sanidad en los términos que establezca la legislación específica, que en nuestro caso es la Ley General de Sanidad; de acuerdo con este texto el acceso a la sanidad pública sólo es posible en situaciones de urgencia, pero no en asistencia programada o en medicina preventiva.

El Ministerio de Sanidad ha avanzado su decisión de abrir el sistema público de salud a todos los extranjeros, sea cual sea su situación administrativa y por tanto la futura legislación debe establecer el derecho de acceso a la sanidad, salvo para los extranjeros transeúntes a los que quedaría limitada la asistencia por vía de urgencia.

Este trabajo es una colaboración en una publicación para difundir la Declaración Universal de los Derechos Humanos, debemos plantearnos si el recorrido que hemos hecho por la legislación española se ajusta o no al concepto que tengamos de los derechos humanos.

Los derechos humanos, siguiendo la definición del profesor Peces Barba, *"son una pretensión moral que no puede en ningún caso considerarse como derecho fundamental si no está incorporado al derecho positivo. Y son al mismo tiempo un derecho subjetivo, nacido de una norma que si no tiene como fundamento esa pretensión moral justificada, no es tampoco un derecho fundamental"*.

Los derechos reconocidos a los inmigrantes en España, en el ámbito de la Constitución y en el de las leyes de desarrollo, encajan con el diseño original de la Declaración de Derechos Humanos, por lo que el marco legal español es perfectamente homologable en este aspecto. No obstante, también habría que contestar a esta pregunta con referencia a los llamados *"nuevos derechos humanos"*, que no incluidos en la primitiva Declaración comienzan a formularse en los últimos años.

Conviene detenerse, en el marco del tema que nos ocupa, en dos de los *"nuevos dere-*

chos", el derecho al desarrollo y el derecho a la paz.

Sobre el primero de ellos la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una Resolución el 4 de diciembre de 1986 como un derecho humano inalienable el de contribuir al desarrollo y disfrutar de él.

Sobre el segundo también una declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas de 12 de noviembre de 1984 establece el derecho de los pueblos a la paz y la voluntad y aspiración de los pueblos para erradicar la guerra de la vida de la humanidad y la consiguiente obligación que corresponde a los Estados de llevar a cabo políticas que favorezcan el desarme.

Precisamente el derecho al desarrollo justificaría la llegada a países occidentales de personas que en su nación de origen están condenadas a sufrir importantes carencias económicas. El derecho a la paz justificaría la salida de zonas de guerra de aquellas personas que buscando la seguridad y la ausencia de conflictos armados desean ubicarse en países occidentales.

La aplicación práctica de los dos nuevos derechos humanos comentados lleva al planteamiento de la siguiente pregunta: ¿la existencia de controles sobre la emigración es ajustada al propio concepto de derechos humanos?

Cabe responder a esta pregunta con una formulación idílica de superación del concepto de fronteras y de primar la libre circulación de per-

sonas, pero no podemos dejar de considerar que una sociedad organizada no es una esponja que pueda absorber todos los flujos de personas que se sientan atraídos por su nivel de seguridad y desarrollo y por las posibilidades de vida próspera que ofrece.

La inexistencia de una política de migraciones y de control de flujos produciría el efecto no deseado de desbordar las posibilidades de desarrollo de un país, que afectaría tanto a los habitantes ya establecidos como a los que quieren establecerse. Debemos ser concluyentes al afirmar que la efectiva protección de los derechos humanos de los inmigrantes sólo se producirá en un marco de regulación legal de la entrada de los no nacionales.

El viaje hacia la muerte de las pateras marroquíes en el estrecho de Gibraltar es la primera negación de los derechos humanos; la entrada en Europa a través de redes de traficantes de personas, para incorporar extranjeros o extranjeras a la economía sumergida o a actividades delictivas, es la segunda negación, y la tercera y última se producirá cuando la presencia incontrolada de extranjeros active la generación de situaciones de rechazo creciente que cristalizarán en xenofobia y rechazo. En España podemos hablar hoy en día de conatos o de hechos aislados, en nuestro entorno europeo más próximo comprobamos no sólo tendencias xenófobas, sino partidos políticos que obtienen porcentajes de votos por encima del diez por ciento que incluyen en sus programas la expulsión de los extranjeros.