

# Derechos humanos. Una reivindicación de extranjería

---

**MARÍA PAZ BERMEJO (CEAR)**  
**ENRIQUE SÁNCHEZ (MPDL)**

---

El año 1998 marca el comienzo de una nueva realidad social en el que la población inmigrante en nuestro país empieza a cobrar una especial significación. España se está transformando, su evidente desarrollo socioeconómico y sus posibilidades laborales comienza a verse por parte de nacionales de países no comunitarios como oportunidades de mejora en su calidad de vida.

Desde entonces se ha pasado de porcentajes incipientes de población inmigrante (en el año 2004 seguía habiendo más emigrantes españoles en el exterior, que inmigrantes en España) a porcentajes europeos, dibujando un nuevo contexto social, pero también político y jurídico.

Desde entonces se ha pasado de porcentajes incipientes de población inmigrante (en el año 2004 seguía habiendo más emigrantes españoles en el exterior, que inmigrantes en España) a porcentajes europeos, dibujando un nuevo contexto social, pero también político y jurídico.

De la mano con estos cambios sociales han venido las modificaciones en los marcos jurídicos que regulan las migraciones; hemos pasado así de unos textos que daban respuesta a duras penas a las necesidades jurídicas de lo relativo a migración, a textos de perfil comunitario que tratan de regular los flujos en origen persiguiendo las migraciones irregulares, pasando por normas que daban un lugar protagonista a la integración.

Los cambios normativos en materia de extranjería no han sido exclusivos de España, sino que supone una característica común a las distintas regulaciones de los Estados miembros; así viene ocurriendo también en Italia, Portugal o Dinamarca, que en los últimos diez años ha introducido cerca de treinta modificaciones en su normativa sobre inmigración.

Cabría pensar que las múltiples modificaciones operadas y las que, sin duda, quedan por llegar son un hecho consustancial a la regulación social de una realidad tan viva y cambiante como son las migraciones. Sin embargo, la crispación política que el tema suscita y el delicado estado de la opinión pública vienen a acercar estas continuas modificaciones a un estado de insatisfacción generalizado.

A nivel de Unión Europea, la inmigración y sus regulaciones también han sido protagonistas de políticas y directivas. El tono de las mismas es heredero de las acuciadas tendencias restrictivas de los diferentes países miembros, que desde unas posiciones que quizá podamos adjetivar de “etnocentristas”, han visto los movimientos migratorios como elemento de progreso económico que puede y debe ser seleccionado, poniendo un énfasis progresivo en su preocupación en el control de fronteras.

Los ejes básicos sobre los que se asientan las políticas migratorias en el entorno de la UE son dos: la integración y el control de entradas. Sin embargo, y a pesar de la proliferación de discursos e instrumentos de integración, sobre todo a nivel local, el peso indiscutible lo están teniendo las políticas destinadas al control. Con ello se desoye la palpable necesidad de hacer llegar la integración a todos, so pena de crear en nuestras democráticas sociedades “ciudadanos” de muy diferentes categorías (las recientes revueltas de Francia, nos deberían servir de guía y recuerdo permanente de lo que no se debe hacer si de integración se trata), se quiebra nuestro Estado de Derecho al poner trabas en el ejercicio de derechos humanos (y no en sentido amplio, sino aquellos de primera generación), y se construyen normativas destinadas a no ser cumplidas.

No vamos a analizar aquí el mayor o menor acierto de las políticas de integración, nuestro intento se centrará en tratar de hacer una reflexión de cómo van influyendo las sucesivas modificaciones en el marco normativo, en relación con la elaboración de proyectos migratorios por sus protagonistas.

## Modificaciones en el marco normativo español

España legisla por primera vez en materia migratoria en el año 1985 (Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España). Se trataba de una ley de carácter limitado y corte restrictivo en cuanto a derechos, que no contemplaba

aspectos que hoy nos pueden sonar tan básicos como la reagrupación familiar o la residencia permanente, aspectos que tuvieron que esperar a su Reglamento de Ejecución para verse regulados (RD 165/1996, de 2 de febrero).

Estas lagunas normativas tienen mucho que ver con una realidad social en la que la inmigración tenía una incidencia nula, se podría decir que primaba la libertad de entrada y que la situación de quien migraba se encontraba en una especie de limbo legal. Su desarrollo posterior va a ir acompañando a los cambios sociales en este campo.

La presencia de población inmigrante empieza a notarse en nuestro país en 1998, consecuentemente también a partir de entonces los diferentes grupos políticos se empezarán a preocupar por la legislación de la materia, dando lugar a una proliferación de normas cuanto menos digna de mención.

Conscientes de la necesidad de un cambio en la materia, y de que tal cambio pasaba por incluir en los textos normativos aspectos favorables a la integración, a instancia de la mayoría de grupos parlamentarios se aprobó la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

La norma varió profundamente el sentido de la regulación anterior. Se caracterizaba por ser un texto integrador en derechos, en el que desaparece el corte policial de la norma que derogó. Sin embargo, su duración es efímera siendo sustituida por LO 8/2000, de 22 de diciembre, LO 11/2003, de 29 de septiembre y LO 14/2003, de 20 de noviembre.

Los textos que sucedieron a esta primera modificación se situaron en la línea europea, de intentar poner el acento en el control de flujos migratorios. Desde la última reforma de la Ley (14/2003, de 20 de noviembre), el marco jurídico de la inmigración se centra en la regulación de flujos en origen, siguiendo así al común de la Unión Europea<sup>1</sup>. A modo de pincelada diremos que la norma establece la necesidad de entrar en España provisto de visado específico para el fin de la residencia o estancia, imposibilitando la conversión de un tipo de visado en otro y vinculando la efectiva formalización de la autorización a la contratación efectiva de la empresa que formuló la solicitud.

Sin embargo, las modificaciones sobre la Ley Orgánica no son los únicos instrumentos legales que vienen acompañando la transformación social de nuestro país, jugando un lugar fundamental las diferentes instrucciones, acuerdos, directivas y tratados internacionales.

Entramos, con estos instrumentos, en el campo de las políticas europeas en materia migratoria. El sentido con que la UE viene abordando desde hace años este tema se ha centrado en la elaboración de normativas rígidas a la hora de establecerse regularmente, conjugado con la elaboración de instrumentos de contención de la inmigración irregular.

Las directivas, lógicamente, también se colocan en esta dimensión restrictiva. A continuación hablaremos someramente de dos de ellas.

### **La Directiva 2003/86/CE de 22 de septiembre de 2003 del Consejo: el Derecho a Reagrupación Familiar.**

En términos muy generales, la directiva regula el derecho de reagrupación entre extranjeros residentes, con autorizaciones de al menos dos años, debida capacidad económica y vivienda suficiente para traer con ellos a su cónyuge, ascendientes y descendientes menores de dieciocho años.

Respecto a estos últimos, *faculta a los Estados para que imponga una prueba de integración a los descendientes mayores de doce años, para que impongan la necesidad de que las solicitudes se depositen antes de los quince años o para que impongan un periodo de espera de hasta tres años entre el momento en que se presente la solicitud y aquel en que se obtenga la residencia.*

El Parlamento Europeo recurrió ante el Tribunal de Justicia la Directiva del Consejo, pidiendo la anulación de estas disposiciones por considerar que vulneran derechos fundamentales, en particular, los relativos a la vida en familia y a la no discriminación. El Tribunal se pronunció en Decisión de 27 de junio de 2006 (asunto 540/03), desestimando las Alegaciones del Parlamento, por considerarlas infundadas.

### **Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a procedimientos y normas comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentre en ilegalmente en su territorio.**

El día 1 de septiembre de 2005 veía la luz una propuesta de directiva con este nombre que pretendía establecer los procedimientos y normas comunes que han de aplicarse en los Estados miembros para el retorno de aquellos nacionales de terceros países que *no cumplan, o hayan dejado de cumplir, las condiciones de estancia legal.* Ello “de conformidad con los derechos fundamentales como principios generales del Derecho comunitario, así como del Derecho internacional, incluidas la protección de los refugiados y las obligaciones en materia de derechos humanos”.

<sup>1</sup> Es interesante al respecto el trabajo publicado por la Fundación la Caixa, “La regulación de la inmigración en Europa”, coordinado por Eliso Aja y Laura Díez (colección Estudios Sociales número 17) y el estudio publicado por la OIM “Comparative study of the laws in the 27 WU member states for legal immigration”.

El Texto de 2005 establecía un tiempo máximo de internamiento de personas irregulares de seis meses, con la exigencia de una revisión judicial por mes. Se establecía además como regla general la necesaria orden judicial como elemento previo a la detención, quedando para casos urgentes el internamiento por orden administrativa con posterior confirmación judicial.

Visto el Informe de la Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior, la propuesta se ve enmendada en fecha de 20 de septiembre de 2007, dando lugar al texto, considerablemente endurecido, que se habría de votar el pasado 7 de mayo de 2008.

El texto pasa a hablar, entre otros extremos, de la posibilidad de internamiento aprobada por autoridad administrativa, de seis meses prorrogable hasta dieciocho como vía previa a la expulsión de los nacionales de terceros países que se encuentren en situación irregular. De la posibilidad de que ese internamiento se produzca en centro penitenciarios, cuando el Estado miembro carezca de centros de internamiento de extranjeros (si bien, deberán estar físicamente separados de los presos comunes). O del internamiento de menores, tanto no acompañados, como de menores acompañados; en este caso se habrá de procurar el internamiento de la unidad familiar y salvaguardar el derecho a la educación y al ocio del menor, suspendiendo la expulsión hasta que este termine el curso escolar.

La votación prevista para el 7 de mayo no salió adelante por falta de la mayoría cualificada para su aprobación. La base de la oposición es el deseo de un endurecimiento del texto. Desde esta perspectiva, Alemania, Austria y Grecia se opusieron a la aprobación, por no estar dispuestos a dar asistencia jurídica gratuita. La República Checa, Francia, y Hungría solicitaron la reducción del plazo que la norma preveía para la salida voluntaria prevista con carácter previo a la expulsión y que la propuesta situaba en un intervalo de entre 7 y 30 días. Francia se opuso asimismo a las garantías previstas para los menores en edad escolar, no estando de acuerdo en la necesidad de tener que esperar al término del curso escolar.

Vista la oposición, se aplazó la votación al 21 de mayo, fecha en que sí salió adelante. El Acuerdo se consiguió previo endurecimiento del texto que le precedía. Entre las modificaciones figuran la ausencia de deber de asegurar justicia gratuita; el texto ha pasado de asegurar el derecho a "posibilitarlo si así está previsto en la legislación del Estado miembro".

El Parlamento Europeo se pronunció en resolución favorable el pasado día 18 de junio, dando luz verde a la Directiva.

El elenco de medidas gravísimamente restrictivas de Derechos fundamentales que estandariza la Directiva no es proporcionado ni necesario. No se justifican por las necesidades derivadas de las dificultades de la gestión del "retorno" que se puedan dar en puntuales casos.

Es en todo caso exigible de los Estados, cuando son los derechos humanos, sean de sus ciudadanos o no, los que están en juego, que pongan todos los medios a su alcance para que la restricción sea estrictamente la necesaria, la mínima imprescindible, y en todo caso proporcional con el fin legítimo perseguido, tal como categóricamente establece el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y la jurisprudencia de Tribunal Europeo, que vincula a todos los países europeos. Así pues, resulta muy difícil compaginar las obligaciones que los Estados miembros han asumido en el Convenio de Derechos Humanos citado, el Convenio Europeo sobre Extradición (1957) y la Convención de los Derechos del niño (1989) con la criminalización de las personas migrantes y la restricción paulatina de garantías y derechos que está teniendo lugar en Europa, cuyo exponente más claro y reciente es la Directiva. Es de destacar en el articulado:

- a) La introducción entre las definiciones del concepto de «riesgo de fuga» junto con la enumeración de elementos más propios del derecho penal (artículo 3)
- b) La prórroga del periodo de internamiento hasta 12 meses o 18 (6 más 12), siendo posible su determinación sin la intervención judicial (artículo 14), cuando el Convenio Europeo sobre extradición ratificado por los 27 Estados miembros prevé que la detención preventiva no podrá exceder de 40 días.
- c) La admisión del internamiento temporal de menores, que en nada respeta el interés superior del menor, principio rector de la Convención de los derechos del niño.
- d) La posibilidad de llevar a cabo los internamientos en centros penitenciarios (artículo 16.1)<sup>2</sup>.

En contraste, el 25 de octubre de 2007, se publicaba el Dictamen sobre "Política comunitaria de inmigración y de cooperación con los países de origen para favorecer el desarrollo", cuyo ponente fue el Sr. Pariza Castaños<sup>3</sup>. Este texto ha sido completado por el dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema "Migración y desarrollo: oportunidades y retos"<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Al respecto es interesante el artículo "Directiva de Retorno: No a la criminalización de las personas migrantes", publicado por *Abogados*, Revista del Consejo General de la Abogacía Española, número 51, Septiembre 2008.

<sup>3</sup> SOC/268, Inmigración y cooperación para el desarrollo, de 4 de junio de 2007.

<sup>4</sup> 2008/C120/18

El dictamen habla de inmigración como respuesta a situaciones de pobreza y desigualdad, apoyando la idea de que las migraciones deben articularse teniendo en cuenta a los países receptores de inmigración y en la necesidad de que Europa deje de poner el acento sobre sí misma y en sus intereses. Propone, con esta idea, superar el diseño actual de las políticas de inmigración que han pasado por “luchar contra la inmigración irregular y el tráfico de seres humanos, dar satisfacción a las necesidades de nuestros mercados de trabajo y nuestro desarrollo económico; así se consideran los problemas de convivencia o de identidad, se definen las políticas de admisión para atraer a inmigrantes altamente cualificados al tiempo que rechazamos otros. En función de estas consideraciones, los europeos nos dotamos de políticas de inmigración más abiertas o más restrictivas, pero siempre pensando exclusivamente en los efectos que la inmigración tiene en las sociedades europeas” para fomentar la articulación de políticas migratorias realizadas en colaboración con los países de origen, “para que las migraciones sean un factor de desarrollo para esos países. Ello supone replantear muchos aspectos de esas políticas, incluso los que se refieren a los criterios de admisión, o las posibilidades de movilidad de los inmigrantes.” Se habla, en definitiva, de elaborar políticas desde un marco normativo asentado sobre la base de los diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que pasa por una ratificación inmediata de la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares” adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 45/158 de 18 de diciembre de 1990, que está en vigor el 1 de julio de 2003.

Cabría preguntarse por la correlación entre estos dictámenes y las directivas finalmente aprobadas en el seno de la Unión Europea.

Se viene justificando la Directiva en la necesidad de un marco de actuación común o en el vacío legal que supone que muchos Estados miembros carezcan de una regulación en la que se fijen plazos en los internamientos de extranjeros. Sin embargo la necesidad de hacer frente a ambos aspectos no tiene por qué pasar por plazos desproporcionados ante la actuación cometida, procedimientos sin garantías o salvaguarda de derechos fundamentales sólo tenidas en cuenta en los enunciados.

Leyendo el texto podemos caer en ver en él aspectos favorables cuando leemos que se tendrá derecho a intérprete, a abogado, a recurso o que se velará por el interés del menor y que las medidas de internamiento se acordarán por el menor tiempo posible. Sin embargo, estamos ante medidas y concesiones tan mínimas que antes de alabarlas deberían ser objeto de reflexión.

## Recomendaciones de la sociedad civil

Los días 27, 28, 29 y 30 de octubre de 2008 se celebró en Manila el II Foro Mundial de Migración y Desarrollo, como continuación del que tuvo lugar en 2007 en Bruselas. Se trata de encuentros intergubernamentales en los que el trabajo previo de la Sociedad Civil es vertido a los Gobiernos en forma de recomendación.

De nuevo, e invitándonos a reflexionar sobre la necesidad de un giro en las políticas migratorias mundiales, la Sociedad Civil puso el acento en la urgencia por vincular migraciones con derechos humanos. Vinculación que se necesita desde el plano local (políticas de integración) al supranacional (políticas y legislaciones que tomen el elenco de derechos humanos como punto de partida).

Las recomendaciones pasadas a los gobiernos se podrían resumir en los siguientes puntos:

- Solicitud de políticas migratorias más justas, elaboradas desde una perspectiva respetuosa con los derechos humanos, que apoye los procesos de reagrupación familiar y los derechos de los grupos más vulnerables, entre los que se mencionaba expresamente a los menores y las trabajadoras de empleo doméstico.
- Ratificación de convenciones internacionales, con especial mención a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus familias y los convenios de la OIT 97 y 147.
- Necesidad de un ajuste en el actual enfoque entre migración y desarrollo, que supere la visión economicista que centra la relación en las remesas y avance en el reconocimiento de la necesidad de una inversión social y económica para que exista un verdadero desarrollo en los países emisores de migrantes.
- Necesidad de modificar el actual concepto de migración temporal o circular, variando su regulación de manera que no se atente contra el derecho del migrante a establecerse en el país de destino.
- Variación de las políticas hacia inmigrantes irregulares, girando hacia una perspectiva más respetuosa con los derechos fundamentales, y superando la actual tendencia a la criminalización de éstos.
- Importancia del reconocimiento de los derechos de reunión, asociación, sindicación, sanidad, educación y seguridad social y del reconocimiento de la transferibilidad de cotizaciones.
- Facilitar la transferencia y reducir el costo de las remesas.
- Ampliar los canales de migración regular, y el acceso a nacionalidad.

- Reconocer la contribución de las organizaciones y asociaciones de inmigrantes, asignándoles fondos para que contribuyan de manera más eficaz.
- Garantizar una mayor participación a la sociedad civil en la recogida de datos sobre migración.
- Garantizar el diálogo entre el gobierno y las entidades de apoyo a inmigrantes.
- Mejorar la coordinación y el diálogo entre los organismos internacionales implicados.
- Reconsideración por parte de la UE sobre las disposiciones de la Directiva de retorno, especialmente en lo referente a los periodos de detención.

Pasamos por un momento mundial complejo, en el que la situación económica coloca en una situación de mayor vulnerabilidad a colectivos ya vulnerables. En tanto que los procesos migratorios a los que hoy asistimos no están basados en decisiones tomadas desde la libertad individual, sino en respuestas a situaciones de necesidad, los mismos no van a desaparecer por la coyuntura socioeconómica de los países de destino. Se debe, en consecuencia, poner un mayor cuidado en el desarrollo de políticas migratorias que tengan en cuenta la necesidad bidireccional de trabajar por la consecución y el mantenimiento de adecuados procesos de integración social, que se aleje de la criminalización social y/o legislativa de la población inmigrante.