

ESTADOS EXPULSORES Y SEMIPERSONAS EN LA UNIÓN EUROPEA¹

Héctor C. Silveira Gorski

(Profesor de la UdL y Director Adjunto del OSPDH)

RESUMEN

La aprobación en junio de 2008 por el Parlamento Europeo de la Directiva de retorno —denominada también Directiva de la infamia o Directiva de expulsión— consolida el proceso de involución que sobre los derechos humanos se viene produciendo en la Unión Europea desde que el miedo a la inmigración irregular se incardinó en sus instituciones. Si bien las legislaciones de extranjería de los años ochenta contenían normas que regulaban el internamiento y la expulsión no es hasta la Directiva 2001/40/CE que comienza a tomar forma una política comunitaria centrada en la inmigración irregular y las expulsiones de migrantes. Las medidas de retorno son, dice la Comisión europea, “una piedra angular de la política de migración de la UE”. Desde entonces, la barbarie de los centros de retención e internamiento, el socavamiento de los derechos y la exclusión y criminalización de los migrantes extranjeros se han convertido en el caballo de batalla de las asociaciones defensoras de los derechos humanos. La erosión que las legislaciones y medidas de expulsión están provocado en los derechos y libertades y en las instituciones del Estado de derecho es inmensa. El retroceso y la erosión en los derechos y libertades es tan grande que ya no es posible continuar hablando sin más de Estados de derecho en la UE, sino más bien de máquinas administrativas para el internamiento y la expulsión, de “Estados expulsores”(1), donde las personas extranjeras son tratadas como semipersonas (2) e incluso como “no-personas” (3).

ABSTRACT

The adoption in June 2008 by the European Parliament of the Directive on Return consolidates the process of involution that human rights have been suffering in the EU since the fear of illegal immigration has developed deep roots in its institutions. While the laws of the eighties regarding foreigners already contained rules governing detention and expulsion, it is not until Directive 2001/40/EC that the communitarian policy focused on illegal immigration and the expulsion of migrants begins to take shape. The return measures are, as the European Commission said, “a cornerstone of immigration policy in the EU”. Since then, the barbarism of the internment and detention centres, the erosion of rights, the exclusion and criminalization of foreign migrants, have become the battle flag of the associations defending human rights. The erosion that these laws and expulsion measures are causing to the rights and freedoms and to the Constitutional State and its institutions is immense. The decline and erosion

¹ Artículo publicado en la revista Anales de la Cátedra Francisco Suarez, n. 43, 2009, p. 117-141; ISSN: 0008-7750.

in the rights and freedoms is so great that one can no longer talk about Constitutional States in the EU, but rather about administrative machineries for the internment and deportation, and in this way, about “expelling States”(1), where foreign people are treated as “semi-persons” (2) and even as “non-persons”(3).

Palabras clave: derechos humanos, seguridad, inmigración, Estado de Derecho, centros de internamiento, leyes de extranjería

Key words: human rights, security, immigration, rule of law, confinement centres, immigration laws

“Questi meccanismi discriminatori nell'amministrazione dei diritti fondamentali a vantaggio di cittadini 'rispettabili' e garantiti e ai costi degli esclusi -emigranti di colore, senza lavoro, senza casa, tossicodependenti...- condizionano una riduzione della sicurezza giuridica que, allo stesso tempo, alimenta il sentimento di insicurezza nell'opinione pubblica e trae alimento da esso” (Baratta, 2000, 21)

1. Introducción

La aprobación en junio de 2008 por el Parlamento Europeo de la Directiva de retorno² - denominada también *Directiva de la infamia* o *Directiva de expulsión*- consolida el proceso de involución que sobre los derechos humanos se viene produciendo en la Unión Europea desde que el miedo a la inmigración irregular se incardinó en sus instituciones. Si bien las legislaciones de extranjería de los años ochenta contenían normas que regulaban el internamiento y la expulsión no es hasta la Directiva 2001/40/CE³ que comienza a tomar forma una política comunitaria centrada en la inmigración irregular y las expulsiones de migrantes⁴. Las medidas de retorno son, dice la Comisión europea, “una piedra angular de la política de migración de la UE”⁵.

Desde entonces, la barbarie de los centros de retención e internamiento, el socavamiento de los derechos y la exclusión⁶ y criminalización de los migrantes extranjeros se han convertido en el caballo de batalla de las asociaciones defensoras de los derechos humanos⁷. La erosión que las legislaciones y medidas de expulsión están provocado en los derechos y libertades y en las instituciones del Estado de derecho es inmensa. Esta

² Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE, 24.12.2008).

³ Directiva 2001/40/CE del Consejo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, de mayo de 2001.

⁴ El iter legislativo que antecede a la *Directiva de expulsión* está muy bien explicado en Aguelo-Chueca (2008, 121).

⁵ Comisión Europea (2006): Política de la UE para luchar contra la inmigración ilegal. MEMO/06/296, Bruselas, 19 de julio de 2006

⁶ Sobre los procesos de exclusión de las personas migrantes en el Estado de derecho ver Portilla (2007, 2008) y Brandariz (2007).

⁷ Ver los informes de HRW (2002, 2002b, 2005, 2008, 2009); AI (2005, 2006a, 2006b, 2007, 2008a, 2008b), CEAR (2007), OSPDH (2003, 2008), STEPS (2006), Guild (2005), Bietlot (2005), Acnur (2006). ProAsyl (2007).

situación es la que se refleja en el *Informe Roure* (2009) sobre la aplicación en la Unión Europea de las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo (Directiva 2003/9/CE) recientemente aprobado en el Parlamento Europeo por una amplia mayoría de diputados. En la observación general segunda de este Informe se hace hincapié en que los derechos de la persona, como el derecho a vivir con dignidad, el acceso a la asistencia sanitaria o la protección de la vida familiar deben garantizarse “en todo momento e independientemente del estatus del nacional de un tercer país implicado”, no siendo aceptable que no se trate a “*una persona por la única razón de que o él o ella sea un inmigrante en situación irregular*” [cursiva mía].

Basta con leer algunas de las disposiciones normativas que contiene la *Directiva de expulsión* para tener una idea del punto de inflexión en que se encuentra Europa en relación con los derechos humanos. La Directiva permite, por ejemplo, que menores extranjeros no acompañados y familias con menores sean internados y expulsados (arts. 10 y 17). Paradójicamente, los mismos diputados que aprobaron esta disposición, seis meses después, en el Informe Roure piden “que se prohíba por principio la retención de menores” (párrafo 41). Mas, la Directiva también permite que ciudadanos extranjeros sean privados de libertad -internados- por una simple orden administrativa (art. 15.2) por un período de 6 meses prorrogables hasta 12 meses más (arts. 15.5 y 15.6); no reciban asistencia jurídica y/o representación legal si no lo solicitan previamente (art. 13.4) y, en el caso de que no puedan ser expulsados -inexpulsables-, deban permanecer en el territorio europeo como “alegales”, en un limbo jurídico, y en condiciones precarias de subsistencia (considerando 12)⁸. En fin, el retroceso y la erosión en los derechos y libertades es tan grande que ya no es posible continuar hablando sin más de Estados de derecho en la UE, sino más bien de máquinas administrativas para el internamiento y la expulsión, de “Estados expulsores” (1), donde las personas extranjeras son tratadas como semipersonas e incluso como “no-personas” (2).

2. Estados expulsores

Los *Estados expulsores* son aquellos que implementan políticas de expulsión y devolución de personas extranjeras de su territorio o que las rechazan en sus fronteras a través de procedimientos administrativos que suelen ir acompañados de la retención e internamiento de extranjeros en cárceles administrativas creadas especialmente para estos casos. Año tras año miles de ciudadanos de terceros países son detenidos, internados y expulsados del territorio europeo⁹. Para ello los Estados se han dotado de leyes especiales, de normas sancionadoras a la inmigración irregular y de cárceles administrativas, situadas en los aeropuertos, puestos fronterizos y núcleos urbanos. El resultado es la formación de un subsistema penal administrativo específico para los migrantes extranjeros. Este subsistema, obviando las garantías propias del procedimiento penal, afecta a derechos y libertades fundamentales y establece sanciones que son similares, en su esencia, a las penas. Por ejemplo, el uso del internamiento como medida cautelar para garantizar la efectividad de la sanción administrativa ha llevado a que la privación de libertad se convierta en una medida administrativa ordinaria, con la posibilidad incluso de que pueda escapar al control jurisdiccional (art.

⁸ Sobre la Directiva de la infamia y sus efectos sobre los derechos humanos ver Aguelo-Chueca (2008); Pavón (2008), De Lucas (2008).

⁹ En el año 2004 el conjunto de los países de la UE dictaron 650.000 órdenes de expulsión, de las cuales 164.000 se convirtieron en expulsiones forzosas (EMN 2008)

15.2 *Directiva de expulsión*). Todo ello, además, se hace, paradójicamente, bajo el manto del respeto del principio de legalidad y de los derechos humanos.

El internamiento y expulsión de personas por no tener papeles es una respuesta excesiva y abusiva del Estado de derecho (OSPDH 2003)¹⁰. Pero las cárceles administrativas de extranjeros tienen una importante función simbólica en la UE: simbolizan las nuevas fronteras interiores, determinando especialmente para los ciudadanos, quiénes no forman parte y, por tanto, deberán ser excluidos-expulsados de la comunidad. A finales de 2008 se contabilizaban alrededor de 235 campos cerrados en los 25 países miembros de la UE (Migreurop 2008). Mas, en realidad, son muchos más si incluimos otros tipos de espacios de retención como las zonas de espera de los aeropuertos. Sólo en Francia hay más de 200 zonas de espera (*zones d'attente*), 26 centros de retención administrativa (*centres de rétention administrative*) y un número indefinido de locales de retención administrativa (*locaux de rétention administrative*) (Cimade 2008). En estas cárceles son internados por un periodo de tiempo los migrantes que tratan de entrar de forma irregular en el territorio de la UE, los que están a la espera de ser expulsados, ya sea por estar en situación administrativa irregular o porque han visto denegada su solicitud de asilo, o bien los que son rechazados en las fronteras por la policía¹¹. En las zonas de espera, en concreto, se pueden encontrar extranjeros que han sido rechazados -serán retornados- en la frontera o están a la espera de ser readmitidos en el país del que proceden.

Los procedimientos de expulsión junto con las cárceles administrativas, que toman forma en espacios de todo tipo -comisarías, zonas de espera, locales de retención, centros de internamiento-, representan el último eslabón de un proceso de despersonalización¹² al que son sometidos los migrantes extranjeros en las sociedades europeas. Este proceso de despersonalización tiene como punto de partida el reconocimiento que los ordenamientos jurídicos europeos hacen del extranjero migrante como *semipersona*.

3. El extranjero migrante como *semipersona*

En los Estados de la UE el migrante extranjero integra, desde un punto de vista jurídico, la categoría de las semipersonas. El sistema jurídico no lo trata como un sujeto con plenos derechos, sino que le da un reconocimiento parcial y diferenciado del resto de ciudadanos. Los extranjeros se convierten y son tratados como semipersonas básicamente por dos motivos. En primer lugar, porque los Estados consideran que los derechos de la persona deben ser reconocidos no a cualquier ser humano, sino plenamente a sus ciudadanos -a los que son miembros de la comunidad- y, en segundo lugar, como consecuencia de las leyes y medidas específicas que los Estados elaboran para regular, controlar y sancionar a los “no ciudadanos” (Silveira 1998b). Para la mayoría de los migrantes el derecho y las decisiones que adoptan aquellos que lo

¹⁰ Sobre el internamiento y su procedimiento administrativo ver OSPDH (2003).

¹¹ Sobre el papel del Estado español en el control de las migraciones procedentes de los países del sur ver Fernández (2008).

¹² Todorov, en *Frente al límite* (1993), utiliza el término “despersonalización” para referirse a la transformación de personas en no-personas, “en seres animados pero no humanos”. Mas, lo hace en relación con las técnicas que siguieron los nazis para deshumanizar completamente al “otro” y así hacer más fácil su exterminio (186-206). En este texto, sin embargo, utilizamos este concepto en un sentido de no reconocimiento y de pérdida gradual de los derechos de la persona.

ejecutan se han convertido en una verdadera pesadilla con graves consecuencias para sus proyectos personales y la convivencia social. Para aquellos que están como irregulares esta situación es especialmente delicada porque fácilmente pueden pasar del estadio de semipersonas al de no-personas.

3.1 De personas a *semipersonas*

El que un ser humano sea tratado como una persona depende de cómo sus congéneres lo reconozcan y traten. El concepto de persona alude a un ser humano que recibe un reconocimiento moral, social y, en última instancia, jurídico. La persona, escribe Dal Lago, es “el conjunto de los atributos suficientes para hacer de un ser humano un hombre entre los demás hombres”. Es un ser humano “social” que existe, “sólo en tanto que su 'humanidad' no ha sido recovada o anulada” (2000, 218).

El significado actual de persona toma forma en la cultura romana, donde se convierte por primera vez en una institución del derecho. La persona como categoría jurídica le da un nuevo significado al ser humano: es el nombre que recibe el sujeto de derecho. Como término, sin embargo, persona proviene de los etruscos, quienes tuvieron una importante civilización de máscaras denominadas *phersu*. Estas eran usadas por ejemplo en los ritos que realizaban los fieles en el culto a la diosa Pérsefone. Los etruscos posiblemente la tomaron de los griegos que denominaban también a los poseedores de la máscara (*prosopón*). Los latinos adaptan este término al mundo del espectáculo y el teatro y llaman persona a la máscara a través de la cual (*per-sonare*) resuena la voz del actor. Mas, como decíamos, fueron los latinos los que le dieron al término persona el sentido que le damos hoy: ser una institución del derecho. Además de la persona en el sentido de máscara, el papel-personaje que desempeña el actor en la comedia y la tragedia se crea otro significado, el de sujeto de derecho. En el derecho romano junto a las *res* y las *acciones* están las *personas*, con sus derechos, obligaciones, bienes y responsabilidades en la ciudad. Del derecho a la persona queda excluido el esclavo: *Servus not habet personam*. El esclavo carece de personalidad, “no tiene cuerpo, ni antepasados, ni nombre, ni *congomen*, ni bienes propios” (Mauss 1991, 323-326).

Este sentido jurídico de la persona se verá enriquecido más adelante, bajo el impulso del estoicismo, con un significado de tipo moral y psíquico. El descubrimiento del espacio interior de la conciencia, que Cicerón identifica con la “recta razón” (*recta ratio*) o razón universal, contaminará también al mundo del derecho y al sentido jurídico se añade otro de tipo moral. “La conciencia moral, afirma Mauss, introduce la conciencia dentro de la concepción jurídica del derecho. A las funciones, honores, cargas y derechos se añade la persona moral consciente ” (1991, 327). La persona pasa a ser el ser humano que es consciente, independiente, responsable, libre y autónomo. En este proceso jugó también un papel relevante el pensamiento cristiano, que utilizó la noción de “conciencia” como instrumento de difusión de la palabra de Dios en el hombre. Para Agustín, la regla de Mateo “Todo lo que quisieran que los hombres hagan por ustedes, háganlo igualmente ustedes por ellos” está “inscrita en la conciencia del hombre”. Más adelante, en el S. VI Boecio lanza su célebre definición de la “persona” como “una sustancia individual de naturaleza racional” (*naturae rationalis individua substantia*). Esta definición tendrá una importante influencia en el pensamiento de la Edad Media y del Renacimiento y será, al debilitar el vínculo entre el hombre y Dios, el punto de

partida de la elaboración de una nueva antropología centrada en el individuo (Mattéi 2005, 106).

Como es conocido la sociedad moderna es una sociedad de individuos construida a partir del proyecto socio-político impulsado y regido por la burguesía. En este proyecto el ser humano es concebido como una encarnación de la humanidad y, como tal, igual a cualquier otro ser humano libre. El principio de igualdad, concebido como independencia del hombre y como crítica de la subordinación y obediencia a jerarquías preconstituidas, es el eje constitutivo y el principio regulador de las instituciones jurídicas de la sociedad moderna. A partir de él nacerá un nuevo orden social fundamentado en una concepción individualista-independiente del hombre como persona moral, el Estado como único mediador universal de una sociedad atomizada y conflictiva, el derecho positivo y la autonomía y la primacía de la esfera económica sobre la esfera político social (Barcellona 1996, 55-66, Dumont 1987).

En esta sociedad de individuos el ordenamiento jurídico debe afrontar un doble reto: garantizar la compatibilidad entre la vida del hombre en la esfera privada con su participación como ciudadano en la esfera pública y, a su vez, la doble articulación de las relaciones sociales, respetando el principio de igualdad, la naturalización de lo económico y de la propiedad privada y garantizando la legitimación política del Estado. Para ello, para proteger al individuo y sus posesiones privadas de un poder político convencional, de un Estado sin límites naturales, el derecho deberá transformarse en formas y procedimientos indiferentes a la justicia. En palabras de Barcellona, “el orden formal de la igualdad, de la igual sumisión a las mismas reglas del juego y, al mismo tipo de juego (el mercado), conserva la unidad social y pacífica de la sociedad conflictiva de los poseedores privados, y, al mismo tiempo, conserva y reproduce la propiedad privada, el *proprium* constitutivo del moderno individuo independiente” (1996, 64). En este marco es donde el nuevo orden jurídico utiliza el término persona para designar a aquellos sujetos con aptitud para ser titulares de derechos y deberes en las relaciones jurídicas. El derecho otorga a los individuos personalidad jurídica, es decir, convierte sus comportamientos “en el contenido de obligaciones y derechos” (Kelsen 1997, 198)¹³.

3.1.1 El subsistema jurídico de las *semipersonas* extranjeras

Los ordenamientos jurídicos modernos nacidos de los Estados-nación otorgan a los extranjeros una personalidad jurídica específica y diferenciada de la de los otros miembros de la comunidad en que habitan. Al extranjero no se le reconocen los mismos derechos que al ciudadano nacional.

En el Estado español, los derechos y libertades de los extranjeros son divididos por la jurisprudencia y la doctrina en cuatro grupos. A partir de lo establecido en el ordenamiento jurídico, especialmente en los artículos 13 de la Constitución española y 27 del Código Civil, el Tribunal Constitucional, desde la sentencia 107/1984, ha venido elaborando una doctrina que distingue entre varios tipos de derechos en relación a su aplicación a los extranjeros (García Vázquez 2007, 43). En primer lugar, los extranjeros

¹³ De todos modos, como señala Wiethölter, la concepción jurídica de persona es oscura. El concepto de persona suele ser identificado con capacidad jurídica, lo que lo convierte en un concepto jurídico superfluo (1991, 106).

tienen reconocidos, por mandato constitucional, los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que son considerados inviolables por ser “imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”. Algunos de estos derechos reconocidos expresamente por el Tribunal Constitucional son el derecho a la vida y a la integridad física y moral; a la libertad religiosa y de culto de los individuos y las comunidades; a la libertad y a la seguridad; al honor, a la intimidad personal y familiar, a la tutela judicial efectiva y a la asistencia jurídica gratuita y a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Todo ellos pertenecen a las personas en cuanto tal, “pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva” (STC 236/2007, F.J.3º). Son derechos “que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos” (STC 107/1984, F.J. 3º). Estos derechos configuran un estándar mínimo regulado en tratados y convenios internacionales que deberá ser respetado por el legislador a la hora de legislar sobre ellos.

Para juzgar la constitucionalidad de las disposiciones normativas que afecten a estos derechos resulta decisivo para el Tribunal Constitucional

“el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos 'imprescindibles para la garantía de la dignidad humana'. Y ello porque al legislar sobre ellos no podrá modular o atemperar su contenido (STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2) ni por supuesto negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano” (STC 236/2007 FJ3º).

En segundo lugar, además de los derechos inherentes a la persona, los extranjeros tienen los derechos que la Constitución les reconoce directamente y que son a los que se refiere el art. 13.1 CE¹⁴. El legislador no puede negar, por tanto, estos derechos al extranjero aunque puede “establecer condicionamientos adicionales respecto a su ejercicio por parte de aquéllos, si bien ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales” (STC 236/2007, F.J.4º)¹⁵. En cuanto los derechos fundamentales son del individuo el legislador está obligado a respetar su contenido esencial, en el sentido de que no puede realizar una regulación que los desfigure o los haga desaparecer completamente (Pérez Tremps 1994, 153). Por no respetar este contenido el Tribunal Constitucional declaró inconstitucionales varios artículos de la LO 4/2000, entre ellos los que regulaban los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga. En relación con estos derechos el problema surgió como consecuencia de que el legislador reconocía a los extranjeros la titularidad de estos derechos pero supeditaba su ejercicio a la obtención de autorización de estancia o residencia en España. Esto último fue considerado abusivo por el alto tribunal, en el sentido de que consideraba que la negación del ejercicio de los derechos a los extranjeros sin permiso de estancia o residencia suponía, en el fondo, atacar el contenido esencial de estos derechos y que “la Constitución salvaguarda por pertenecer a toda persona”. El legislador puede fijar

¹⁴ “Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

¹⁵ “Significa, sin embargo, que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución (y que por consiguiente se le reconoce también a ellos [a los extranjeros] en principio, con las salvedades concernientes a los arts. 19, 23 y 29, como se desprende de su tenor literal y del mismo art, 13 en su párrafo segundo) podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española”.

condiciones específicas para el ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución a los extranjeros que se encuentran en el territorio español y que no tienen la correspondiente autorización de estancia o residencia, mas “siempre y cuando respete un contenido¹⁶ del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre” (STC 236/2007, F.J. 6º).

En tercer lugar están los derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución pero que el legislador “puede extender a los no nacionales, aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles” (STC 94/1993, F.J.4º). Entre estos derechos están el derecho al trabajo, el derecho a la salud, a percibir una prestación de desempleo y, con matizaciones, el derecho de residencia y circulación en España.¹⁷ Las leyes y los tratados podrán “modular” o “atemperar” el ejercicio de estos derechos por parte de los extranjeros pero sin llegar a establecer diferencias injustificables con los españoles. Las condiciones que establezca el legislador para el ejercicio de los derechos y libertades por parte de los extranjeros sólo serán válidas si respetan el contenido esencial de aquéllos, “se dirigen a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos y guardan adecuada proporcionalidad con la finalidad protegida” (STC 236/2007, F.J.4º). Por último, están los derechos que no tienen acceso los extranjeros por ser considerados ajenos a su condición e inherentes a la situación de ciudadanos, como son los derechos de participación política, y de acceso a funciones y cargos públicos (derechos vinculados al art. 23 CE).

Esta diferenciación entre derechos y su regulación específica en relación a su aplicación a los extranjeros tiene su fundamento en la Constitución, fundamentalmente en el artículo 14, que proclama que sólo los españoles son “iguales ante la ley”, y en el 13, que establece, en la interpretación dada por el TC, que los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades que garantiza el título I de la Constitución teniendo en cuenta que en cuanto a su contenido son todos derechos de configuración legal (STC 107/1984)¹⁸.

La Ley de Extranjería recoge esta interpretación y dispone que los “extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE en los términos establecidos en los Tratados Internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos” (art. 3.1). A partir de aquí si fijamos la atención en lo que dice la ley de extranjería y otras disposiciones normativas sobre los derechos, libertades y garantías de los extranjeros encontramos que estos a pesar de tener garantizados el contenido de los derechos de la persona no son reconocidos y tratados como personas, sino como semipersonas. Ello se debe a que el legislador ha creado un subsistema legal-administrativo con disposiciones normativas que, además de regular los derechos, deberes y situaciones administrativas diversas, también controlan,

¹⁶ Desde el punto de vista de la doctrina constitucional, se considera que con carácter general una disposición normativa rebasa o no tiene presente el contenido esencial cuando el derecho es sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más de lo razonable o lo dejan sin la protección necesaria (STC 11/1981).

¹⁷ El constituyente reserva la titularidad de algunos derechos del Título I de la CE sólo a los españoles como en el caso de los artículos 14 (igualdad ante la ley), 19 (libertad de circulación y residencia), 35 (derecho al trabajo), 41 (derecho a la Seguridad Social) y 47 (derecho a la vivienda).

¹⁸ Sobre la importancia de estas distinciones para no tomar en serio al inmigrante en su “condición de sujetos del derecho a tener derechos” y la imposibilidad de pensar a inmigrante como posible ciudadano ver De Lucas (2002).

reprimen, sancionan, discriminan y excluyen al extranjero (Baratta 2000). Veamos algunas de estas disposiciones normativas que además de configurar un “derecho penal de excepción” (Faraldo 2007), tratan a los extranjeros como semipersonas y “no personas”¹⁹.

a) Medidas de control

El legislador, por un lado, ha creado un subsistema jurídico de control específico sobre los migrantes. En este sistema participan varios organismos de la administración, como los que establece la Disposición Adicional quinta de la LO 4/2000 (en adelante LOEx): la Agencia Estatal de Administración Tributaria, la Tesorería General de la Seguridad Social y el Instituto Nacional de Estadística. Estos organismos deben facilitar “el acceso directo a los ficheros en los que obren datos de los extranjeros, y sin que sea preciso el consentimiento de los interesados”. Asimismo, la disposición adicional séptima de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, habilita que la Dirección General de la Policía pueda acceder a los datos de inscripción padronal de los extranjeros existentes en los Padrones Municipales para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la ley de extranjería sobre control y permanencia de extranjeros en España. Esta habilitación entra en contradicción con el artículo 22.2 de la Ley 15/99, de 13 de diciembre de Protección de Datos de carácter personal, que establece que la policía puede acceder a los datos personales pero sólo con el fin claro y determinado de prevenir “un peligro real para la seguridad pública y para la represión de las infracciones penales” (art. 22)²⁰. El acceso a los datos de los extranjeros se convierte, por decisión del legislador, en algo general y ordinario, cuando, en cambio, el acceso a los datos de españoles se permite sólo de forma excepcional y por causa justificada.

Las medidas de control y vigilancia sobre los inmigrantes también se extienden a agentes privados, como los transportistas de viajeros. Estos, según el artículo 66 de la LOEx y en cumplimiento de las Directivas 2001/51/CE²¹ y 2004/82/CE²², tienen que facilitar información sobre los inmigrantes, comprobar la validez y vigencia de sus documentos y en determinadas circunstancias deberán hacerse cargo de los extranjeros, garantizándoles “unas condiciones de vida adecuadas”. Asimismo, los transportistas deben garantizar que los inmigrantes sean entregados a Estados que les aseguren un “trato compatible con los derechos humanos”. Con ello el legislador permite que el inmigrante pueda ser limitado de movimiento por particulares, algo que carece de fundamento constitucional y que deja al extranjero en el limbo jurídico ya que no se sabe cuál es su estatus ni qué derechos puede ejercer en el caso de que el transportista deba hacerse cargo de él.

b) Medidas sancionadoras y coercitivas

¹⁹ En lo que sigue soy deudor de la ponencia “Los inmigrantes ¿ciudadanos?” de Carlos Jiménez Villarejo presentada en las *Jornadas Inmigración y Derechos Humanos* organizada por Jueces para la Democracia en Motril el 9-11 de abril de 2008.

²⁰ Sobre el tema del derecho a la intimidad y el acceso a los datos existentes en bancos ver Sánchez, Silveira, Navarro (2003, 49).

²¹ Directiva 2001/51/CE del Consejo, de 28 de junio de 2001, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985.

²² Directiva 2004/82/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004, *sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas*.

Además de establecer un subsistema de control, el legislador también ha creado un subsistema de sanción-coerción específico para los migrantes. Este subsistema comenzó a construirse con la primera Ley de Extranjería, la LO 7/1985, redactada por el legislador pensando en cómo tener las manos libres para actuar sobre los extranjeros, especialmente para expulsar a los irregulares, que en garantizar sus derechos y libertades. Los artículos 25 y 26 de esta ley, reguladores de la potestad sancionadora de la administración y de las expulsiones, eran un conjunto de definiciones vagas e inconcretas de sanciones, que no tenían límites precisos y no respetaban el principio de proporcionalidad. La expulsión era, en el fondo, una medida administrativa de carácter objetivo. Como escribe Solans, “el legislador de 1985 disfrazó de infracción/sanción, lo que en realidad obedecía a un esquema de ilegalidad objetiva/restitución objetiva propia de la medida, eludiendo así el hecho de que estamos hablando de conductas cuyos agentes son seres humanos y cuyas consecuencias de las medidas recaen en realidades y derechos subjetivos” (2008, 605).

La ley de extranjería vigente se distancia de la anterior y establece una estructura clara de infracciones y sanciones. Mas, esto no quiere decir, que el espíritu sancionador de la ley anterior, especialmente su afán expulsor, no siga estando presente en las nuevas disposiciones normativas. Así, el artículo 57.7 permite que el extranjero pueda ser expulsado cuando se prevea una pena inferior a seis años, y de los artículos 89 y 108 del Código Penal, que contemplan como obligatoria la expulsión en los casos de de penas privativas de libertad inferiores a seis años) (Souto 207, 289). En el primer caso, una mera imputación por falta e incluso sin que se haya habido producido el proceso y el pronunciamiento judicial, puede producirse la expulsión.

El legislador facilita las expulsiones también por otros medios. Por ejemplo, el artículo 53.f LOEx es una norma en blanco que abre la puerta a que la policía pueda incoar procedimientos de expulsión a partir de innumerables acciones que pueden ser consideradas contrarias al orden público según lo que se recoge como infracciones graves en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana²³. Otro ejemplo de quiebra del principio de legalidad es el artículo 13.2²⁴ del Reglamento de Extranjería que habilita que los funcionarios denieguen la entrada de extranjeros sin necesidad de hacerlo mediante resolución motivada. Mas, esta resolución, debería contener, como exige el art. 26.2 LOEx y el Código de Fronteras Schengen²⁵, información sobre los recursos a interponer, el plazo para hacerlo, y el derecho a la asistencia letrada. En

²³ El art. 23 de esta ley regula hasta 15 situaciones constitutivas de infracciones graves, las cuales van desde, por ejemplo, “la apertura de establecimientos y la celebración de espectáculos públicos o actividades recreativas careciendo de autorización o excediendo de los límites de la misma” hasta “la tolerancia del consumo ilegal o el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en locales o establecimientos públicos o la falta de diligencia en orden a impedirlos por parte de los propietarios, administradores o encargados de los mismos”, pasando por un concepto tan indeterminado como la “provocación de reacciones en el público que alteren o puedan alterar la seguridad ciudadana”.

²⁴ Art. 13.2: Al extranjero al que le sea denegada la entrada en el territorio nacional por los funcionarios responsables del control, de conformidad con lo dispuesto en los acuerdos internacionales suscritos por España, se le estampará en el pasaporte un sello de entrada tachado con una cruz de tinta indeleble negra, y deberá permanecer en las instalaciones destinadas al efecto en el puesto fronterizo hasta que, con la mayor brevedad posible, retorne al lugar de procedencia o continúe viaje hacia otro país donde sea admitido.

²⁵ Reglamento (CE) n° 562/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, por el que se establece un Código comunitario de normas para el cruce de personas por las fronteras (Código de fronteras Schengen).

cambio, si hay acuerdo de readmisión el legislador entiende que no hace falta motivar la denegación de entrada ni garantizar el derecho a la asistencia letrada que tiene el extranjero, basta con facilitar al extranjero la información a la que se refiere el artículo 26.2 de la LOEx.

La indefensión del extranjero alcanza su estado máximo cuando el extranjero es detenido en territorio español y, a su vez, tiene una resolución de expulsión dictada por otro Estado miembro de la UE. En estos casos, según lo establecido en la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, la expulsión podrá ser ejecutada de forma inmediata, independientemente del estatus administrativo que tenga el extranjero y sin necesidad de abrir otro expediente. El legislador incluso contempla el internamiento del extranjero para asegurar la ejecución de la sanción (art. 64.3 LOEx).

Las medidas de control y sanción elaboradas por el legislador quedan incompletas si no tenemos en cuenta también el comportamiento -la praxis administrativa- de los distintos organismos del Estado, especialmente de las fuerzas de seguridad, a la hora de implementar esta legislación. La policía española, por ejemplo, ha venido siguiendo como práctica habitual, desde 1985, la incoación de procedimientos de expulsión por estancia irregular en el territorio cuando la ley establece que en estos casos la sanción debe ser la de multa (art. 57.1 LOEx). El afán expulsor de la administración ha sido corregido en los últimos años por la doctrina del Tribunal Supremo. Este tribunal ha reafirmado la interpretación de la ley según la cual la sanción principal en casos de estancia irregular es la multa y que en el caso de la policía opte por aplicar la sanción de expulsión deberá motivar de forma expresa por qué opta por esta medida²⁶. Las numerosas sentencias de este tribunal casando aplicaciones de la ley inválidas ha llevado a que la Dirección General de Policía dicte una Circular (8/07) con nuevas instrucciones para la elaboración de expedientes sancionadores por estancia irregular. En ella se hace explícito que en los casos en que sólo exista “permanencia ilegal” los funcionarios deberán proceder a formular propuestas de sanción de multa, aplazando, en estos casos, la expulsión para cuando se produzca una segunda detención, como sanción por no cumplir la orden administrativa de abandono del territorio formulada en el primer expediente.

Las medidas represivas sobre los extranjeros alcanzan su máxima expresión en el “Protocolo de Normas de Seguridad en las Expulsiones colectivas por vía aérea y/o marítima” de 20 de julio de 2007, donde el Ministerio del interior español regula, entre otras cosas, el uso de una serie de “elementos de contención” (“lazos de seguridad, cascos, prendas inmovilizadoras homologadas, esposas o similares”) en los procedimientos de expulsión (Silveira-Rivera 2007).

c) Medidas discriminatorias

Junto a las disposiciones normativas que establecen un control y sanción específico sobre el extranjero también hay otras que le dan un trato discriminatorio. Así, por ejemplo, el extranjero puede encontrarse que la administración no le acepte trámites y solicitudes si se encuentra bajo unos determinados supuestos, como, por ejemplo, por

²⁶ Ver Recurso 9787/2003 y 10273/2003 de 18 de enero de 2007, recurso 8735/2003, de 25 de enero de 2007, recurso n. 7986/2003, de 9 de marzo de 2007.

carecer de legitimación; estar afectado por un procedimiento administrativo sancionador, estar en situación irregular, etc. En estos casos la autoridad competente para resolver “inadmitirá a trámite las solicitudes relativas a los procedimientos regulados” en la LOEx (Disposición adicional cuarta LOEx). Esto rige para el extranjero mas no para el ciudadano español ya que el procedimiento administrativo general no contempla la inadmisión a trámite como forma de finalizar el procedimiento. El principio general en todo Estado de derecho es que la administración está obligada a resolver los procedimientos que se le planteen, con las excepciones previstas (art. 42 Ley 30/1992)²⁷.

Asimismo, la disposición adicional tercera de la LOEx impide que los extranjeros puedan actuar por medio de representantes cuando quieran solicitar las autorizaciones de residencia y trabajo ante la administración, tanto en España como en el extranjero. Esta prohibición, también claramente discriminatoria, no afecta a los españoles quienes, en cambio, pueden actuar por medio de sus representantes legales (art. 32.1 Ley 30/1992). Otro caso de discriminación, con graves efectos sobre los derechos y garantías fundamentales del extranjero, se produce con la habilitación que realiza el legislador para que la policía haga uso de procedimientos preferentes en los casos de expulsiones (art. 63.1 LOEx). Ante estos el extranjero sólo tiene un plazo de 48 horas para presentar sus alegaciones a la propuesta motivada por escrito de expulsión. Este procedimiento preferente con un plazo de defensa tan breve no es más que una “consecuencia de la concepción de la expulsión como una medida administrativa objetiva y necesaria de respuesta a la estancia irregular” (Solans 2008, 617). La indefensión del extranjero se ve agravada además con la transformación automática de la propuesta de expulsión en decreto de expulsión si no se presentan alegaciones a la primera (art. 63.2 LOEx). Con estas medidas el legislador rebaja expresa y conscientemente los derechos a la tutela y a la defensa judicial del extranjero. La discriminación es aquí también evidente si la comparamos con la situación en la que se encuentran los españoles, y sus derechos, ante la administración (arts. 35²⁸, 79²⁹ y 80³⁰ de la Ley 30/1992).

²⁷ Artículo 42. Obligación de resolver. 1. La Administración está obligada a dictar resolución expresa en todos los procedimientos y a notificarla cualquiera que sea su forma de iniciación. En los casos de prescripción, renuncia del derecho, caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como la desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables. Se exceptúan de la obligación (...) los supuestos de terminación del procedimiento por pacto o convenio, así como los procedimientos relativos al ejercicio de derechos sometidos únicamente al deber de comunicación previa a la Administración [Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común].

²⁸ Artículo 35. Derechos de los ciudadanos. Los ciudadanos, en sus relaciones con las Administraciones Públicas, tienen los siguientes derechos: ... E) A formular alegaciones y a aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución.

²⁹ Artículo 79. Alegaciones. 1. Los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio. Unos y otros serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución. 2. En todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiere razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

Otra discriminación importante que sufren los extranjeros es que no pueden participar en la esfera pública e influir en los asuntos generales de la comunidad en la que habitan. Que el extranjero no pueda participar en los asuntos que afectan a la vida en común y que regulan los derechos y deberes de todos, como cualquier otro ciudadano, nada más instalarse en su nueva residencia es comprensible. Para ello se requiere un período mínimo de residencia. Ahora bien, ya no es comprensible que transcurrido este período, un tiempo razonable de residencia, no pueda hacerlo. A partir de ese momento la comunidad se transforma en una sociedad no democrática ya que una parte de sus miembros, destinatarios de las normas y obligaciones comunes, no pueden participar en la elaboración de éstas. Si transcurridos, al menos dos años, de residencia habitual y constante por parte del extranjero, éste continúa teniendo vetada su participación en la esfera pública se incumpliría el principio democrático, en el sentido de que todos aquellos sometidos a las leyes deben haber podido participar en su elaboración.

En la Unión Europea la esfera pública está reservada sólo para los ciudadanos miembros de las distintas comunidades nacionales. En el Tratado de la UE se crea por primera vez una ciudadanía de la Unión, que es complementaria y no substitutiva de la ciudadanía nacional. A su vez, se considera “ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de un Estado miembro” (art. 17.1 TUE). Por su parte, la declaración nº 2 adjunta al Tratado UE establece que la nacionalidad de un Estado miembro se determina únicamente con arreglo a las normas de nacionalidad del Estado miembro de que se trate. Esto ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), para quien la adquisición y la pérdida de la nacionalidad son competencias de los Estados miembros de la UE. Se mantiene así lo que en su día Balibar calificó como un “apartheid” en contradicción flagrante con un modelo democrático de sociedad (2003, 87).

La exclusión de los extranjeros residentes de la participación en la vida política de la esfera pública de los países de la Unión Europea crea un estatus jurídico dual entre ciudadanos y extranjeros. Esta discriminación política alcanza a un número muy alto de personas ya que se calcula que en el territorio europeo puede haber entre 15 y 20 millones de nacionales de terceros países en situación regular de residencia. Sin embargo, en una Europa día a día más multicultural, la base de los derechos políticos y sociales para las personas no puede ser, tal y como sostiene el Comité Económico y Social (CES) en su *Dictamen sobre la “Incorporación a la ciudadanía de la UE (2003/C 208/19)*, la pertenencia a una comunidad de carácter nacional o la pertenencia a un grupo étnico-cultural³¹. La ciudadanía europea, escribe el CES, “debe superar la

³⁰ Artículo 80. Medios y período de prueba. 1. Los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho. 2. Cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, el instructor del mismo acordará la apertura de un período de prueba por un plazo no superior a treinta días ni inferior a diez, a fin de que puedan practicarse cuantas juzgue pertinentes.

3. El instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

³¹ La categoría jurídica de la ciudadanía se vio contaminada en el transcurso del siglo XIX por la idea de pertenencia a una nación o comunidad nacional, con una misma lengua, cultura y pasado común. Esta contaminación tuvo como consecuencia que la idea de estado se confundiera con la de la comunidad en sentido antropológico o existencial. Como ha analizado Hobsbawm, los nacionalismos europeos, con

simple suma de los nacionales de los Estados miembros, para constituir una ciudadanía política, de carácter plural, integradora y participativa”. La consecución de una ciudadanía con estas características es necesaria no sólo para hacer frente al aumento creciente de la diversidad cultural en el territorio europeo sino también para abordar la construcción de una Europa democrática, lo que requiere que los procesos de toma de decisiones sobre el bien común y de elaboración de los derechos y obligaciones estén abiertos a la participación de todas las personas que son afectadas por aquéllas. El concepto de ciudadanía debe vaciarse necesariamente de cualquier tipo de rasgo étnico-cultural y pasar a ser el reflejo sólo del estatus de los derechos y deberes de las personas que viven en un determinado estado, esto es: la expresión de la titularidad de acceso a determinados bienes que tienen forma de derechos -civiles, políticos y sociales- (Costa 2006, Velasco 2006). Con este objetivo el CES propone la adopción de una noción extensa de ciudadanía europea, una ciudadanía cívica, en la que el ámbito de aplicación personal incluya a los extranjeros que se encuentren en situación de residencia estable o de larga duración en alguno de los Estados de la Unión. Esta ciudadanía permitiría tener un instrumento de imputación de derechos paralelo al de la ciudadanía nacional y facilitaría, a su vez, la eliminación de algunas de las discriminaciones que sufren los extranjeros como, por ejemplo, en relación con la libre circulación, el derecho de propiedad, el uso de los servicios públicos o el derecho de participación en las elecciones laborales. En el caso de que se adoptara esta ciudadanía cívica el mecanismo de adscripción de los extranjeros residentes a la comunidad política pasaría a ser el de la residencia, mecanismo que ya está actuando en muchas ciudades europeas como un criterio de atribución de derechos y obligaciones a los extranjeros residentes. El *Convenio sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local* del Consejo de Europa (1992), en vigor desde 1997³², recoge el compromiso de los Estados de conceder el sufragio activo y pasivo a todos los extranjeros que hayan residido legal y habitualmente en el estado al menos durante los cinco años que precedan a las elecciones³³. Asimismo, la *Carta Europea de salvaguarda de los derechos humanos en la ciudad* (2000) utiliza también en el criterio de la residencia para promover desde las ciudades la extensión del sufragio activo y pasivo en el ámbito municipal a todos los ciudadanos y ciudadanas no nacionales que demuestren dos años de residencia (art. VIII.2). La adscripción a través de la residencia convierte a la ciudad en el ámbito por excelencia para desarrollar las políticas de inclusión (Zamora 2008).

4. De *semipersonas* a “no personas”

La conversión de los Estados europeos en máquinas de expulsión de extranjeros ha requerido que en el interior de las estructuras del Estado de derecho se erija un subsistema administrativo sancionador, con reglas específicas para detener, internar y expulsar extranjeros. Al amparo de este sistema ha nacido una cultura administrativo-penal que configura a la inmigración irregular como un “cuasi-delito” y que no duda en utilizar el internamiento y las expulsiones como un instrumento de control social. En este nuevo sistema carcelario la privación de libertad ya no se produce por la

la ayuda del historicismo y del romanticismo, establecieron una conexión entre el *ethnos* y el *demos* (1991, 69; 2002, 6). De este modo, el hecho de ser ciudadano –miembro de una comunidad política– quedó asimilado con la idea de pertenencia a una nación y la nacionalidad ocultó al principio de ciudadanía. Esta asimilación convirtió a la ciudadanía en una categoría jurídica excluyente.

³² Ratificado por Albania, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Noruega, Holanda y Suecia, y firmado por Chipre, Gran Bretaña, Lituania, Checoslovaquia y Eslovenia (www.conventions.coe.int).

³³ Para un análisis en profundidad de este tema ver Moya (2006, 171).

imposición de una pena como consecuencia de la comisión de un delito, sino porque el migrante no cumple con unos requisitos administrativos. De este modo, el subsistema normativo del Estado expulsor quiebra el binomio culpable-inocente, calificado por la doctrina como una de las razones jurídicas básicas del Estado de derecho (Ferrajoli 1995, 368).

En el seno de esta estructura jurídica el extranjero es tratado en primer lugar como un semipersona. Mas, es una estructura que también permite que el extranjero fácilmente pueda encontrarse inmerso en un proceso de despersonalización jurídica, como en los casos de las expulsiones inejecutables. El decreto de expulsión no se puede cumplir cuando, por ejemplo, la policía no sabe cuál es el país de procedencia del extranjero o porque no hay un convenio de readmisión con el país del que procede. En España, como en el resto de Europa, cada año se encuentran en esta situación miles de extranjeros³⁴ El extranjero no puede ser expulsado ni permanecer internado, mas tampoco puede regularizar su situación administrativa ya que la ley no lo deja. El extranjero inexpulsable queda excluido legalmente del ordenamiento jurídico para ser situado bajo un estatus jurídico específico: el de la “alegalidad administrativa”. Esto es así porque para el ordenamiento jurídico el extranjero no debería estar en el territorio y por ello debe ser tratado como si no lo estuviera, no debe ser reconocido. De semipersona pasa a ser tratado como una no-persona, no tiene derecho a tener derechos, sino que es en potencia un extranjero expulsable.

La “alegalidad administrativa” se produce en el ordenamiento español con la salvedad de que el extranjero irregular inexpulsable conserva algunos de los derechos de la persona, como, por ejemplo, el derecho a la atención sanitaria siempre y cuando esté empadronado en un municipio (art. 12.1 LOEx). De todos modos, la lógica de actuación del ordenamiento no cambia: el extranjero no puede ser reconocido y, en consecuencia, sus demandas, desde un punto de vista formal, no pueden ser atendidas. El ordenamiento le otorga unos derechos pero no lo reconoce como sujeto jurídico, lo excluye de su funcionamiento ordinario. El extranjero, como dice Dal Lago, se convierte en una no-persona cuando el ordenamiento jurídico lo expulsa de su interior y pasa a ocuparse de él sólo para sacarlo de la alegalidad, “sancionar 'legalmente' su no-existencia y expulsarlo” (2000, 141-142). Cuando esto sucede se produce, con palabras de Agamben, una “inclusión a través de la exclusión”.

En los procedimientos administrativos de expulsión y en los centros de internamiento es donde se pone de manifiesto más claramente la pérdida de reconocimiento y de derechos y libertades para el extranjero (Silveira 2006). En ellos se materializa el tránsito de semipersona a no-persona. Esto no significa, sin embargo, que podamos afirmar que los centros de internamiento son los “campos” de las sociedades contemporáneas, tal y como sostiene Agamben en sus últimas obras. Este autor define al “campo” como aquel espacio surgido del estado de excepción normalizado donde no hay sujetos jurídicos sino “meras existencias”, sin instituciones de mediación, donde el soberano no tiene límites y, por tanto, ya no es posible diferenciar entre la nuda vida y la norma (Agamben 1998, 215-223). El filósofo italiano convierte al “campo” en un paradigma a través del cual analizará el funcionamiento del sistema político moderno. El “campo” es para él “el nuevo regulador oculto de la inscripción de la vida en el orden

³⁴ En España entre el año 2001 y el 2005 se encontraron en esta situación alrededor de 122.000 extranjeros.

jurídico”. Y este nuevo espacio se instaura en el seno del sistema político cuando, como decíamos, los instrumentos de gobierno del estado de excepción, de las situaciones de emergencia, se convierten en mecanismos ordinarios de gobierno (Silveira 1998). Esto crea en el interior del estado una “*localización dislocante*” en cuyo interior no hay normas y la vida puede adquirir cualquier forma. Un mecanismo propio del estado de excepción normalizado es, lo veíamos más arriba, el de la inclusión a través de la exclusión (Agamben 1998, 216).

Sin embargo, la lectura que hace Agamben de la modernidad a través del prisma del “campo” llega un punto en que se vuelve demasiado rígida y, a su vez, inconsistente. Porque no todo lo que sucede en el sistema político tiene o encuentra su fundamento en el “campo”, por más que los hechos nos digan que la excepción se ha convertido en regla. Hay otras realidades, opciones y alternativas que están más allá del campo. Esto es lo que le critica Laclau. Para este autor, Agamben realiza con el paradigma del “campo” una “unificación esencialista” de los procesos de modernización con lo que, además de dar un visión distorsionada de la realidad, acaba en el “nihilismo político”. La lectura que realiza Agamben de la modernidad no ayuda, escribe Laclau, a “deconstruir la lógica de las instituciones políticas” y a construir nuevas formas de lucha y de resistencia. Al contrario, se convierte en un obstáculo para “toda exploración posible de las posibilidades emancipadoras abiertas por nuestra herencia moderna” (Laclau 2008, 122-123).

Esto no quiere decir que no podamos afirmar, en cambio, que algunos de los centros de retención e internamiento existentes en los países europeos son “campos”, en el sentido que Agamben utiliza este término. Mas, no todos lo son. Los centros de internamiento son, decíamos, cárceles administrativas donde el extranjero es tratado como una no-persona, pero ello no quiere decir que sean espacios sin ley, donde el extranjero no tenga ningún derecho y esté a expensas del decisionismo estatal. En España, como en Francia o Alemania, los distintos tipos de cárceles administrativas, tanto las abiertas como las cerradas, están reguladas por disposiciones normativas que acotan, con más o menos intensidad, el poder discrecional de la administración, y que reconocen, además, derechos y deberes de los extranjeros³⁵. En estos casos, las cárceles administrativas forman parte y son ya un subsistema administrativo más de la estructura institucional del Estado³⁶. Por ello, desde el momento en que hay una regulación, unos procedimientos de actuación y la norma actúa como instrumento de mediación, no podemos afirmar, con Agamben (1998, 215-223), que los centros de internamiento integran la categoría del campo y que en el Estado contemporáneo hay “una localización sin orden jurídico (el campo de concentración, como espacio permanente de excepción)”.

Sólo en aquellos casos en que el extranjero es tratado como una *nuda vida* –una mera existencia- y está expuesto al arbitrio, a los malos tratos y al poder fáctico del poder estatal sí que, entonces, podríamos denominar “campos” a los centros de internamiento. Los centros de internamiento se convierten en campos cuando, más allá de lo que digan las leyes, los extranjeros migrantes, en especial los irregulares, están presos en condiciones infrahumanas y no se les respetan los derechos más mínimos. Estos serían

³⁵ Sobre el internamiento de extranjeros en el ordenamiento jurídico español ver Requejo (2006).

³⁶ Art 62 y 62 bis LOEx, Orden de 22 de febrero de 1999 sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

los casos de los centros de retención e internamiento existentes en las islas griegas de Lesbos, Samos y Chios, como también en Malta, convertidos en verdaderos “campos” por las lamentables e inaceptables situaciones en las que se encuentran en ellos centenares de extranjeros, incluidos niños y mujeres (ProAsyl 2007).

La existencia de los centros de internamiento y retención constituye un grave atentado contra los derechos de las personas y pone en cuestión el mismo Estado de derecho. En el interior de éste se ha formado un subsistema penal administrativo, específico para personas extranjeras, que quiebra principios constitucionales básicos. Es más, este subsistema pone de manifiesto que lo que debería ser una excepción, esto es, la detención y el internamiento del extranjero con normas hechas a medida y aplicables bajo circunstancias excepcionales, se ha convertido en una regla en el Estado democrático de derecho. Con la normalización de la excepción ésta ha pasado a formar parte de la razón jurídica, propia del Estado de derecho, cuando antes su espacio de actuación se situaba bajo la razón de estado³⁷. A diferencia de lo que sucedía en el pasado, donde el estado de excepción anulaba la ley, ahora, la excepción se ha convertido en una forma de gobierno y ha pasado a integrar la propia estructura del Estado. La excepción regulada y normalizada no necesita anular a la ley, sino que más bien hace un uso ordinario de ella. En suma, en el Estado democrático de derecho una parte de la razón de estado, no toda, se ha integrado y se ha convertido en un subsistema de la razón jurídica con el fin de gobernar el fenómeno inmigratorio.

La paradoja de todo esto está en que en el ordenamiento jurídico español, pero también podemos hacer extensiva esta afirmación a otros países europeos, tanto la contaminación de la razón jurídica por la razón de estado como los procesos de despersonalización de los migrantes tienen su fundamento en la Constitución y en clasificación de los derechos de los extranjeros en cuatro grupos por parte del legislador, la jurisprudencia y la doctrina³⁸. Es la Constitución la que abre la puerta a que los migrantes pasen a estar regulados por un subsistema legal-administrativo con reglas más restrictivas, muchas de ellas discriminatorias y abusivas, que las que rigen para los ciudadanos españoles y europeos. Y esta legislación no tiene visos de cambiar, sino que, al contrario, ha sido reafirmada con la aprobación de la *Directiva de la expulsión*. La razón de estado no sólo se ha incardinado en la razón jurídica sino que además se legitima a través del principio democrático.

Bibliografía

AA.VV. (2008): *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus: Barcelona.

ACNUR (2006): *La situación de los refugiados en el mundo*.

AGAMBEN, Giorgio. (1998), *Homo Sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Pre-textos: Valencia.

³⁷ Sobre la primacía de la razón de Estado sobre la razón jurídica y la incompatibilidad entre ellas en el Estado de derecho ver Ferrajoli (808-816).

³⁸ En el mismo sentido De Lucas (2002).

AGÜELO NAVARRO, Pascual y CHUECA SANCHO, Angel (2008): “Directiva de retorno. Directiva de expulsión (Nota crítica avuelapluma desde los Derechos Humanos)”, en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 18.

AMNESTY INTERNATIONAL (2005): *España. Frontera Sur. El Estado da la espalda a los derechos humanos de los refugiados e inmigrantes.*

(2006a): *España y Marruecos: Falta de protección de los derechos de las personas migrantes. Ceuta y Melilla un año después* (EUR 41/009/2006).

(2006b): *Vivir en las sombras. Una introducción a los derechos humanos de las personas migrantes* (POL 33/006/2006).

(2007): *Informe 2007. España*

(2008a) Mauritania : «Nobody wants to have anything to do with us» Arrests and collective expulsions of Migrants denied entry into Europe, 1st July 2008. AI Index: AFR 38 /005 /2008

(2008b) *Migration-Related Detention. A Global Concern.* (POL 33/004/2008).

BALIBAR, Etienne (2003): *Nosotros, ¿ciudadanos de Europa?*, Tecnos: Madrid.

BARATTA, Alessandro (2000): “Diritto alla sicurezza o sicurezza dei diritti?”, en *Democrazia e Diritto (La bilancia e la misura)*, S. Anastasia y M. Palma (de), n. 40.

BARCELONA, Pietro (1996): *El individualismo propietario*, Trotta: Madrid.

BIETLOT, Mathieu (2005): Centres for Third Country nationals. Briefing Paper, bajo la supervisión de E. Guild (IP/C/LIBE/FWC/2005-22/SC2), www.libertysecurity.org/article1178.html.

BRANDARIZ GARCÍA, José Angel (2007): *Política criminal de la exclusión*, Tirant lo Blanch: Valencia.

CEAR (2007): *La situación de los refugiados en España. Informe 2007.*

CIMADE (2008), *Centres et locaux de rétention administrative. Rapport 2007.*

COSTA, Pietro (2006). *Ciudadanía*, Marcial Pons: Barcelona.

DAL LAGO, Alessandro. (2000): “Personas y no-personas”, en H. Silveira (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta: Madrid, p. 127-147

DE LUCAS, Javier (2002): “La herida original de las políticas de inmigración. A propósito del lugar de los derechos humanos en las políticas de inmigración”, en *Isegoría*, n. 26.

DE LUCAS, Javier. (2008), “*Politiques migratoires, Estat de Dret i Ciutadania*” (mecanoscrito), ponencia presentada al seminario *Desafiaments per als drets humans i l'Estat de dret. Control de les migracions a Europa*, OSPDH-CCCB, mayo 2008, [también en *Contra la “Directiva de retorno”*, en español *Le Monde Diplomatique*, n. 3, 2008.

DUMONT, Louis (1987): *Ensayos sobre el individualismo*, Alianza: Madrid.

EMN (EUROPEAN MIGRATION NETWORK) (2008), *Annual Report on Asylum and Migration Statistics 2004 and 2005*.

EZQUERRA HUERVA, Antonio (2008): Extranjería y régimen local: la inscripción de los extranjeros en el Padrón Municipal de habitantes, en *Revista Español de Derecho Administrativo*, n. 140 (octubre-diciembre).

FARALDO CABANA, Patricia (dir.) (2008): *Derecho penal de excepción*, Tirant lo Blanch: Valencia.

FERNANDEZ BESSA, Cristina (2008): “El Estado español com punta de lanza del control y exclusión de la migración en Europa”, en AA.VV, *Frontera Sur. Nuevas políticas de gestión y externalización del control de la inmigración en Europa*, Virus: Barcelona.

FERRAJOLI, Luigi (1995), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta: Madrid.

GARCÍA VÁZQUEZ, Sonia. (2007): *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch: Valencia.

GUILD, Elspeth (2005): Report for the European Parliament: Directorate general internal policies of the Union. A typology of different types of centres in Europe (IP/C/LIBE/FWC/2005-22) www.libertysecurity.org/article1181.htm.

HOBBSAWM, E.J. (1991), *Naciones y nacionalismo desde 1780*, Crítica: Barcelona.

HUMAN RIGHTS WATCH: (2009) Unión Europea. Resumen de País (enero).

-(2008): Retornos a cualquier precio. España insiste en al repatriación de menores extranjeros no acompañados sin garantías.

-(2005): España: Las deportaciones a Marruecos ponen en peligro a los inmigrantes.

-(2002): Discrecionalidad sin límites. La aplicación arbitraria de la ley española de inmigración; España.

-(2002b): La otra cara de las islas canarias. Violación de los derechos de los inmigrantes y los solicitantes de asilo, 2002.

INFORME ROURE (2009): *Informe sobre la aplicación en la Unión Europea de la Directiva 2003/9/CE por la que se aprueban las normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros: visitas de la Comisión LIBE de 2005 a 2008* (2008/2235 (INI), A6-0024/2009).

JIMENEZ VILLAREJO, Carlos (2008): Los inmigrantes, ¿ciudadanos? (mecanoscrito).

KELSEN, Hans (1997): *Teoría Pura del Derecho*, Porrúa: México.

LACLAU, Ernesto (2008), *Debates y combates. Por un nuevo horizonte de la política*, FCE: México.

MATTEI, Jean François (2005): *La barbarie interior. Ensayo sobre el inmundo moderno*. Ediciones del Sol: Buenos Aires.

MAUSS, Marcel (1991): *Sociología y antropología*, Tecnos: Madrid.

MOYA, David. (2006), “La desigual representació política dels estrangers extracomunitaris: l'ampliació del dret de sufragi com a solució i com a problema”, en Silveira-Cornelles-Juberías (de): *Immigració i ciutadania. Reptes de la Catalunya del segle XXI*, Fundació Pere Ardiaca: Barcelona. .

OSPDH (2003): Primer Informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Cataluña, OSPDH-Virus, Barcelona (www.ub.edu/ospdh).

OSPDH (coord.) (2008): *Privación de libertad y Derechos Humanos. La tortura y otras formas de violencia institucional*, Icaria: Barcelona.

PARLAMENTO EUROPEO (2007): Informe sobre el asilo: cooperación práctica, calidad del proceso de toma de decisiones en el sistema europeo común de asilo. Comisión de Libertades Civiles, Justicia y Asuntos de Interior. Ponente H. Pirker, Doc. A6-0182/2007, 14 de mayo.

PAVÓN PEREZ, J.A. (2008): La propuesta de Directiva relativa al retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en la Unión Europea: ¿un difícil juego de prestidigitación camino de la armonización de procedimientos y normas comunes?, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n. 19.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo: (2007), “La exclusión de la inmigración ilegal en el debate entre las teorías universalistas y posmodernistas”, en AA.VV., *El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración*, Tirant lo Blanch: Valencia.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2008): *El derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Tirant lo Blanch: Valencia.

PRO ASYL (2007) “*The truth may be bitter, but it must be told. The situation of Refugees in the Aegean and the Practices of the Greek Coast Guard*”, Frankfurt Athens,

REQUEJO RODRÍGUEZ, Paloma (2006): *El internamiento de extranjeros*, Tirant lo Blanch: Valencia.

SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (1998): *El modelo político italiano*, Eub: Barcelona.

SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (1998b): “La Unión Europea, los refugiados y los inmigrantes ilegales, sans papiers, clandestini...” en *mientras tanto*, n 73, Barcelona.

SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (2003): “Inmigración y derecho: la institucionalización de un sistema dual de ciudadanía”, en AA.VV., *Sistema penal y problemas sociales*, R. Bergalli (coord.), Tirant lo Blanc: Valencia, p. 539-576.

SILVEIRA GORSKI, Héctor C. (2006): “El inmigrante ante los procedimientos de internamiento y expulsión”, en *Revista Galega de Seguridade Pública*, n. 8.

SILVEIRA GORSKI, Héctor C.; RIVERA BEIRAS, Iñaki. (2007): *Contemporary Biopolitics in front of Migration Flows and Prison Universe. A Reflection on the Return of “Camps” in Europe*, en C. Holgan y M. Marin-Domine (eds.), *The Camp: narratives of Internment and Exclusion*, Cambridge Scholars Publishing: Newcastle.

SOLANS PUYUELO, Francisco (2008): “Introducción al Derecho sancionador de extranjería”, en AA.VV., *Inmigración, Estado y Derecho. Perspectivas desde el siglo XXI*, Balado Ruiz Gallego (dir.), Bosch: Barcelona.

SOUTO GARCÍA, E.M. (2007): Algunas notas sobre la función del derecho penal en el control de los flujos migratorios. Especial relevancia a las medidas de expulsión, en AA.VV., *Derecho penal de excepción. Terrorismo e inmigración*, Tirant lo Blanch: Valencia.

STEPS Consulting Social (2006): *The conditions in centres for third country national (detention camps, open centres as well as transit centres and transit zones) with a particular focus on provisions and facilities for persons with special needs in the 25 EU member states*, (IP/C/LIBE/IC/2006-181), www.statewatch.org/news/2007/dec/eu-ep-detention-centres-report.pdf.

TODOROV, Tzvetan (1993): *Frente al límite*, FCE: México.

VELASCO ARROYO, Juan Carlos (2006): “Mutaciones de la ciudadanía en el contexto de las migraciones internacionales”, en *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, n. 14.

WIETHÖLTER, Rudolf (1991): *Las fórmulas mágicas de la ciencia jurídica*, Edersa: Madrid.

ZAMORA, José Antonio (2008): *Inmigrantes entre nosotros, ¿integración o participación?*, Col. Contraste n. 13, Ignacio Ellacuría, Murcia.