

La Constitució i els criteris per a regular la immigració en una democràcia

Eliseo Aja / Catedràtic de Dret Constitucional de la Universitat de Barcelona

Tradicionalment, Espanya ha estat un país pobre que impulsava els seus ciutadans a l'emigració, fins i tot en èpoques tan recents com als anys seixanta i setanta, en ple franquisme. Per això, quan s'aprova la Constitució en 1978 pesava molt més la preocupació per l'emigració dels espanyols a Europa que per la gairebé inapreciable immigració que ens arribava a Espanya. És molt significatiu que la Constitució dediqués un precepte especial, l'article 42, als emigrants encomanant a l'Estat vetllar pels drets dels treballadors espanyols a l'estranger i promoure la seva tornada, i en canvi no digui res de la immigració, limitant-se a fixar les regles generals de l'estrangeria.

Com solament regula l'estrangeria, i en canvi les característiques i les necessitats dels immigrants son molt diferents i molt més complexes, la resta de criteris que ha d'inspirar la normativa sobre la immigració en un Estat democràtic i social com el nostre depèn essencialment de les lleis, i potser aquesta és una de les causes de les polèmiques que s'arrosseguen. Sense ànim d'introduir-nos ara en aquestes diferències entre estrangeria i immigració, si he d'assenyalar que considero a la immigració com el fenomen d'arribada de treballadors extracomunitaris, i les seves famílies, impulsat per l'objectiu d'obtenir un treball que no troben al seu país d'origen, menys desenvolupat. El punt de partida jurídic és, doncs, el règim de llibertats dels estrangers però després s'hauran de sumar els drets i les polítiques públiques més adients a les característiques de població immigrada i als principis generals que deriven de la Constitució.

En concret, l'art. 13.1 de la Constitució espanyola (CE, des d'ara), reconeix als estrangers les llibertats públiques que garanteix la pròpia Constitució als espanyols «en els termes que estableixin els Tractats i la llei», i a continuació exclou expressament el dret de sufragi i l'accés als càrrecs públics, amb una excepció per a les eleccions locals als ciutadans dels Estats que al seu torn atorguin el sufragi als espanyols.

A primera vista aquesta regulació semblava clara, i els primers comentaris van ser coincidents: per un costat, corresponen als estrangers tots els drets que la Constitució reconeix com propis de la persona, com la llibertat individual o la tutela judicial. D'altra banda, s'exclou als estrangers del dret de sufragi, que només els pot ser concedit en les eleccions locals si existeix clàusula de reciprocitat (13.2 CE). Al mig, els drets i llibertats reconeguts per la Constitució que no s'inclouen en cap dels dos grups extrems, dependran del que estableixin les lleis i els Tractats internacionals. Aquesta era la teoria dominant en els anys següents a l'aprovació de la Constitució, i va ser adoptada inicialment pel tribunal Constitucional, a partir de la seva STC 107/1984.

La Llei d'Estrangeria de 1985 i les correccions del Tribunal Constitucional

La Llei Orgànica 5/1985, d'1 de juliol, sobre drets i llibertats dels estrangers a Espanya, més coneguda com a Llei Orgànica d'Estrangeria (LOE), fou aprovada just abans de l'ingrés d'Espanya a la Comunitat Econòmica Europea i va intentar limitar al màxim l'arribada d'immigrants, especialment per complir amb la voluntat dels Estats comunitaris que havien tancat la immigració al 1973 (per efecte de la crisi del petroli), i per a assolir-ho resultava molt restrictiva dels drets dels immigrants. La Llei Orgànica d'Estrangeria imposava un control rígid de les entrades d'immigrants i en canvi permetia fàcilment l'expulsió, potenciava un tipus d'immigració temporal, sense pretensions d'establir-se en el país fins al punt de no contemplar el reagrupament familiar ni preveure els drets socials. A més, establia un règim de sancions que conduïa gairebé sempre a l'expulsió dels immigrants i permetia tanta arbitrarietat administrativa que pot dir-se, sense exagerar, que es tractava essencialment d'una llei policíaca. El Tribunal Constitucional (STC 115/1987) va anul·lar diversos articles de la Llei que limitaven llibertats, però va acceptar l'internament dels estrangers per assegurar l'ordre d'expulsió i, en general, no modificà el règim jurídic general de la immigració.

El règim d'entrada a Espanya dissenyat a la LOE de 1985 exigia l'obtenció a les ambaixades o consolats del visat d'entrada, que era l'autorització necessària per a sol·licitar l'entrada a la frontera espanyola, però sense garantir-la. La configuració normativa d'aquest sistema presentava deficiències, d'entre les quals destacaven l'excessiu marge de discrecionalitat amb que apoderava a l'Administració, les minses garanties procedimentals dels estrangers i la dificultat d'articular un control jurisdiccional efectiu sobre les resolucions administratives de rebuig a la frontera. Però sobretot, resultava gairebé impossible l'obtenció al país d'origen d'un contracte que permetés demanar el visat.

La mateixa duresa de la Llei per admetre una immigració ordenada va estimular l'entrada il·legal dels immigrants, en general, l'entrada com a turistes per trobar feina després, però això estava prohibit (el visat de turista no permet treballar) i significava caure en la situació irregular com a treballadors. Tot i així, el desenvolupament econòmic d'aquells anys i l'ingrés d'Espanya a la Comunitat Europea va generar un primer creixement de la immigració legal, però va disparar els temors sobre el volum de la immigració irregular. A l'inici dels anys noranta, la situació de la immigració semblava caòtica i el Congrés dels Diputats va impulsar la regularització extraordinària de 1991, un esforç notable per aflorar a la legalitat els nuclis d'estrangers irregulars, mitjançant l'atorgament d'un permís de treball i residència per a un any. El resultat va ser la regularització de 110.000 persones.

Juntament a la situació de arbitrarietat que permetia la LOE, en els anys noranta es van produir algunes millores, per causes diverses. Per exemple, algunes Sentències del Tribunal Constitucional amplien l'àmbit dels drets dels estrangers, trencant la primera teoria que remetia tot a la llei i als Tractats. La STC 94/1993 va considerar que la expulsió il·legal vulnera el dret a la llibertat de circulació de l'art. 19 CE, que també és dels estrangers, malgrat que la seva dicció literal la redueix als espanyols, i la STC 242/1994, arriba a afirmar que tots els Drets fonamentals, tret el previst a l'art. 23 CE, corresponen també als estrangers.¹

Però, sens dubte, la norma decisiva va ser la reforma del reglament de la Llei d'Estrangeria, aprovat per RD 155/1996, de 2 de febrer, que substitueix íntegrament a l'anterior i a les nombroses disposicions administratives que s'havien imposat durant aquests anys. El nou reglament presenta diversos avantatges importants, com la graduació de les infraccions i les sancions (tot evitant que s'apliqui l'expulsió per qualsevol infracció), la promoció de la immigració estable a través de permisos permanents de treball i de residència i l'establiment de les situacions d'arrelament personal i familiar, així com el reconeixement ampli dels drets dels nens. Deixa, no obstant, força problemes per resoldre.

Però la mateixa dinàmica reformista va conduir lògicament a iniciar el debat per a la reforma de la Llei d'Estrangeria, perquè el Reglament s'allunyava de la Llei. Diverses proposicions de Llei de CiU, IU, el Grup Mixt i una esmena global amb text alternatiu del PSOE, presentades el mes de març de 1998, van estar a l'origen d'una reforma legal inicialment consensuada per tots els partits de les Corts (al final rebutjada pel PP), que ha donat lloc a la Llei Orgànica 4/2000 dels Drets i Llibertats dels Estrangers i la seva Integració Social (LODYLE).

Els avenços de la Llei Orgànica 4/2000 i els retalls de la Llei Orgànica 8/2000

La nova Llei, que va entrar en vigor al febrer de 2000, suposà un trencament radical i un indubtable avenç respecte de la situació jurídica anterior, que pot resumir-se en cinc grans línies: la primera és, sense dubte, la creació d'un estatut clar de drets dels estrangers en situació regular, tendint a la igualtat de drets entre regulars i nacionals. Més novetats presenta la segona gran línia de la nova Llei, que crea un estatut de drets pels estrangers en situació irregular superant la normativa anterior que els silenciava. En tercer lloc, la lluita contra la irregularitat canvia de sentit: per una banda, les reformes en matèria d'entrada creen vies legals com el contingent anual de treballadors; per altra banda, es pretén evitar el creixement de la irregularitat, oferint vies per a la regularització i, sobretot, mitjançant un canvi en el sistema de sancions que exclou l'expulsió d'aquells que de forma sobrevinguda es troben en situació irregular. Amb caràcter general, la LODYLE fa un gran esforç per evitar l'arbitrarietat de l'Administració, reduint la discrecionalitat administrativa. Per últim, la nova llei té molt en compte que el Govern central no és l'únic que ha d'enfrontar-se als problemes de la immigració, sinó que precisa d'una actuació conjunta amb la resta d'administracions, CCAA i ens locals.

Aquestes cinc línies directives de la LO 4/2000 no poden comprendre's completament si no es té present que la conjunció de totes elles tracta de donar forma a un principi fonamental que orienta tota la Llei: la integració social dels estrangers. La integració no es concreta en un capítol específic, sinó que és la conseqüència de totes les novetats normatives i, a més, va més enllà de la pròpia LO 4/2000 per a projectar-se sobre la totalitat de normes i actuacions administratives en la matèria.²

Sense entrar en detalls sí convé destacar algunes canvis que avui semblen elementals però van ser reformes d'aquesta llei. Una novetat destacada, en matèria d'entrada, és el reconeixement d'importants drets i garanties als estrangers durant la tramitació dels diversos procediments administratius destinats al seu allunyament (rebuig, devolució), perquè en aquest moment, i també davant la jurisdicció

contenciosa, l'estranger té dret d'audiència i dret a l'assistència jurídica gratuïta. També la regulació generosa del reagrupament familiar que és un dels drets més importants per la dignitat de la persona i és un dels principals factors que faciliten que un estranger adquireixi un mínim arrelament al país d'acollida.

La regulació de les infraccions i de les sancions a la LOE 1985 havia aixecat la crítica unànime de tots els sectors relacionats amb la immigració; malgrat alguns retocs de la jurisprudència constitucional i els avenços del Reglament de 1996, la legislació presentava greus problemes de constitucionalitat i la LO 4/2000 va significar una transformació profunda del sistema d'infraccions i sancions, i fins i tot va anar massa lluny, perquè la situació irregular de l'estranger deixa de ser sancionada a la pràctica amb l'expulsió, i així és molt difícil imposar les condicions d'entrada.

Però, com és conegut, la LO 4/2000 s'aprova contra la voluntat manifesta i reiterada del primer Govern Aznar, que va procedir a la seva reforma quan la Llei només portava uns mesos en vigor, gràcies a la majoria absoluta del partit popular obtinguda a les eleccions del 2000. La Llei Orgànica 8/2000, que mantenia el mateix nom, i va ser aprovada per el Partit Popular, Convergència i Unió i Coalició Canària, i contra ella es va presentar recurs d'inconstitucionalitat per diversos Parlaments autonòmics i els diputats socialistes (pendents de resolució a principis del 2004).

La nova llei tenia molts aspectes negatius, però també alguns de positius. Entre els primers destaquen la creació d'un procediment urgent per a l'expulsió que impedeix encara més la tutela judicial, la disminució dels instruments per facilitar el pas de la situació irregular a la regular, la ignorància dels estrangers que són expulsats sense que es porti a terme la decisió i romanen en una situació de total alegalitat i l'absència de mecanismes de representació i participació polítiques. Però la llei conté també elements positius heretats de l'anterior, com el reconeixement de l'educació i de la sanitat per a tothom, l'establiment del permís de residència permanent després de cinc anys, la previsió d'un contingent anual de nous immigrants que facilitarà la seva entrada legal, la supressió d'algunes causes arbitràries d'expulsió de les lleis anteriors i la previsió de la col·laboració entre les CCAA, els Ajuntaments i l'Estat.³

Prenent com a fonament de la reforma la distinció entre els immigrants regulars i irregulars, la LO 8/2000 adopta diverses mesures per evitar l'entrada i l'estada d'irregulars al territori. Aquestes mesures poden dividir-se en tres blocs diferenciats, encara que lògicament relacionats entre sí: la reforma del sistema d'infraccions i sancions; la lluita contra el tràfic organitzat d'irregulars; i la insistència en la necessària regulació dels fluxos migratoris.

El canvi més transcendent de la reforma consisteix en que la LO 8/2000 torna a sancionar amb l'expulsió el trobar-se al territori nacional sense permís de residència ni permís de treball. I no només per a aquells que han entrat de forma irregular i que no han gaudit mai de cap permís, sinó també per aquells que no han pogut renovar els seus permisos (per exemple, per coincidir el moment de la renovació amb un període en que no disposen de feina) malgrat haver residit i treballat regularment durant llargs períodes. En concret, el procediment d'urgència («preferent», en termes de la llei) redueix el termini que té l'immigrant per defensar-se davant l'administració, que només serà de 48 hores, i preveu l'execució immediata de l'expulsió. Els terminis són tant curts que difícilment pot considerar-se que la seva defensa podrà ser adequada i, de fet, un dels aspectes més deficients de la normativa vigent és la manca de la tutela

judicial efectiva. La reforma tampoc dóna resposta a un altra problema cabdal: la situació en la que queden els immigrants amb una ordre d'expulsió pendent d'executar, que no poden regularitzar la seva situació ni tampoc poden aconseguir un contracte de treball.

La LO 8/2000 manté el contingent de treballadors com a eina fonamental d'entrada regular, introduint la possibilitat de preveure un tracte especial a determinats nacionals. En aquesta línia, el Govern central tracta de posar en pràctica una política de control de fluxos migratoris, emprant el contingent, no només per determinar el nombre de nous immigrants, sinó també per determinar les seves nacionalitats. A canvi, aquests països es comprometen a readmetre als seus nacionals quan aquests siguin retornats per Espanya si tracten d'entrar irregularment. Tot això es negocia en convenis bilaterals, com els que es tancaren després amb el Marroc o l'Equador.

La LO 8/2000 limita a més a més alguns drets, i de manera significativa la regulació del reagrupament familiar. Torna a ser només un dret de l'estranger resident (i no de tots els membres de la família), s'escurça la llista de familiars reagrupables, i finalment, només es reconeix aquest dret després d'haver residit regularment un any i sota la condició de que s'acompleixin els requisits de comptar amb medis per mantenir als reagrupats i amb un habitatge amb unes característiques determinades.

Malgrat tot, la reforma de la LO és limitada: no s'ha optat per elaborar una nova llei d'estrangeria que la substituís totalment, sinó que es va modificar parcialment el seu contingut partint dels seus propis preceptes. Això ha vinculat molt els termes de la reforma, que ha assumit en certa mesura les premisses de la LO 4/2000, com l'acceptació d'una immigració estable i la necessitat de preveure vies d'entrada regular com són els contingents o els treballadors temporers. La reforma també s'ha vist vinculada per molts dels progressos de la LO 4/2000, com la gradació de les infraccions, la regulació de les condicions del centres d'internament o el reconeixement de drets com la justícia gratuïta durant el procés administratiu o l'accés a la sanitat.

El reglament executiu de la Llei Orgànica, aprovat pel RD 864/2001 i la Sentència del TS, de març de 2003, anul·lant diversos articles

Naturalment, el Reglament parteix de les opcions polítiques fonamentals adoptades per la Llei, sense possibilitat d'alterar-les ni completar-les amb noves decisions determinants. La complexitat del règim d'estrangeria però, així com la confluència en el mateix d'orientacions complementàries i fins i tot, en determinats casos, oposades, fa que la norma reglamentària assumeixi un grau important de decisió en afavorir una o altra de les opcions presents a la Llei. Des d'aquest punt de vista i amb caràcter general pot afirmar-se que el Reglament del 2001 es centra clarament en l'ampliació en la mesura del possible dels marges de decisió de l'Administració en matèria d'estrangeria.

En canvi, el Reglament sí assumeix les noves opcions legals en matèria de l'escrupulosa previsió de les garanties procedimentals de l'estranger enfront de l'Administració, especialment en un àmbit tan delicat i tradicionalment mancat d'aquestes garanties com el sancionador. La constant exigència de documentació de les activitats administratives, de sotmetiment de les mateixes a terminis i possibilitats d'intervenció de l'administrat, les obligacions de motivació, la previsió sistemàtica dels

seus drets i mecanismes de defensa són generals a tota la norma. En qualsevol cas, la confluència d'aquesta opció amb la primera de les citades, l'apertura a la decisió administrativa, significa que les garanties són, sobretot, formals, i no de contingut: les regles a aplicar, els criteris de decisió no estan previstos amb la mateixa precisió que els drets d'intervenció de l'estranger, i el garantisme solament és formal que, tot i molt necessari en aquest àmbit, no resulta probablement suficient.

La situació és encara més problemàtica des de la segona perspectiva que legitima la regulació reglamentària: el seu caràcter de norma de tancament que ha de donar contingut concret a les remissions legals i que ha de permetre una posterior pràctica administrativa previsible i ajustada a criteris i opcions definits pública i generalment pel Parlament i el Govern. Així s'espera d'un reglament que desenvolupi les previsions legals fixant criteris de decisió concrets allà on la Llei es limita a grans orientacions, o determinant les finalitats implícites en la Llei que l'Administració ha de procurar assolir en els àmbits i actuacions deixats a la seva discreció. El Reglament del 2001 en canvi es distingeix per reenviar a la pràctica administrativa la major part de les qüestions que la LODYLE deixava obertes i, fins i tot, per reobrir qüestions que semblaven ja determinades per la Llei.⁴

Un repàs ràpid per les grans àrees de la regulació d'estrangeria posa de manifest la rellevància d'aquesta situació. En matèria de visat les causes i criteris de resolució de les sol·licituds no reben cap precisió i continuen obertes a la concreció en cada cas per part de l'òrgan administratiu corresponent. Ni tan sols les detallades previsions procedimentals sobre informes i entrevistes determinen l'objecte i finalitat d'aquestes actuacions; tampoc el control en frontera ha experimentat grans concrecions, i la seva relació amb la prèvia existència de visat continua essent oberta; certament és aquest un àmbit més adequat a la previsió d'instruccions administratives però el reglament ni tan sols preveu una remissió general a les instruccions, poc habituals en el nostre sistema.

Les clàusules obertes en matèria de residència i treball no només es mantenen sense previsions addicionals (suficiència de mitjans econòmics, interès per a l'economia nacional, situació nacional del mercat laboral...), sinó que tot sovint són objecte d'un tancament a través de causes estrictes de denegació de la sol·licitud i un posterior marge d'apreciació de l'Administració que, superades les causes taxades de denegació, encara pot fonamentar la seva negativa en qualsevol altre element que consideri adequat (molt especialment pel que fa a les previsions en matèria de treball).

Ni tan sols en l'àmbit sancionador el Reglament contempla expressament totes els elements adequats per a l'opció entre multa i expulsió, entre procediment ordinari i preferent o per a la graduació de l'eventual prohibició d'entrada: qüestions com l'arrelament, la possible regularització de l'estranger o l'efectivitat de la resolució d'expulsió segueixen sense trobar entrada expressa al Reglament.

És especialment preocupant la decisió reglamentària en favor de la discrecionalitat administrativa o aplicativa com a contraposada a la discrecionalitat reglamentària o normativa. L'apertura de les clàusules legals obeeix a la necessitat de poder reaccionar amb agilitat i detall a les necessitats que planteja la realitat, i el Reglament és en aquest sentit la norma adequada per fer-ho; quan ni tan sols el propi reglament pot concretar suficientment la decisió administrativa, un seguit de tècniques permeten orientar als òrgans de decisió corresponent per part dels òrgans de direcció

política: en especial les instruccions administratives resulten útils a aquest respecte, però la pràctica espanyola no en fa un ús suficient o les transforma en decisions opaques i gairebé ocultes que no poden desplegar la seva funció de garantia de la previsibilitat de la decisió administrativa i d'unificació de la pràctica dels diversos òrgans administratius. En cap cas el Reglament assumeix l'existència d'aquesta figura i s'hi remet expressament; d'aquesta manera, el Govern com òrgan de direcció política renuncia a les seves facultats en favor de cadascun dels òrgans administratius competents, amb molta menor legitimitat funcional i sotmesos a un grau de responsabilitat molt més mediata i difusa.

Tots aquests defectes de seguretat jurídica han aparegut en diverses sentències de Tribunals Superior de Justícia de CCAA, però les més importants han estat les que critiquen el contingent, per diferents problemes legals, especialment insuficiència de rang, i fins i tot arribant al plantejament de qüestions de legalitat al Tribunal Suprem (per exemple, el Tribunal Superior de la Comunitat Valenciana). Però la gran crítica ha sigut realitzada per la Sentència del Tribunal Suprem (Sala Tercera), de 20 de març de 2003, que anul·la 11 articles del Reglament executiu de la Llei per vulneració del principi de legalitat.

La sentència considera il·legal al reglament per diferents raons: perquè la norma reglamentària manca de cobertura legal, perquè el Reglament estén mesures cautelars limitatives de drets a supòsits no prevists per la Llei, perquè el reglament elimina un dret (el reagrupament familiar en cadena) que la Llei només condicionava, etc. En altre precepte, també important, la il·legalitat es produeix perquè el reglament estén els efectes d'una situació a una altra implicant greu limitació de drets i perquè estableix requisits no prevists en la Llei i transforma l'imperatiu en potestatiu. En tots els casos, i d'altres, hi ha contradicció entre el reglament i la Llei que és la norma superior, provocant per tant la nul·litat del Reglament. Però a més, s'anul·la altres preceptes per insuficiència de rang, quan el reglament restringeix drets que la Llei no limita i estableix obligacions per als Jutges que només poden ser imposades per la Llei Orgànica del Poder Judicial (16), vulnerant per tant la reserva de Llei.

La Llei Orgànica 11/2003 de mesures concretes en matèria de seguretat ciutadana, violència domèstica i integració social dels estrangers és resultat d'un projecte de Llei presentat el 14 de març de 2003 pel tràmit d'urgència (una setmana abans de la sentència del TS i també de les eleccions locals i autonòmiques), adoptada probablement per a reforçar la pròpia campanya del govern que lligava en aquell moment l'agreujament de la delinqüència al creixement de la immigració. Es justifica dient que agilitzarà l'expulsió d'estrangers que tenen pendents diversos delictes en jutjats distints, circumstància que dificultava la seva expulsió, perquè requeria el consentiment de tots els Jutges competents en els diversos processos, qüestió que podia ser veritat però que era un problema d'eficàcia de l'administració. També s'agreuja la pena per als delictes de tràfic d'immigrants. Explicita encara més que una ordre d'expulsió impedeix qualsevol tramitació de permisos i converteix en regla general l'expulsió pel jutge dels estrangers condemnats a una pena de presó inferior a sis anys, entre altres mesures.

Al mateix temps reforma el Codi Civil positivament, al establir que s'apliqui la Llei espanyola de separació i divorci quan la dona no pogués arribar a aquestes solucions com a conseqüència de l'aplicació de la Llei nacional dels cònjuges, el que pot beneficiar especialment a les dones musulmanes. Però fins i tot quan s'incorporen

elements positius s'introdueixen d'altres molt polèmics com configurar l'ablació genital femenina com delictes, quan abans ja estava castigada com lesions, i ara apareix com un delictes solament d'un sector social. La llei té, a més a més, la mala fortuna (o és conscient?) d'incloure tots aquests punts que afecten la immigració al costat del tractament de seguretat ciutadana i de la violència domèstica.

Però el gran canvi del any és una nova reforma general de la Llei d'Estrangeria. La llei orgànica 14/2003 tindria el seu origen immediat en la Sentència del Tribunal Suprem comentada del mes març del 2003, que exigia rang legal a diversos articles del Reglament, però realment es va anunciar en plena campanya de les eleccions locals i es va aprovar poques setmanes abans de la campanya de les eleccions generals, circumstàncies que permeten sospitar una utilització electoral del sentiment problemàtic cap a la immigració d'una part de la població. La llei modifica més de quaranta preceptes legals, però a més reforma altres lleis en relació amb la immigració, especialment alguns aspectes del padró municipal continguts en la Llei de Bases de Règim Local de 1985.

L'exposició de motius presenta com a gran avenç la reforma en la documentació i el visat, la modificació del qual servirà directament per a iniciar el treball i la residència, en teoria disminuint la burocràcia; aquesta millora està per veure, però en canvi no hi ha dubte respecte un efecte negatiu, la supressió de l'exempció de visat, que fins ara ve resultant un instrument fonamental per a facilitar alguns supòsits de regularització (per exemple, mitjançant el reagrupament familiar). Però altres reformes afecten encara més les línies mestres de la immigració, i destaca en el conjunt de la nova llei la major distinció que introdueix entre immigrants regulars i irregulars, i la supressió d'algunes vies existents per a la regularització individual, així com l'augment de la discrecionalitat per a les que resten. També incrementa els problemes de legalitat i seguretat jurídica, i paradoxalment torna a remetre al Reglament aspectes essencials que devia regular la llei, caient en els mateixos defectes que van provocar la Sentència del Tribunal Suprem.

La reforma torna a endurir els termes del reagrupament familiar i modificant de forma molt restrictiva l'accés al permís independent dels reagrupats. També redueix les vies existents per a la regularització individual que figuraven a l'article 31.3 anterior, destinades a complir una funció molt important, donat el volum d'immigrants en situació irregular, i remet la regulació de l'arrelament al Reglament. Certament es manté també la possibilitat de concedir un permís temporal per raons humanitàries, de col·laboració amb la justícia i altres circumstàncies excepcionals, però la gran discrecionalitat que envolta aquests supòsits condueix a confiar en l'arrelament com l'única via específica de regularització individual.

En el supòsit de treball per compte propi (art. 37), les exigències de «suficiència de la inversió i la potencial creació d'ocupació» per a obtenir l'autorització de treball, són poc realistes i contràries a la pràctica administrativa que no les demanaven per a donar permís de treball als que tenien la residència. Podria generar, per tant, un major volum d'irregularitat. En el supòsit de treball per compte aliè, es troben algunes millores en l'article 39, com el visat de tres mesos per a buscar treball, essencialment per a fills i néts d'espanyols d'origen, encara que també podrien estar dirigits a determinats sectors d'activitat o ocupacions «en les condicions que es determinin». També és clarament positiva l'exclusió de la situació de l'ocupació quan l'oferta o el contracte de

treball vagi dirigit a treballadors de temporada que hagin vingut durant quatre anys naturals i hagin retornat al seu país.

En l'apartat d'infraccions i sancions, continuen els vells problemes de legalitat en el procediment sancionador (falta de criteris per a distingir la multa i l'expulsió) i es generen altres nous al introduir-se l'elevació a proposta definitiva de la incoació de l'expedient quan no es produeixin al·legacions, o fins i tot davant la inadmissió de la proposta de proves, extrem que podria resultar contrari a la doctrina constitucional si s'arribés a interpretar com la possibilitat de proposta definitiva sense cap activitat instructora. També es produeixen canvis en la «devolució» que aproxima aquesta figura a l'expulsió, però aleshores requereix un procediment i garanties similars a l'expulsió.

En canvi, deu jutjar-se positivament la regulació en la Llei de les condicions de l'internament, que s'ha realitzat per exigència de la sentència del Tribunal Suprem, però segueix sense resoldre el problema més greu, l'absència de criteris del Jutge per a decidir l'internament, ja que les afirmacions de la STC 115/87 han mostrat la seva debilitat i, segueixen sense estar recollides en un text normatiu.

Una de les novetats més polèmiques és la necessitat de gestió personal dels permisos, perquè la norma imposa la presentació personal de totes les sol·licituds referents a les autoritzacions de residència i de treball, quan l'interessat es trobi a Espanya, impedit que puguin realitzar la gestió els familiars, gestors i advocats, amb un tracte diferenciat respecte a la població autòctona difícil de justificar en tots els casos (podria estar justificada en alguns). Igual s'exigeix en l'estranger per a la presentació de sol·licitud i recollida del visat en les missions diplomàtiques.

Altra novetat molt criticable és la inadmissió a tràmit de les sol·licituds relatives als procediments regulats en aquesta llei, per causes que en la seva majoria no produïrien aquest efecte en els nacionals. Situa l'estranger respecte a l'administració en una posició tan diferent dels nacionals (possibilitat de subsanació dels defectes, com regla general) que introdueix dubtes de discriminació, perquè sembla desproporcionada una limitació tan general dels criteris de la Llei 30/1992, que finalment és la llei que concreta els principis democràtics en les relacions entre els ciutadans i l'administració.

El Consell Superior de Polítiques de la Immigració no ha funcionat gaire aquests anys i la llei ho teoritza (marginant a les CCAA), perquè la seva funció es redueix a elaborar «un informe anual sobre la situació d'ocupació i integració social dels immigrants on podrà efectuar recomanacions per a la millora i perfeccionament de les polítiques en aquests àmbits», de manera que modifica la naturalesa del Consell que ara se sembla més a un òrgan consultiu del govern central que a una conferència sectorial autonòmica.

Però la reforma més greu, probablement inconstitucional, consisteix a preveure l'accés de la policia a les dades dels estrangers existents en el padró dels municipis. Planteja almenys tres tipus de problemes seriosos. En primer lloc, juntament amb el disposat en altres preceptes constitueix una delimitació molt distinta dels drets dels estrangers i dels nacionals respecte a la protecció de dades, que no posseeix justificació en general (altra cosa seria en supòsits determinats), i s'uneix a d'altres

normes de la llei que introdueixen una distinció gairebé general entre la posició dels estrangers extracomunitaris i els nacionals respecte a l'administració.

En segon lloc, la possibilitat que la policia arribi a conèixer el domicili dels immigrants en situació irregular a través del padró, produeix una negació o almenys un efecte dissuasori important en l'exercici de drets ciutadans, alguns fins i tot fonamentals. Així succeeix de manera molt directa amb el dret a la salut, perquè la pròpia LODYLE vincula l'accés a les prestacions sanitàries a la inscripció en el padró, o de manera indirecta en el dret a l'educació (perquè els centres públics poden exigir l'empadronament per a l'assignació de centre que es realitza respecte al domicili) o a l'accés a prestacions socials, que també poden requerir empadronament per a evitar que persones domiciliades fora del municipi o de les CCAA accedeixin a ells.

En tercer lloc, l'accés de la policia al padró en les condicions que estableix la llei, àdhuc sent individual, pot significar la vulneració del dret fonamental basat en el art. 18.4 CE a la protecció de dades, que és un dret que correspon plenament als estrangers. Per a arribar a aquesta conclusió, que seria molt greu, cal tenir present que si bé l'art. 18.4 CE es refereix literalment a la limitació de la informàtica per a la protecció de la intimitat i altres drets, la doctrina del Tribunal Constitucional ha considerat –igual que en altres països– que tal norma inclou un dret fonamental autònom a la protecció de les dades personals, tant enfront de les administracions com als particulars, que no opera en virtut de la protecció de la intimitat o altres drets sinó amb un contingut propi per a la protecció de totes les dades personals que puguin figurar en bases de dades, fins i tot sobre aquelles dades que puguin ser de caràcter públic, i per tant no cauen sota la protecció de la intimitat (STC 292/2000).

Aplicant la doctrina del Tribunal Constitucional al cas, sembla clar que el padró constitueix un registre de dades paradigmàtic per a l'aplicació de la finalitat citada ja que es tracta d'un fitxer pràcticament universal, regulat en la LBRL amb fins connectats amb la democràcia local, que obliga a proporcionar les dades a tots els residents en el municipi i proporciona el veïnatge, servint per a acreditar la residència, a més de servir de base per a l'exercici d'altres drets, com l'elaboració del cens electoral. La cessió de dades del padró a la policia que autoritza la nova llei compleix les condicions formals generals (regulació per llei, aquesta), però no respecta la finalitat de la recollida de les dades, perquè les fixades per la LBRL són molt diferents a les que encomana la LODYLE a la policia en autoritzar la consulta del padró respecte als irregulars.⁵

Conclusions

El punt de partida per a la regulació de la immigració en un Estat democràtic occidental ha de ser la determinació del volum d'immigració convenient decidida periòdicament per les institucions i establint a continuació les vies legals per a la seva consecució. Una vegada a Espanya, els treballadors immigrants i les seves famílies deuen ser considerats d'acord amb els criteris generals de la legislació per als ciutadans, que només s'han d'exceptuar quan ho requereixi el control de fluxos de la població estrangera. Però aquest plantejament elemental s'ha fet al revés: no ha existit una decisió primera sobre estratègia en política d'immigració, les normes han exceptuat sistemàticament als estrangers i en aquests moments existeix una desorientació notable tant en els criteris bàsics a seguir com en les polítiques més adequades per a la immigració existent.

A més a més, la situació real en què s'ha d'inscriure aquesta valoració estriba en el creixement notable de la població estrangera a Espanya: en 1994 era de 461.363 persones, equivalent al 1,2% de la població del moment, i en canvi en el 2003 la població estrangera ha crescut fins 2.664.000 persones i representa el 6,2% del total, segons dades de l'últim padró. El major creixement s'ha realitzat des del 2000, justament per la successió de reformes normatives, regularitzacions i la provisionalitat que tot això indica.

Sembla que una estratègia a mig termini hauria de contemplar com a mínim els punts següents:

1. Distribuir competències, funcions i recursos econòmics entre Estat, les CCAA i els ens locals, a partir del propi plantejament general de la Constitució (perquè quan es va elaborar no existia l'actual situació), i sobretot configurar instàncies de coordinació i instruments efectius de col·laboració (avui inexistents) entre totes les instàncies.

2. Configurar les vies d'immigració legal amb força (per a disminuir les entrades il·legals), empenent les necessàries reformes de l'administració (també de l'exterior) perquè tant el contingent com l'arribada pel règim general siguin instruments efectius. Potenciar els convenis signats en els últims anys amb els països origen de major immigració.

3. Disminuir al màxim de l'arbitrarietat administrativa, eliminant les remissions excessives al reglament i utilitzant les instruccions generals perquè els funcionaris apliquin a tots, sense privilegis ni discriminació, els criteris fixats pel govern. Dictar criteris més precisos encara per als visats, els cossos de seguretat, etc.

4. Corregir les reformes introduïdes per les últimes lleis que signifiquen un tractament diferent als estrangers sense que existeixi raó per a això o encara existint amb evident falta de proporcionalitat. Reduir les diferències a les exigides pel control de fluxos. Establir mesures especials per a les situacions diferents (Ceuta i Melilla, per exemple) sense generalitzar a altres llocs les mesures restrictives.

5. Buscar alternatives al sistema actual d'internament (els Jutges que decideixen manquen de criteris objectius per a pronunciar-se) i control judicial de l'expulsió (la sentència serà molts mesos després de l'expulsió). Es podria establir, per exemple, un primer control de l'expulsió per tribunals per comissions de tres o cinc membres formades per juristes designats per l'administració, les ONG i els Col·legis d'Advocats.

6. Impulsar convenis amb els Estats que són l'origen principal de la immigració a Espanya per a reconèixer el sufragi als estrangers amb permís de residència permanent. Desenvolupar les vies de participació sectorial en CCAA i Ajuntaments per a facilitar el diàleg i la negociació, per assolir una autèntica integració.

1 Un estudi sistemàtic de les Sentències del Tribunal Constitucional a Eliseo Aja, «Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes», a La democracia constitucional. Estudios en homenaje al profesor Rubio Llorente, Madrid, CEPC, 2002, pp 439 y ss.

2 Una exposició sistemàtica a l'obra col·lectiva que vaig coordinar, La nueva regulación de la inmigración en España. València, Tirant lo Blanch, 2000.

3 Més extensament, Laura Díez, «La nova reforma de la Llei Orgànica d'Estrangeria» a l'Anuari de la Immigració a Catalunya, 2000, Fundació Jaume Bofill, Barcelona, 2002, p. 13 i ss.

4 Aquestes observacions tenen major i millor exposició a Eduard Roig, «El Reglament d'estrangeria», Anuari de la Immigració a Catalunya 2001, de la Fundació Jaume Bofill, Barcelona, 2002, p. 19 y ss.

5 Una explicació més complerta a Maria del Mar Pérez, «La ley de extranjería y el acceso a los datos del padrón», en Derecho Migratorio y Extranjería, num. 5.