

EL RETO DEMOCRÁTICO DE LA INMIGRACIÓN ILEGAL (A LA LUZ DEL DEBATE ACTUAL EN ESPAÑA)

Ruth RUBIO MARÍN

Universidades de Sevilla (España) y Columbia (N.Y., U.S.A.).

RESUMEN

En el siguiente artículo analizo con respecto a países con altos niveles de inmigración y en términos de legitimidad democrática, el reto que plantea la existencia en los mismos de sectores de la población que, por carecer de la nacionalidad del Estado de residencia, carecen de la plenitud de derechos y libertades que nutren el espacio de igualdad cívica en un orden liberal democrático. Centro mi análisis en el colectivo de los llamados “inmigrantes ilegales”, que es el que está sujeto a una mayor precariedad jurídica. A fin de superar la creciente disociación entre población y comunidad política exploro la necesidad de articular nuevos fundamentos de inclusión dentro del *demos* y propongo, entre ellos, el de la residencia y el arraigo social que generalmente la acompaña. La fuerza normativa de los fundamentos que exploro es, a mi entender, de suficiente entidad como para superar los reparos morales asociados al carácter “ilegal” del origen de la inmigración. Desde estas premisas concluyo con una valoración negativa de la reciente reforma de la *Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* que a la vez restringe el acceso a derechos y libertades de los llamados “ilegales” y dificulta los cauces de subsanación quasi-automática de su ilegalidad.

SUMMARY

In this article I analyze the challenge, in terms of the democratic legitimacy of immigration countries, posed by the increasing existence of parts of the population who do not have the nationality of the country in which they reside, and are thus excluded from the realm of equal rights and freedoms that feeds the notion of civic equality in liberal democratic societies. I focus on the sector of the population whose legal status is most precarious, namely that of so-called “illegal immigrants”. In order to overcome the increasing gap between the population and the politically recognized community I advance the need to articulate new grounds of inclusion and suggest, among them, residence and the social integration that comes with it. Their normative force is in my view sufficiently compelling to overcome whatever moral objections might be connected to the “illegal” nature of the origin of the migration. In view of this, I criticize Spain’s most recent immigration reform of the *Organic Law 4/2000 on the Rights and Freedoms of Foreigners in Spain and on their Social Integration* which both limits the number of rights and freedoms that this population can enjoy and the venues of quasi-automatic regularization of the status of illegality.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones más controvertidas en el debate contemporáneo sobre la inmigración en España ha sido la del estatuto de derechos y libertades de los inmigrantes en situación de residencia irregular, así como la de la conveniencia o no de articular mecanismos que faciliten la regularización más o menos automática de dicho colectivo vinculada a su mera presencia en el territorio español. El rechazo al recorte de derechos que, en este sentido, operó la Ley Orgánica 8/2000 de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social fue uno de los puntos de consenso en las voces de oposición a la ley. También la restricción de cauces de regularización más o menos automática fue objeto de fuertes críticas.

Afectados quedaron el derecho de reunión y manifestación, las libertades de sindicación y de huelga que previamente a la reforma podían disfrutar todos los extranjeros independientemente de su situación administrativa y la igualdad en el acceso a algunas prestaciones estatales tales como la educación no infantil de naturaleza no obligatoria, el sistema público de becas y ayudas de estudios, y las ayudas en materia de vivienda a las que, antes del cambio legislativo, se accedía a través de la inscripción en el padrón municipal¹. Por otro lado, en su intención de establecer un cauce de regularización de la residencia más o menos automático, la Ley 4/2000 disponía que podían acceder a la situación de residencia temporal quienes acreditasen una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español y, por lo tanto convertía en un derecho lo que antes venía a depender del ejercicio discrecional y temporalmente puntual de la administración a través de sucesivos programas de amnistía². La reforma amplía el plazo de residencia habilitante de 2 a 5 años y cambia el tono de la expresión de forma que, más que reconocer una pretensión de derecho al inmigrante, parece simplemente habilitar a la administración otorgante sin que quede claro el ámbito de discrecionalidad de la misma en el ejercicio de esta función³.

1. Compárense los artículos 7; 8; 9; 11 y 13 de la LO 4/2000 con los artículos 7; 9; 11 y 13 de la LO 8/2000.

2. Véase el art. 29.3 de la LO 4/2000 en virtud del cual “podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia.”

3. Así, el artículo 31 distingue entre los supuestos del subapartado 2 en los que “la situación de residencia temporal *se concederá...*” (itálicas mías) y los del 3 que son los que nos interesan en los que “la Administración *podrá conceder* el permiso de residencia temporal.... a aquellos que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de 5 años.” El precepto además prevé que “reglamentariamente se determinarán los requisitos para acceder a la residencia temporal por esta vía, en especial por lo que se refiere a la justificación de medios económicos de subsistencia y permanencia de forma continuada en el territorio español.” Parece así habilitar para que reglamentariamente no sólo se concreten los requisitos que prevé la ley sino añadir posteriores condicionantes. El apartado 4 de la ley prevé que también se pueda otorgar (de nuevo lenguaje de

Muchas de las voces críticas expresaron su indignación con la merma de derecho de quienes, “legales o ilegales” no por ello dejaban de ser seres humanos. También en los diarios de sesiones de la discusión del proyecto de reforma en las distintas instancias parlamentarias aparecen repetidas alusiones a la común humanidad de quienes vienen a nuestro país en búsqueda de mejores condiciones de vida. Sin restarle importancia al argumento creo que es importante añadir algo de complejidad en el análisis del reto que el fenómeno de la inmigración ilegal constituye para los Estados liberales democráticos y, por consiguiente, la importancia que, desde ese punto de vista, tiene la reforma restrictiva recientemente operada. Ni antes ni después de la reforma, la ley otorga a los inmigrantes, ni legales ni ilegales, el derecho de participar en las elecciones democráticas y no se dijo por ello que vulnerase la común humanidad de dichas personas. De la misma forma, el manido argumento de la imposibilidad lógica de plantearse los derechos legales de quienes están en situación ilegal no impidió que la ley, tanto antes como después de la reforma, reconociera la mayor parte de los derechos fundamentales a todos sin distinción alguna.

En el siguiente artículo parto del presupuesto de que la naturaleza del reto democrático que plantea la existencia de los colectivos de los llamados “inmigrantes ilegales” se entiende sólo a la luz del incesante vínculo entre nacionalidad y disfrute de plenitud de derechos en el orden actual de Estados democráticos (II), lo que determina la posibilidad, cada vez más frecuente en sociedades de inmigración, de coexistencia de poblaciones con distintos estatutos jurídicos, siendo el de los llamados “inmigrantes ilegales” precisamente el más precario (III). En este contexto actual que deja obsoletos algunos de los más básicos presupuestos del Estado nacional, exploro la necesidad de articular nuevos fundamentos de inclusión dentro del *demos* y propongo, entre ellos, el de la residencia y el arraigo social que generalmente la acompaña (IV). Analizo con especial interés las peculiaridades que, en el marco de esta teoría normativa, plantea la inclusión de los llamados “ilegales” en la medida en que tal inclusión pueda conceptualizarse como inclusión sin el consentimiento de la sociedad de acogida (V). Finalmente exploro qué alternativas existen para concretar en cauces de inclusión específicos las tesis apuntadas (VI) y, concluyo con una valoración de la reciente reforma de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (VII).

discrecionalidad) un permiso de residencia temporal cuando se acredite una situación de arraigo en los supuestos previstos reglamentariamente. El Real Decreto 864/2001, de 20 de junio aprueba el reglamento de ejecución de la ley y no añade en su art. 41. 2 c) ningún requisito adicional con respecto a los mencionados en el art. 31.3 de la ley. En el art. 41. 2 d) el reglamento concreta lo que hay que entender por situación de arraigo desarrollando el precepto 31. 4, y se refiere a quienes, habiendo residido de forma continuada en España durante un período mínimo de tres años, puedan acreditar su incorporación real al mercado de trabajo y los vínculos familiares con extranjeros residentes o con españoles.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA NACIONALIDAD COMO CONDICIÓN DE ACCESO AL ESPACIO DE IGUALDAD CÍVICA ESTATAL

Lo que el argumento de la común humanidad facilita es claridad acerca de lo que debiera constituir el punto de partida del debate: la vigencia de la nacionalidad como condición de acceso a la plenitud de derechos y la injusticia que, en consecuencia, resulta de la disparidad en el disfrute de opciones que a menudo conlleva la tenencia de una u otra nacionalidad. Todos o casi todos nacemos nacionales de algún Estado, o al menos eso trata de garantizar el derecho internacional; algunos nacen nacionales de varios. En todo caso, los Estados fijan sus reglas de acceso a la nacionalidad por nacimiento y lo hacen generalmente siguiendo criterios tan irrelevantes desde un punto de vista moral como el del lugar en el que alguien nace (el llamado *ius soli*) o el del linaje sanguíneo del que procede (*ius sanguinis*), o, más comúnmente, una combinación de ambos. En principio pues, nadie *merece* nacer nacional de un Estado. Y sin embargo, es fundamentalmente la nacionalidad lo que permite disfrutar de la forma más plena del derecho que es condición de ejercicio del resto de los derechos dentro de un Estado: el derecho a residir de forma permanente y estable dentro del territorio estatal. Dada la disparidad en las condiciones de vida entre los distintos Estados, y en concreto entre los Estados prósperos y los que no lo son y dado que las disparidades afectan a cosas tan básicas como la posibilidad de acceder a un trabajo y vivienda dignas, a la salud, a la educación, por no hablar de la posibilidad de vivir sin sentir la propia vida en constante amenaza, la humanidad en realidad se disuelve en grupos de nacionales vinculados a distintos Estados y, por lo tanto premiados o castigados, de forma plenamente injustificada, y desde el momento mismo del nacimiento, precisamente a pesar de su común humanidad.

Poco afecta el hecho de que vivamos en un orden global en el que los compromisos de legitimidad se expresan cada vez más en términos de derechos humanos que vinculan al Estado también frente a sus residentes no nacionales. En realidad, los derechos humanos tal y como en la actualidad están concebidos pueden ser de dos tipos: absolutos o relativos. Mientras los primeros se refieren a derechos que todos tienen frente todos, los segundos son derechos que los miembros de una comunidad legal tienen con respecto al resto de los miembros de dicha comunidad (Alexy 1996: 210). En la actualidad la comunidad de referencia sigue siendo fundamentalmente la comunidad estatal sin que, por lo demás, haya reglas generales que obliguen a los distintos Estados a reconocer a determinadas personas como sus nacionales⁴. El derecho a entrar y a establecer la residencia en el territorio de un Estado, es precisamente uno de estos derechos relativos. Junto a él están otros,

4. Como mucho, los tratados internacionales se refieren al derecho a tener *alguna* nacionalidad, nunca al de tener alguna nacionalidad en concreto. Así, el art. 15 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se refiere al derecho de todos a tener una nacionalidad, y la Convención para la Eliminación de la Apatridia de 31 de agosto de 1961 se expresa en términos similares.

tales como los más importantes derechos de naturaleza política (Rubio Marín y O'Connell 1999). Pensemos, por ejemplo, en el derecho de sufragio activo y pasivo a nivel nacional o el derecho a acceder a los cargos que impliquen el ejercicio de autoridad pública⁵. Téngase en cuenta además que la identificación de derechos humanos relativos lo que expresa es el común denominador: los derechos que todos los Estados suelen reservar para sus nacionales. Hay luego variaciones nacionales por lo que respecta, por ejemplo, a la posibilidad del disfrute de derechos sociales en plena condición de igualdad y sin perjuicio de la nacionalidad. Dada la mayor debilidad de estos derechos de corte social en los convenios y tratados de derechos humanos, en general, y dado que tampoco existe una regla consuetudinaria que obligue al igual trato entre nacionales y extranjeros residentes en la materia, las posibles prácticas restrictivas estatales no encuentran grandes obstáculos en las limitaciones a la soberanía estatal del derecho internacional⁶.

Es cierto que a menudo los Estados reconocen en sus constituciones la casi plenitud de derechos fundamentales sin distinción de nacionalidad, tal vez a excepción de los mencionados derechos relativos. A menudo el derecho a la igualdad constitucionalmente definido tampoco limita su ámbito de aplicación a los nacionales⁷. Sin embargo lo cierto es que del derecho relativo a acceder al territorio depende en su mayor parte la posibilidad de disfrute del resto de los derechos dentro de un determinado territorio estatal, sea cual sea su fuente de reconocimiento. El compromiso del Estado con un orden de derechos humanos o de derechos fundamentales, disocia en cierta medida nacionalidad y titularidad de derecho, pero no obvia el hecho de que el compromiso de *garantía* de los derechos por parte de los Estados, sean de la naturaleza que sean, se limite en lo fundamental al ámbito territorial de jurisdicción estatal.

De ahí lo precipitado de quienes, a la vista de la proliferación de instancias supranacionales de articulación y defensa de derechos humanos hayan celebrado la victoria de un orden global postnacional en el que la personalidad jurídica supuestamente reemplaza a la nacionalidad como fuente de reconocimiento de derechos (Jacobson 1996: 38; Soysal 1994: 131). La nacionalidad sigue siendo fuente de

5. Algunos Estados sí han disociado nacionalidad y sufragio local y han vinculado la posibilidad de ejercicio de tal derecho a la residencia. Lo mismo ha sucedido en el ámbito de la construcción europea tras el Tratado de Maastricht y con relación a los residentes no nacionales que, no obstante, sean nacionales de algún otro Estado miembro. A nivel de elecciones nacionales sin embargo, las excepciones a la vinculación entre sufragio y nacionalidad son verdaderamente escasas. Entre ellas podemos citar la práctica de Nueva Zelanda que otorga tal derecho a los no nacionales que residen en su territorio o la del Reino Unido que reconoce tal derecho a los irlandeses o ciudadanos de la Commonwealth que residen en su territorio.

6. A nivel internacional la regla consuetudinaria es la del estándar mínimo internacional que, lejos de implicar una obligación de trato igual, otorga a los residentes no nacionales un estatuto que comprende los derechos más básicos, tales como el derecho al acceso a la justicia, estatutos que la práctica estatal suele superar con creces.

7. No es éste el caso de nuestra Constitución que, en su art. 14, sí limita el ámbito subjetivo del derecho a la igualdad de los españoles.

reconocimiento de derechos, los de carácter relativo, y, lo que es tal vez más importante, fuente de distribución de colectivos humanos en comunidades estatales que determinan las condiciones de disfrute efectivo de cualesquiera que sean los derechos y libertades reconocidos.

Esta conexión entre el disfrute de derechos y la nacionalidad no es más que el resultado de nociones de soberanía estatal plenamente vigentes. Vivimos en un orden de Estados soberanos que siguen funcionando como clubes, independientemente de que estén comprometidos o no con las premisas de la democracia liberal. Sólo la nacionalidad, la membrecía estatal, otorga plenitud de derechos dentro de la esfera de igualdad que define el Estado marcando así, hasta la fecha, los límites de la comunidad democrática de referencia (Brubaker 1992). Sin embargo, quién deba ser miembro del club, es el resultado de la decisión colectiva de los miembros reconocidos en un momento dado. Rara vez es la nacionalidad objeto de exhaustiva regulación constitucional. Generalmente es al legislador a quien compete definir las reglas de membrecía a través de las leyes de nacionalidad, competencia que los Estados guardan celosamente como rasgo esencial de su entidad soberana.

Competencia igualmente fundamental de los Estados soberanos es la de definir quién, fuera de los miembros de pleno derecho, puede tener acceso al territorio estatal. Y como consecuencia lógica de estos dos extremos se reconoce también soberanía estatal a la hora de decidir las reglas que determinan posibles estatutos intermedios como los de residente temporal o permanente, estatutos que generalmente implican un avance en el disfrute de derechos relativos sin llegar a conferir la plena igualdad jurídica que queda así reservada para los nacionales. Típicamente, el estatuto de residencia temporal pero sobre todo el de residencia permanente confiere mayor estabilidad en la residencia y en el acceso al trabajo, mayores posibilidades de reunificación familiar, mayores prerrogativas de participación política, y en último término, el derecho de acceso a la nacionalidad por la vía de la naturalización. Es decir, desde el punto de vista de la soberanía estatal son tres los obstáculos a los que para alcanzar plena igualdad jurídica se suele enfrentar quien no nace nacional: el acceso al territorio, el acceso a un estatuto de residente permanente y el acceso, por último, a la nacionalidad misma (Hammar 1990: 12-18).

III. EL RETO DEMOCRÁTICO DE LA INCLUSIÓN DE LOS LLAMADOS INMIGRANTES ILEGALES

Reducir a la consideración de mera humanidad compartida el debate del estatuto jurídico de los inmigrantes que están físicamente presentes e incluso socialmente arraigados en un Estado sin cumplir los requisitos que la ley estatal exige a tales efectos, o el de los que, a pesar de poseer un permiso de residencia temporal o permanente, no comparten el espacio de plena igualdad jurídica con los nacionales del Estado, tiene sólo una consecuencia tan lógica como radical, al menos mientras las oportunidades vitales que ofrecen los distintos Estados sigan siendo tan dispares: la de desautorizar el orden estatal actual. En un mundo sin fronteras y

sin nacionalidad, la noción de personalidad jurídica reemplazaría a la de nacionalidad. Voces minoritarias han defendido esta opción desde la teoría política como la única perfectamente coherente con las premisas del liberalismo político contemporáneo de corte igualitario (Carens 1987). Pero entonces lo que estaría de más es hablar de políticas de inmigración.

En realidad, hay diversas razones para dudar de la conveniencia e incluso de la legitimidad de un orden global que no reconozca la legitimidad de los Estados, incluso dentro de las premisas liberales que priorizan nociones de autonomía individual. Es cierto que en la actualidad el sistema de Estados sirve para proteger los privilegios de los ciudadanos de los países ricos. Pero también lo es que ese mismo sistema protege esferas de solidaridad ciudadana y esferas institucionales de protección efectiva, y no sólo de reconocimiento abstracto de derechos, sin que tengamos certeza alguna, y sí buenas razones de inquietud acerca de la posibilidad de que tales esferas encontrarán fácil sustituto en un orden plenamente global. Además, los Estados protegen también culturas, lenguas, formas de vida, que apreciamos, porque nos hacen sentir en casa, herederos de una identidad, conectados con un pasado y proyectados en un futuro. En la última década ha habido serios intentos de acomodar tales exigencias identitarias dentro de las premisas filosóficas liberales (Kymlicka 1995; Tamir 1993; Miller 1995). También en este sentido resulta difícil imaginar cuál pudiera ser el sustituto equivalente del Estado-nación aunque reconozcamos y queramos acomodar la composición plurinacional de la mayoría de los Estados contemporáneos.

Obviamente, ninguna de estas consideraciones cancela la preocupación acerca de la nacionalidad como fuente de privilegios inmerecidos pero todas ellas sirven de estímulo a la imaginación y obligan a pensar en formas alternativas de respuesta que no impliquen la renuncia al resto de los intereses legítimos en juego. Piénsese por ejemplo, en la posibilidad de que los Estados prósperos asuman compromisos de recepción mucho más generosos que los que dicta el mero interés nacional, a la vez que obligaciones de ayuda externa para facilitar el desarrollo social y económico de los países de origen. Y es que si de verdad nos tomamos en serio la importancia del orden estatal como orden de protección de identidades culturales, en la balanza de los intereses en juego hay que ponderar también la realidad del desarraigo cultural que sufren quienes, en aras de mejores oportunidades vitales, se ven obligados a abandonar sus comunidades de origen.

El reto que en términos democráticos plantea la existencia de colectivos de inmigrantes en condiciones de residencia irregular de forma permanente en el seno de nuestras sociedades, que es lo que sucede cuando el fenómeno de la inmigración irregular se hace estructural, no se agota con la pretensión de que “debieran poder estar aquí” que anima a quienes, desde el sueño de un mundo sin fronteras, apelan a nuestra común humanidad. Tampoco se resuelve con la idea de que “no debieran siquiera estar aquí” que con tanta frecuencia articulan quienes, confundiendo vigencia y legitimidad del orden estatal contemporáneo, reafirman sin pudor la plenitud de la soberanía estatal en la determinación de las distintas formas y grados de inclusión. El reto democrático tiene sentido para los que aceptamos que el sistema

estatal siga de momento siendo el punto de referencia central, que no necesariamente único, de articulación del orden democrático y en este sentido no cuestiona el sistema actual de Estados, ni la noción de la soberanía y de la autodeterminación política de los distintos pueblos que la anima. De lo que se trata más bien es de trazar nuevos límites al abanico de posibilidades de exclusión que abarca la noción tradicional de soberanía estatal, a la luz de los desplazamientos poblacionales que trae consigo la inmigración a gran escala, incluyendo la llamada “ilegal”.

Dicho así, y simplificando, la cuestión no debe plantearse sólo en términos aspiracionales (como “si *debieran* poder estar aquí” o “si no *debieran* estar aquí”) sino desde la realidad de que “están y, hasta cierto punto, van a seguir estando aquí.” La presencia de colectivos de inmigrantes “ilegales” no puede ser simplemente abordada desde un punto de vista instrumental al servicio de una *política* de inmigración que centre su mira en los que están fuera del país, en los inmigrantes en potencia, como la tesis del conocido “efecto llamada” asume y justifica el recorte de derechos (“no demos derechos a los que están ya aquí de forma ilegal para que no vengan otros en búsqueda de un trato igual”). Ni siquiera en sentido inverso y expansivo (“demos derechos a los que ya están aquí como forma de reconocer a los que aún no están aquí, pero están dispuestos a venir, que pueden hacerlo”). El punto de partida es la constatación de la existencia de una población en el territorio estatal que forma parte de la sociedad civil, y la pregunta clave es la relevancia democrática de la exclusión de dicho sector poblacional del ámbito de igualdad jurídica que delimita la ciudadanía nacional.

En este sentido el reto democrático que plantea la llamada inmigración ilegal estructural es parte de un reto mayor que nace de la constatación de la existencia de población no nacional en la comunidad estatal y la consiguiente disociación entre sociedad civil y sociedad política. Es la dudosa legitimidad democrática de tal disociación lo que algunas voces, incluyendo la mía, hemos venido denunciando con respecto a los inmigrantes en general (Balibar 1992; de Lucas 1994; Schnapper 1994; Layton-Henry 1991; Hammar 1985; Rubio Marín 2000)⁸. Lo que fundamentalmente pone de manifiesto tal denuncia es lo obsoleto de algunos de los presupuestos que inspiraron el proyecto del Estado nacional en el orden actual de globalización económica, de creciente desigualdad entre los Estados ricos y los pobres y del acortamiento de distancias geográficas y culturales que facilita la revolución de las comunicaciones y de los transportes. El orden nacional estatal simplemente asumió que los que, al menos de forma permanente, habitarían los Estados, serían los nacionales de cada Estado. La idea de ciudadanía, entendida como estatuto de igualdad política ligada directamente a la pertenencia al Estado, y la de la pertenencia a la nación como único criterio de inclusión en un orden de Estados permitió la asociación entre democracia y soberanía nacional, entre ciudadanía y nacionalidad.

8. Mi libro *Immigration as a Democratic Challenge* (Rubio Marín 2000) es novedoso en el sentido de que amplía el debate al abordar de forma específica el reto de la inclusión de los llamados inmigrantes ilegales, cuestión ésta tradicionalmente marginada en la literatura.

Cierto es que excluidos del ámbito de igualdad política quedaron desde el principio determinados colectivos por razón de su raza, etnia, sexo, o de sus ingresos económicos⁹. Pero ahí el problema sí que fue fundamentalmente el del no reconocimiento de la plena humanidad de los colectivos excluidos, a quienes no se les reconocía plenitud de capacidades negándoseles las que por excelencia se consideraban distintivamente humanas: las de raciocinio y autonomía volitiva. En este sentido, la inclusión progresiva de tales colectivos no fue el resultado de la redefinición de la noción de ciudadanía nacional, sino del reconocimiento de la plena humanidad de los individuos que los integraban. Y en esto el nuevo reto es cualitativamente distinto porque sí cuestiona de forma abierta algunos presupuestos del Estado-nación como continente del proyecto democrático.

Resumiendo pues, el problema de las limitaciones democráticas que la articulación de la ciudadanía nacional presenta en la actualidad tiene que ver con la realidad de que, cada vez con más frecuencia, conviven en los Estados personas que carecen de la nacionalidad estatal, personas que carecen de un permiso de residencia permanente o incluso de la autorización de residencia, y con el hecho de que cada uno de estos factores conlleva una merma en el estatuto jurídico del sujeto y por lo tanto supone un alejamiento de la aspiración democrática de convivencia dentro de un espacio político de igualdad. Al final, acabamos con una sociedad de castas, las de nacionales y no nacionales, y dentro de esta última, a su vez, con distintos eslabones. Los que residen con un permiso de residencia permanente son los que más se acercan a los nacionales y los que residen de forma desautorizada los que menos.

El hiato entre sociedad políticamente reconocida y población real que plantea la existencia de colectivos de inmigrantes llamados ilegales es el que, desde un punto de vista democrático, resulta más gravoso pues, amén de los derechos que directamente se les niega por condición de "su casta" (no nacional, no residente permanente, no residente temporal), la situación de precariedad residencial expone a este colectivo a una vida más o menos clandestina que facilita su explotación y desde la que resulta difícil disfrutar de forma efectiva incluso de aquellos derechos que les son reconocidos por razón de su común humanidad. El conflicto entre soberanía estatal y orden democrático se plantea así en su plena dimensión, pues si la entrada inicial desautorizada supone un reto directo a la soberanía de los Estados a la hora de determinar las reglas de acceso al territorio, la consolidación progresiva de esta población permanente dentro de la sociedad civil pone en tela de juicio

9. Nótese además que el esquema de Estado-nación también sirvió para justificar otro tipo de exclusiones, el de las minorías nacionales, al ocultar la realidad plurinacional de la práctica totalidad de los Estados desde su conformación inicial. En este sentido, la ilusión que alimentaba la exclusión era el convencimiento de que sólo las culturas de las grandes naciones, los grandes pueblos, perdurarían mientras que las naciones minoritarias, descritas como retrógradas e ineptas para afrontar los retos progresivos de la modernidad, no resistirían el paso del tiempo y acabarían asimilándose, lo que permitiría que el modelo de Estado-nación acabara imponiéndose naturalmente sin ningún tipo de fisuras (Kymlicka y Rubio Marín 1999: 135).

la pretensión de todo orden democrático y liberal de configurar un espacio de igualdad cívica dentro del cual las personas se relacionen en condiciones de igualdad política.

IV. LA RESIDENCIA Y EL ARRAIGO SOCIAL COMO FUNDAMENTOS DE INCLUSIÓN DEMOCRÁTICA

Hemos llegado pues al momento histórico en el que la nacionalidad tiene que ceder algo de espacio a la residencia como criterio de inclusión política si se quiere mantener vigente el compromiso con las premisas de un orden democrático, y aunque ello implique limitaciones adicionales de nociones tradicionales de soberanía estatal. Si en cierto modo lo dicho parece evidente no deja de resultar curioso que en la lucha por el reconocimiento de derechos de los inmigrantes no juegue un papel más importante su condición de residentes, de miembros de la sociedad, y las implicaciones democráticas de su exclusión política. De ahí la conveniencia de articular las intuiciones y contraintuiciones que subyacen y que dificultan la percepción de la cuestión en términos de legitimidad democrática¹⁰.

En principio parece que la existencia de una población sujeta de forma permanente al ejercicio de la autoridad pública y al ordenamiento jurídico que sin embargo no cuenta con un derecho igual al del resto de los miembros de la sociedad a participar en la articulación de intereses y toma de decisiones colectivas contraría las premisas más básicas de un orden liberal democrático. Fiel a un compromiso con la noción de igualdad moral e igual libertad de las personas, dicho orden simplemente no puede aceptar el derecho de unos a gobernar sobre otros basado en la idea de la superioridad intrínseca de los primeros (Rawls 1993: 29; Ackerman 1980). La igualdad política implica que todos los miembros de la sociedad tienen que ser reconocidos como fuentes autónomas de pretensiones: sus intereses han de poder contar lo mismo, y se les ha de reconocer igual capacidad de autonomía en la articulación y disfrute de los mismos. Por ello, la coexistencia entre individuos en condiciones de desigualdad jurídica es claramente contraria a las premisas de nuestro ordenamiento democrático de corte liberal.

Es cierto que algunos autores han sugerido que la definición misma del *demos* en el marco del Estado nacional no es un problema democrático en sentido estricto (Hailbronner 1989). Más bien, la democracia presupone un *demos*. La nación es el *demos* y es la que, en un momento lógicamente posterior decide comprometerse con una forma democrática de gobierno. Quién ha de formar parte de la nación es pues, en sentido estricto, una cuestión pre-democrática. Pero obviamente eso no

10. Desarrollo las ideas apuntadas en esta sección y en la siguiente con más prolijidad de detalles en las págs 28-36 y en el capítulo 4 ("Inclusion without consent") de *Immigration as a Democratic Challenge* (Rubio Marín 2000).

puede ser cierto, al menos en el sentido actual del término democracia y dadas las pretensiones de legitimidad y no meramente procesales con el que mismo se usa¹¹.

Si este déficit democrático no resulta tan hiriente como en principio pudiera parecer es porque en la psicología colectiva de la sociedad receptora el presupuesto es el siguiente: como al entrar y establecerse en el Estado los “ilegales” vulneran abiertamente las reglas soberanas del mismo, no cabe alegar que la condición de súbditos de no pleno derecho en la que acaban encontrándose sea totalmente ajena a su voluntad. Dicho en términos burdos, “si están es porque quieren, si vienen y se quedan, es porque quieren, si no se acogen a las reglas del juego tienen que atenerse a las consecuencias”. La comunidad fija sus propias reglas de delimitación de las formas y grados de membrecía, y los que las infringen y luego pretenden su plena inclusión y reconocimiento olvidan que en último término, y a diferencia de los nacionales nacidos en el territorio estatal, si la situación no les resulta ventajosa los no nacionales siempre tienen la opción de regresar a sus comunidades de origen, comunidades que en realidad nunca debieron abandonar. En otras palabras, puede que haya sujeción sin representación, pero desde luego no sin consentimiento.

Ahora bien, esta descripción de la cuestión es criticable desde distintas ópticas. Para ser moralmente relevante el consentimiento ha de ser expresión de una decisión libre e informada. En un orden internacional con las disparidades apuntadas y dadas las condiciones de precariedad y necesidad que alimentan los flujos migratorios, resulta sumamente cuestionable que tales desplazamientos de población puedan describirse simplemente como la suma de decisiones individuales plenamente autónomas y libres.

Pero es que además la narración del párrafo anterior, que congela la imagen del inmigrante en el momento inicial de acceso vinculándolo a una eterna posibilidad de retorno, esencializa su persona, la identifica teleológicamente con la consecución de los objetivos económicos que se supone han de inspirar cualquier proyecto inmigratorio, oscureciendo así la naturaleza del proceso de integración social, y, dificultando, por consiguiente, la percepción de la relevancia moral del mismo. Lo cierto es que con el paso del tiempo, y a través de su residencia permanente el extranjero llega a ser miembro de hecho, si no de derecho, de la sociedad de

11. ¿Qué calificativo merecería un régimen, al estilo del antiguo régimen de *Apartheid* en Suráfrica, que definiera la nación en términos raciales para luego demostrar que la minoría gobernante funciona de manera perfectamente democrática con respecto a los miembros del *demos* reconocido? Para que un régimen sea verdaderamente democrático tiene pues que haber una conexión básica y primitiva entre quienes se ven sometidos a la autoridad pública que en el mismo se ejerce y quienes disfrutan del conjunto de derechos y libertades, incluyendo los de participación política, que definen el espacio de igualdad política que la comunidad conforma, y, en ese sentido, la definición misma del *demos* es una cuestión democrática en su sustancia. Para quienes democracia signifique sólo un mecanismo de toma de decisiones guiado por el criterio de la mayoría dentro de un conjunto de personas definido de forma más o menos arbitraria el problema obviamente no puede ser democrático en sentido estricto. ¿Pero quién defiende esta concepción de la democracia entendida como criterio de legitimidad de ejercicio del poder?

acogida. Un miembro que a menudo consolida vínculos familiares y afectivos, que tiene un trabajo más o menos estable, y unas aspiraciones profesionales, por clandestinas que sean; un miembro que ha aprendido a desenvolverse en una nueva lengua, y que se ha impregnado de una nueva cultura y de nuevas pautas sociales de comportamiento; una persona que ha redefinido sus opciones vitales a la luz de los vínculos establecidos con el paso del tiempo en la sociedad de acogida y de las posibilidades que la misma ofrece y dota de sentido desde un punto de vista cultural.

Obviamente lo anterior no pretende ser una descripción fáctica de la única experiencia posible de inmigración, “legal” o “ilegal”. Hay personas que vienen a trabajar como temporeros y regresan a sus países. Hay personas que vienen con el sueño de ahorrar lo suficiente durante un período de tiempo relativamente corto y luego regresan, sin dejar nunca de considerar su experiencia emigratoria como una experiencia bien delimitada en el tiempo y a la que únicamente los sueños fraguados en la realidad y cultura de la sociedad de origen dota de sentido. Hay pues inmigrantes para los que la sociedad de origen no deja de ser la única sociedad que sirve de referente vital. Pero estamos hablando aquí de residentes permanentes y lo normal es que, para ellos, el paso del tiempo vaya acompañado de un proceso de integración social y cultural al que hay que dotar de significado moral. Incluso para quienes entienden que las fronteras, tal y como existen y operan en la actualidad son fundamentalmente legítimas, la realidad del arraigo de los inmigrantes debe constituir un hecho dotado de relevancia moral autónoma. El problema de llamar a una persona “inmigrante”, y de esencializarla de esta forma, es que no permite matizar debidamente distinguiendo, como se merece, entre las distintas experiencias vitales que el término puede encubrir¹².

Una forma de explicar la intuición que estoy tratando de articular es la siguiente. Por lo general, no consideramos que la mera opción de abandonar nuestro país por otro que esté dispuesto a acogernos sea cauce suficiente de expresión de consentimiento político a efectos de legitimidad democrática. Antes bien exigimos

12. El ejemplo más extremo de esto es lo que sucede en países con reglas restrictivas de acceso a la nacionalidad por nacimiento, reglas por lo general vinculadas al criterio del linaje sanguíneo. Así cuando se dice que en Alemania la población de inmigrantes es de aproximadamente el 9% se suele olvidar que algunas de estas personas han nacido de padres que a su vez nacieron en Alemania dada la primacía casi total del *ius sanguinis* en el acceso a la nacionalidad bajo la ley de la nacionalidad de 1913 que sólo en 1999 fue reformada para incorporar por primera vez elementos de *ius soli* que facilitan el acceso a la nacionalidad alemana a los hijos de extranjeros que llevan mucho tiempo en calidad de residentes permanentes en Alemania. Nadie puede pensar que, desde un punto de vista democrático, el problema que implica la exclusión de estos “inmigrantes de tercera generación” del *demos* sea equiparable al que se puede plantear en un país como los Estados Unidos que, fiel al *ius soli*, reconoce la nacionalidad a todos los que nacen en el territorio y que, de nuevo a diferencia de Alemania, otorga la nacionalidad por naturalización también con relativa facilidad. Y sin embargo el uso indiferenciado del término “inmigrantes” esconde esta pluralidad de realidades detrás de la imagen estereotipada de la experiencia del “inmigrante” y desdibuja la relevancia moral de los distintos grados y formas de exclusión.

que el ciudadano sea capaz de expresar sus opiniones, de protestar, de tratar de cambiar el sistema a través del ejercicio de toda una serie de derechos y libertades, y, en último término, de participar en el proceso político del que resulta la designación de los gobernantes como requisito de legitimidad en la relación de sujeción del ciudadano al ordenamiento legal. Ello no se debe únicamente ni principalmente a la eventualidad de que puede que no haya ningún otro Estado que esté dispuesto a acogernos si decidimos irnos. Se debe a que consideramos que el precio del desarraigo social y cultural que supondría para la mayor parte de las personas tener que dejar la sociedad de la que se es parte sería tan alto que el que no lo hagan, por muy a disgusto que estén con sus gobernantes, no nos parece en sí mismo suficiente expresión de consentimiento.

La autonomía, concebida como la posibilidad de decidir nuestro proyecto de vida, tiene sentido no sólo como posibilidad abstracta, sino por lo que nos permite alcanzar de forma concreta. Y como nadie vive eternamente, muchos de los vínculos simplemente “heredados” y los resultados concretos de opciones genéricas concretadas en algún momento de nuestra vida son los que generalmente acaban dotando de pleno sentido a nuestra existencia. Nadie estaría dispuesto a aceptar que la posibilidad abstracta de tener un trabajo, una familia concreta, unos hijos, unos amigos, o una cultura equivalen a la posibilidad de conservar el trabajo específico que desempeñamos, o la trayectoria profesional específicamente trazada, nuestra familia y nuestros amigos o hijos, así como la posibilidad de desarrollarnos dentro de un determinado contexto cultural, aunque sepamos que, en el mundo de lo posible, haya opciones mejores por las que podríamos decantarnos. Es decir, tan determinante resulta saber que podemos cambiar nuestras opciones vitales a la luz de nuevas experiencias como saber que podemos conservar los lazos y vínculos que vamos consolidando en el contexto social en que vivimos, lo hayamos elegido o no.

Esta realidad es la que está en tensión clara y abierta con la posibilidad de reducir la experiencia vital de la integración social de colectivos de inmigrantes a una definición teleológica y funcional que vincula la imagen del “inmigrante económico, legal o ilegal” al estereotipo de la persona que, “perteneciendo a otro lugar, viene fundamentalmente en busca de trabajo, y puede siempre retornar”. ¿Cómo explicarnos que muchos acaben quedándose y no regresen jamás aunque partieran con un claro proyecto de retorno o por qué muchos confiesan que, con el transcurso del tiempo, se sienten foráneos en sus propios países de origen? Tal vez vinieran en búsqueda de trabajo, y con el tiempo, encontrarán, además de trabajo, una vida, una sociedad, una familia, unos vínculos personales y una cultura que concede un nuevo código de interpretación de todo lo anterior. Se trata simplemente del oficio de vivir. La pregunta es obviamente qué relevancia moral haya que darle a dichos vínculos y a la posibilidad de conservarlos¹³.

13. Que quede claro que no estoy sugiriendo que con el paso del tiempo los inmigrantes vayan necesariamente a abandonar por completo sus identidades culturales en favor de los cánones cultura-

V. PECULIARIDADES DE LA INCLUSIÓN SIN CONSENTIMIENTO DE LA SOCIEDAD DE ACOGIDA: INTUICIONES Y CONTRAINTUICIONES

En el caso concreto de los inmigrantes ilegales las intuiciones morales parecen complicarse aún más. El argumento de que la noción de autonomía implica no sólo la posibilidad de elegir opciones abstractas sino también la de preservar los lazos sociales y culturales que dan sentido concreto a las mismas, parece presuponer que, al menos cuando tales lazos son el resultado de opciones individuales, y no de circunstancias en las que uno simplemente nace, éstas debieron ser ejercidas legítimamente. Una cosa es condenar que la sociedad acoja inmigrantes sin estar dispuesta a que, con el tiempo, éstos establezcan lazos de toda índole y pretendan ser miembros de pleno derecho desde el presupuesto de que debieran vivir indefinidamente vinculados al proyecto laboral o económico que en el origen motivó la migración. Otra bien distinta, que desde un punto de vista moral, resulte suficientemente irrelevante que el hecho mismo que originó el arraigo social fuera un hecho antijurídico. A fin de cuentas, nadie decide nacer en una determinada sociedad en vez de en otra, mientras que la emigración sí es resultado de una opción individual. En otras palabras, la cuestión es si la ilegalidad de la acción originaria debe restar fuerza moral a la pretensión de que el inmigrante pueda, en su momento, reivindicar su reconocimiento político en calidad de miembro de pleno derecho. La tesis que quiero defender aquí es que, sin perjuicio del calificativo jurídico que merezca la acción originaria, no cabe legítimamente esperar que las personas renuncien indefinidamente a la posibilidad de establecer el tipo de vínculos y dependencias señalados y de generar toda clase de expectativas en torno a los mismos. Por ello, cualesquiera que fueran los vicios en el origen, éstos han de poderse subsanar con el paso del tiempo y la consiguiente integración social del inmigrante.

Parte de la fuerza del argumento reside en que el carácter “inmoral” de la acción antijurídica de origen, el ingreso no consentido en la comunidad estatal, es cuanto menos discutible, cuando lo que lo motiva es precisamente el deseo de lograr bienes tan básicos como los que garantiza el Estado de recepción a todos sus ciudadanos, algunos, en calidad de derechos fundamentales. Pero es que hay ade-

les de la sociedad de acogida. En realidad son muchos los factores que pueden jugar un rol en la dinámica de “aculturación” del inmigrante. Entre ellos, las diferencias o similitudes entre las culturas que se encuentran (piénsese por ejemplo en el factor lingüístico); las posibilidades reales de interacción y participación en la sociedad civil de acogida; o la existencia o no de grandes colectivos de inmigrantes en la sociedad de destino que les permitan en cierto sentido vivir en enclaves culturales. Lo que sí que creo es que, independientemente de cuál sea la experiencia concreta de cada inmigrante, el mero hecho de la residencia consolidada en el tiempo y de la inevitable integración social que la acompaña, van a exponer al inmigrante a nuevas prácticas sociales y a un nuevo contexto cultural que pueden alterar en grado suficiente la percepción de los objetivos vitales de aquéllos. Por ello, conservar los vínculos establecidos y los proyectos redefinidos y hacerlo dentro del contexto cultural que ha permitido la reinterpretación de su significado puede llegar a ser determinante para el desarrollo de la personalidad del inmigrante.

más factores adicionales para considerar que, independientemente de la calificación de la conducta inicial, el tiempo y la integración social debieran servir para subsanar el vicio de origen a efectos de inclusión democrática.

En primer lugar, en nuestra cultura jurídica sólo los actos antijurídicos que se consideran dignos del mayor reproche moral son imprescriptibles por lo que respecta a su carácter punible. El paso del tiempo oscurece los hechos y dificulta el acceso al material probatorio. La finalidad de la prevención general de la conducta castigada se debilita también ante la realidad de la postergación indefinida del momento del castigo. Pretender que la amenaza de expulsión desincentive la entrada ilegal de inmigrantes es plausible, pero el argumento pierde fuerza cuando en la realidad se constata que a menudo esa expulsión nunca se lleva a cabo, o que en todo caso pueden pasar muchísimos años antes de que efectivamente tenga lugar con lo que cabe la posibilidad de que, en el ínterin, se habilite algún programa de amnistía que sirva para subsanar la situación.

Más importante aún desde nuestra perspectiva, el paso del tiempo pone en evidencia la necesidad de ponderar las exigencias de la justicia retributiva frente a las de la seguridad jurídica. Hay pues que obligar a tener en cuenta las expectativas que la ausencia de castigo, prolongada en el tiempo pueda generar, sobre todo cuando hay consciencia de que la infracción cometida no atenta contra los más básicos bienes jurídicos como son la vida o integridad física de las personas. Digno de especial consideración es también el hecho de que la amenaza de castigo, sostenida durante el tiempo, puede constituir en sí mismo un castigo. En el caso que nos ocupa, así lo ponen claramente de manifiesto las vivencias de clandestinidad de los inmigrantes, los perniciosos efectos vinculados a la inseguridad que tal situación genera y la explotación a la que la misma se presta. Poco tiene que ver con todas estas consideraciones el que legalmente se califique o no la entrada o estancia irregular en el territorio estatal como acto delictivo, y, por lo tanto, la consiguiente expulsión como castigo en sentido estricto. Lo cierto es que lo que para el residente no-nacional está en juego es a menudo el disfrute de derechos y libertades básicos y la posibilidad de preservar lo que con el paso del tiempo se convirtió en su hábitat social natural.

El problema de describir a los que de forma irregular entran o se quedan en el país como “inmigrantes ilegales”, de forma indefinida, e independientemente de la experiencia vivida a partir del momento de entrada, de si se han dedicado a actividades delictivas o no, de si llevan más o menos tiempo en la sociedad de acogida, de si están arraigados con familia, trabajo y niños en las escuelas o no lo están, es que en la imaginación popular tales personas quedan esencializadas como infractoras de la ley. Cuando esto sucede la idea de la prescripción de la antijuridicidad o del castigo por el mero paso del tiempo se vuelve contraintuitiva pues es como si la mera presencia de los llamados “ilegales” renovase de forma continuada, permanente e inevitable la conducta reprochable por muy atrás que ésta quede en el tiempo, negando la relevancia moral de lo que haya podido suceder desde entonces.

El segundo de los factores que habría que tener en cuenta para rebajar la relevancia moral de la conducta antijurídica inicial con el paso del tiempo, es el de

la contribución del inmigrante en la sociedad de acogida. Si asumimos, como la experiencia empírica comparada de países con inmigración ilegal estructural pone de manifiesto, que es la existencia de oportunidades laborales lo que fundamentalmente atrae los flujos migratorios, no es descabellado presumir que, cuanto más tiempo pase, más tiempo llevará la persona que emigró trabajando, a menudo en condiciones infrahumanas, y en los sectores que el resto de la sociedad desecha como indignos, pagando impuestos, y contribuyendo a la riqueza social y cultural de la sociedad que habita. El más elemental sentido de la equidad obliga a que, de ser esto así, la persona pase también a disfrutar en condiciones de plena igualdad de los beneficios y derechos vinculados a la membrecía. Ésta es la visión que encaja dentro del esquema de quienes conciben que el Estado no es sólo una comunidad nacional sino un esquema de cooperación en el que derechos, beneficios y deberes han de distribuirse equitativamente (Miller 1988: 652).

Obviamente siempre cabría objetar que para que la generación de beneficios vincule moralmente en cualquier esquema de cooperación y de reparto de cargas y beneficios es necesario que las contribuciones se reciban de forma expresa (Simmons 1979: 108). No bastaría pues con que el colectivo de inmigrantes decidiera “imponer” su contribución a la sociedad de acogida para luego reclamar los correspondientes beneficios, como podría alegarse que hacen los “inmigrantes ilegales”. Pero el argumento adolece de hipocresía. No hay realidad comparada de países con inmigración ilegal como fenómeno estructural, en los que no se puedan identificar con perfecta nitidez cuáles son los destinos más frecuentes de tal mano de obra y qué sectores de la economía se benefician o beneficiaron en el pasado de la misma. De hecho no es infrecuente que la inmigración ilegal definida como problema o lacra social conviva en sociedades con ordenamientos jurídicos sumamente tolerantes frente a quienes contratan tal mano de obra. Y mucho más frecuente aún, que en estos países se aprueben leyes que prevean tales sanciones como estrategia de rentabilización electoral de una cuestión que tantas inquietudes populares suscita, leyes que luego no llegan nunca a aplicarse de forma rigurosa porque existen sectores de la economía con fuerza de presión política a quienes tal aplicación no interesa.

VI. ALTERNATIVAS DE INCLUSIÓN

Dos son las alternativas que con más frecuencia han barajado quienes han expresado preocupación por el déficit de legitimidad democrática que supone la consolidación de una población de extranjeros que reside de forma permanente en el Estado y sin embargo no disfruta de la plenitud de derechos que sólo la nacionalidad confiere (Hammar 1990). La primera consiste en avanzar por la vía de desvincular derechos y nacionalidad, de forma que, cada vez más, sea el estatus de residencia permanente el que abra la posibilidad al disfrute de la plenitud de derechos (Schnapper 1992; Zapata-Barrero 2000). La segunda se refiere a la opción de facilitar el acceso de los no nacionales que residen en el territorio a la nacionalidad misma.

Quienes hasta la fecha han articulado este tipo de tesis vienen centrando su atención en aquella población que el Estado al menos ha acogido formalmente y de forma permanente: en los inmigrantes con permisos de residencia permanente. Por ello, las vías de inclusión señaladas anteriormente, se suelen concretar en dos tipos de pretensiones. Por un lado, en argumentos en aras de la extensión de derechos políticos a los residentes permanentes, al constituir los derechos de participación política el reducto más típicamente impenetrable para los no-nacionales, sea cual sea su estatuto residencial. Para quienes no entienden que sea aconsejable disociar de forma plena el estatuto jurídico de plenitud de derechos de la condición de ciudadano nacional, la alternativa de inclusión más natural consiste en facilitar el acceso a la nacionalidad, fundamentalmente a través de la superación de los obstáculos que suelen dificultar la naturalización de los extranjeros residentes (tales como la discrecionalidad estatal en los procesos de naturalización, la exigencia de un período de residencia excesivamente largo o la obligada renuncia a la nacionalidad de origen, por mencionar algunos). En realidad no es infrecuente que, una vez lograda la estabilidad en la residencia, y el acceso a la mayor parte de los derechos sociales los residentes extranjeros renuncien a la ciudadanía política a través de la naturalización con tal de mantener el sentimiento de identidad que les proporciona la tenencia, o al menos la tenencia en exclusiva (según los países en juego acepten o no la doble nacionalidad), de su nacionalidad de origen.

No voy a analizar aquí de forma pormenorizada las ventajas o desventajas que pueden venir asociadas a una u otra alternativa de inclusión¹⁴. Baste aquí decir que, en la medida en que siga vigente el orden global de Estados parece que tiene sentido mantener un único orden de membrecía que se afirme a la vez interna y externamente (Legomsky 1994: 298). En la medida en que la nacionalidad subsista para expresar membrecía en el Estado y en la medida en que la ciudadanía subsista para expresar el colectivo de quienes poseen plenitud de derechos dentro del Estado, parece que tendría sentido que las dos siguieran de la mano, al menos en alguna medida. Ello, sin perjuicio de que abogemos al mismo tiempo por la revisión del contenido cultural de la nacionalidad para reflejar el creciente pluralismo social, por no hablar de la composición plurinacional de casi todos los Estados desde el momento mismo de su aparición¹⁵.

Entre las razones en favor de la no plena disociación se ha dicho que el vínculo entre nacionalidad y ciudadanía democrática ha reforzado tradicionalmente

14. En *Immigration as a Democratic Challenge* (Rubio Marín 2000: 99-129) defiende de forma detallada una alternativa distinta aunque no excluyente de la primera de las mencionadas en el texto en virtud de la cual, en la medida en que el Estado pretenda mantener el disfrute de la plenitud de derechos vinculado a la tenencia de la nacionalidad, ha de estar dispuesto a otorgar a los extranjeros residentes una segunda nacionalidad de forma plenamente automática, sea cual sea el estatuto residencial de los mismos, y, a más tardar, cuando éstos lleven 10 años de residencia efectiva en el territorio.

15. Nótese que en realidad esto es algo que muchos Estados están ya obligados a hacer como forma de reconocer su composición plurinacional.

el sentimiento de identidad, y la capacidad de solidaridad y de sacrificio. Disolver el vínculo podría favorecer una visión interesada de la ciudadanía fundamentalmente como conjunto de derechos, una concepción que tal vez no fuera suficiente para alimentar el sentimiento de comunidad y de pertenencia que en la actualidad nutre el concepto de ciudadanía nacional. Es éste un sentimiento que las personas valoran, como fuente de su identidad localmente anclada, y que en todo caso hay que valorar también de forma instrumental en la medida en que efectivamente sirva para fomentar el conjunto de virtudes cívicas que el buen funcionamiento de las instituciones democráticas requiere (Schuck 1989: 60ss.; Whelan 1988:31; Shauer 1986: 1504). Ahora bien, el hecho de que algunos derechos deban quedar asociados a la nacionalidad para que el concepto no se devalúe por completo (Hammar 1990: 198) no significa que no quede todavía espacio para avanzar en esa línea.

En todo caso, más que tomar parte definitiva en este debate, lo que aquí me interesa destacar son dos cuestiones concretas. Una, la necesidad de afirmar la conexión entre las dos vías de inclusión: la vía de un disfrute de derechos disociado de la tenencia de la nacionalidad y la del acceso a la nacionalidad misma. Me interesa además y sobre todo, ampliar el debate para articular mecanismos de inclusión de los residentes permanentes en situación de irregularidad, pues a nada menos obliga el haber calificado su exclusión de problemática desde un punto de vista democrático.

Desde un punto de vista de legitimidad democrática el disfrute de derechos por parte de los extranjeros residentes y el acceso a la nacionalidad no pueden aparecer nunca como cuestiones disociadas. En este sentido, llama la atención que la definición de las reglas de la nacionalidad en los ordenamientos estatales contemporáneos se siga considerando en muchos casos materia de derecho privado y rara vez aparezca ahí donde suelen aparecer los principios básicos de un orden político comprometido con el proyecto de legitimidad democrática: en las constituciones nacionales. Como igualdad de derechos y nacionalidad siguen asociados, aunque sea de forma cada vez más tenue, el reconocimiento de la titularidad de los derechos queda en cierta medida desconstitucionalizado cuando el legislador tiene carta blanca para sentar los criterios de acceso a la nacionalidad. En la realidad pues, el acceso o no a determinados derechos sin perjuicio de la nacionalidad será más o menos relevante desde un punto de vista democrático dependiendo del grado de inclusividad de las reglas de acceso a la nacionalidad. Y ésta ha de ser materia constitucional por excelencia si no queremos que los elementos del orden estatal nacional que denunciamos ahora como obsoletos generen disfunciones de legitimidad. O desvinculación total de derechos fundamentales y nacionalidad, o reglas mínimas de inclusión en el cuerpo de nacionales constitucionalmente impuestas. Éstas debieran ser cada vez más las opciones constitucionales de un orden actualizado de Estados naciones que tome en cuenta la presencia estructural de flujos migratorios. Quienes creen que reconocer derechos constitucionales a los inmigrantes que están fuera de la legalidad es un absurdo olvidan esta dimensión intrínsecamente constitucional de la materia dado que el compromiso con un Estado social y democrático de derecho se extiende a todo el ámbito de jurisdicción estatal.

Lo segundo que quiero destacar aquí es la necesidad de ampliar los términos de este debate para responder al déficit democrático que plantea la existencia de sectores de la población que residen de forma irregular y habitual dentro del Estado. Para este sector de la población el que se vinculen plenitud de derechos y estatuto legal de residente permanente es obviamente insuficiente. Sólo la residencia real y efectiva como vía de acceso a la plenitud de derechos podría satisfacer su exigencia democrática de inclusión. En este sentido el primero de los derechos que con el paso del tiempo y la integración social debe reconocerse a este colectivo, como condición de disfrute efectivo de cualquier otro, es el de la residencia permanente. Una vez alcanzado, su pretensión de inclusión democrática se formularía en términos idénticos a la de quienes expresamente han sido aceptados por el Estado.

Por otro lado la alternativa de facilitar la integración a través de la naturalización también resulta insuficiente para los llamados inmigrantes ilegales siempre que no suceda una de estas dos cosas. Una, que el período de residencia que se exija como condición de acceso a la nacionalidad a través de la naturalización se refiera a residencia efectiva, y no a residencia legalmente autorizada. Otra, que el ordenamiento, una vez más, contemple el derecho a la regularización de la residencia después de “x” años de residencia efectiva como paso previo, aunque luego mantenga la exigencia de algunos años más de residencia legal como condición de acceso a la naturalización, siempre, claro está, que la suma total de años de residencia efectiva sin inclusión política resulte democráticamente tolerable.

VII. ACERCA DE LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

Con lo dicho creo que estamos ya en condiciones de evaluar con mayor grado de complejidad algunos de los términos de la reciente reforma legislativa española. Lo que nos inquieta del recorte de los derechos de los inmigrantes con residencia irregular no se explica sólo por el sentimiento de lo inaceptable que resulta denegar “x” derechos a quienes, como nosotros, son también seres humanos, cuando sabemos que en el mundo entero hay seres humanos que sufren violaciones masivas de los más fundamentales derechos humanos. Lo que nos perturba de forma especial es la imagen de sectores de la población que vive entre nosotros en calidad de ciudadanos de segunda, es decir, la amenaza de una sociedad de castas, sociedad que el Estado constitucional precisamente trató de abolir. La reforma legal efectivamente parece establecer una línea divisoria entre membresía socio-económica y membresía política que repugna a nuestra conciencia democrática.

Como ni la presencia real de los llamados inmigrantes “ilegales” puede negarse ni su función en el mercado laboral ignorarse, se les reconoce el acceso a los más fundamentales derechos sociales tales como la educación o la sanidad. El bisturí de la reforma mutila sin embargo cualquier aspiración de reconocimiento

político¹⁶. No es sólo que en tanto que extranjeros, y por mandato constitucional, los no nacionales no puedan disfrutar de plenitud de derechos políticos¹⁷, sino que ahora por mandato legal, tampoco pueden disfrutar de aquellas libertades públicas que gozan de una dimensión más política, tales como el derecho de huelga, el de manifestación, sindicación o asociación a pesar de que la Constitución en su articulado los reconoce de forma genérica, es decir, sin hacer distinciones basadas en la nacionalidad. La inclusión en el *oikos*, acompañada de la exclusión de la *polis* repugna porque la escisión de las esferas es una ficción, como pone de manifiesto el hecho de que es en el ámbito político entendido en sentido amplio donde se puede y se suele dar la batalla por la consecución de condiciones sociales dignas (piénsese en la relación entre condiciones laborales y derecho de huelga o sindicación y en el absurdo de que, precisamente quienes resultan más explotados en el ámbito laboral carezcan de la posibilidad de articular social y políticamente sus reivindicaciones).

Además hay que recordar que la propia inclusión en la esfera económico-social sufre una merma que va en dirección opuesta al reconocimiento de lo que este sector de la población contribuye en la sociedad de acogida. La ley reformada les niega el acceso *en igualdad* a algunas prestaciones estatales tales como la educación no infantil de naturaleza no obligatoria, el sistema público de becas y ayudas de estudios, o las ayudas en materia de vivienda. El que la merma no afecte a los derechos sociales más fundamentales, tales como la educación pública obligatoria, o la sanidad, no puede tampoco valorarse sin más como un reconocimiento del mínimo de lo que en justicia les es debido. La práctica comparada nos recuerda que la sociedad de acogida siempre tiene un interés instrumental directo en la protección social de los “ilegales”.

16. La limitación no sólo se refiere a los inmigrantes en condiciones de residencia irregular sino a todos. Así, antes de ser reformada, la ley contenía un artículo específico sobre la participación pública, el art. 6, que reiteraba el mandato constitucional de que los extranjeros residentes (entiéndase, los extranjeros con permiso de residencia, en contraste con los “extranjeros que se encuentren en España” a los que la ley se refería cuando quería abarcar a todos los realmente presentes sin perjuicio de su situación residencial), debían poder ser titulares del derecho político de sufragio en las elecciones municipales en los términos previstos por las leyes y los tratados y, en todo caso, otorgaba el derecho a los residentes que estuvieran empadronados en un municipio en el que no pudieran participar en las elecciones locales a elegir de forma democrática entre ellos a sus propios representantes con la finalidad de tomar parte en los debates y decisiones municipales que les concernieran, conforme a la legislación local. Tras la reforma de la ley 8/2000 esta segunda facultad queda mermada refiriéndose la ley a la mera posibilidad de que los extranjeros residentes empadronados *puedan ser* oídos en los asuntos que les afectan, convirtiendo una vez más lo que antes era un derecho que emanaba de la ley en una potestad discrecional de la propia administración.

17. Recuérdese que el art. 13.2 de la CE limita a los españoles la titularidad de los derechos del art. 23 (el derecho a participar en asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal y la igualdad en el acceso a las funciones y cargos públicos), salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

La sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *Plyler vs. Doe*¹⁸, es tal vez el mejor ejemplo de la confluencia de lógicas instrumentales y no instrumentales en la protección de este sector de la población. Se disputaba en aquel momento la constitucionalidad de una ley de Texas que les negaba financiación a los distritos escolares locales para la educación de niños no admitidos legalmente en el país, y autorizaba a tales distritos a rechazarlos o en todo caso cobrarles la matrícula. Se trataba de dilucidar si tal ley vulneraba el principio constitucional de igualdad de la enmienda decimocuarta de la Constitución estadounidense. A la hora de entender que hubo vulneración constitucional del principio de no discriminación con base en la nacionalidad el Alto Tribunal adoptó una lógica doble. Por un lado, no ocultó la vertiente instrumental de la tutela en juego, es decir la importancia de la concesión o denegación del derecho disputado para la sociedad en general. Así, reconoció el rol crucial de la educación en el mantenimiento de las instituciones, de la cultura y del legado político de la nación, y su contribución fundamental como instrumento de socialización y transmisión de los valores que sirven para mantener el orden y la estabilidad social. Mención aparte merecieron los costes sociales asociados a la consolidación de una clase subordinada de personas analfabetas, entre los que voces concurrentes de la sentencia aludieron expresamente a los relacionados con la tasa de criminalidad y de desempleo. Al mismo tiempo, y por lo que se refiere a los aspectos no-instrumentales de la protección en juego, la Corte mencionó los efectos negativos para los niños a largo plazo y los perjuicios de orden social, económico, intelectual y psicológico. Privar de educación a los hijos de colectivos desfavorecidos era privarles del instrumento más importante para elevar su autoestima frente a la mayoría y ponerlos así en condiciones de desigualdad con respecto a las posibilidades de progreso social en base al principio de méritos.

La distinción es importante y merece ser traída a colación en el debate español. El que la ley española, después de reformada, recorte los derechos sociales al mismo tiempo que limita los cauces de expresión política hace entender que pueden ser más las preocupaciones de orden instrumental las que inspiran el reconocimiento de los derechos sociales que subsisten que no el deseo de reconocer que este sector de la población cuenta por sí mismo como fuente legítima de aspiraciones en la sociedad de acogida. En todo caso, y de cara al futuro, es aconsejable recordar siempre la existencia de esta doble vertiente argumentativa, una instrumental y una no instrumental.

De la reforma perturba también, desde el punto de vista de la legitimidad democrática, que merma de derechos y aumento en la dificultad de inclusión a través de la regularización automática se produzcan a la vez, en vez de compensarse¹⁹. La idea aquí defendida es justamente la contraria, que cuanto más se

18. 457 US 202 (1982).

19. Nótese que la regulación reglamentaria ha rebajado en cierta medida la importancia de la reforma legal en este sentido. La ley aumenta de 2 a 5 años el número de años de residencia efectiva que habilita para el acceso al permiso de residencia temporal. No obstante, se abre también la vía del arraigo como cauce de inclusión, para la que 3 años de residencia son suficientes.

dificulte el acceso a los derechos más se tiene que facilitar el acceso a la regularización y, en último término, a la nacionalidad.

De hecho el paso sucesivo, con respecto a la integración de todos los no nacionales que residen en nuestra sociedad y van a seguir haciéndolo, y no sólo con respecto a los llamados “ilegales”, es plantearse seriamente la posibilidad de una reforma de las reglas de acceso a la nacionalidad como única vía de acceso a la plena igualdad jurídica de la población real. En nuestro ordenamiento la materia queda prácticamente desconstitucionalizada y plenamente remitida al legislador²⁰. Y hasta la fecha el Código Civil regula la cuestión del acceso a la nacionalidad sin tener en cuenta la transformación de la sociedad española como sociedad de recepción de inmigrantes. Fundamental, en términos de inclusión democrática, sería una mayor influencia de la regla de *ius soli* para abarcar en el cuerpo de ciudadanos a todos los que nacen en el territorio español, es decir a los que de otro modo son generalmente bautizados como inmigrantes de segunda generación. Igualmente importante sería facilitar el acceso a la nacionalidad a través de la naturalización de los de primera generación. Hasta la fecha el art. 17.1 del Código Civil reconoce la nacionalidad de origen por *ius sanguinis* (“son españoles de origen los nacidos de madre o padre españoles”); el art. 17.2 impide el fenómeno de las llamadas terceras generaciones al reconocer que son españoles “los nacidos en España de padre o madre extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España”. Para la segunda generación no se reconoce nacionalidad de origen, pero queda reducido a uno el número de años de residencia que hay que demostrar para acceder a la nacionalidad por residencia de acuerdo con el art. 22.1 Cc. No está sin embargo claro que esta vía de inclusión casi automática por nacimiento quede abierta a los hijos de “inmigrantes ilegales” en la medida en que el art. 22.2.3 Cc. exige que el año sea de residencia legal, si se entiende que la “ilegalidad” de los progenitores se transmite automáticamente a sus descendientes. En este sentido sería recomendable una reforma legal que bien aceptara una forma pura de *ius soli*, bien eliminara el requisito de la legalidad en la residencia con respecto a los nacidos en territorio español.

Para los inmigrantes de primera generación la vía que queda abierta es la del acceso a la nacionalidad por residencia. Para los llamados “ilegales” el camino es más largo porque la posibilidad de naturalización va precedida de la regularización primero, seguida del acceso a la residencia temporal, luego a la residencia permanente y luego por último a la nacionalidad por residencia. Si tenemos en cuenta que el art. 22.1 Cc. requiere, para la concesión de la nacionalidad por residencia que, con algunas excepciones, ésta haya durado diez años²¹, que además la residencia ha

20. El art. 11 prevé únicamente que “La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley” (11.1) con la salvedad de que “ningún español de origen puede ser privado de su nacionalidad” (11.2).

21. Las excepciones se refieren a la reducción a cinco años para los que hayan obtenido asilo o refugio; dos para cuando se trate de nacionales de algunos países con los que España tiene especiales lazos y deudas históricas y uno, para el nacido en territorio español.

de ser legal, y que para “legalizar” la residencia ilegal, después de la reforma de la ley, se exigen cinco años de residencia efectiva²² en términos prácticos, la ley ha aumentado de 12 a 15 el número de años en los que un sector de la población puede convivir en un estatuto jurídico de segundo orden, es decir, sin plenitud de derechos. También desde esta perspectiva, la ampliación del plazo de residencia habilitante se produce en detrimento de los principios de legitimidad democrática del orden estatal. Para el futuro, sería pues recomendable volver a reducir el período de residencia efectiva que habilita para la regularización automática así como, posiblemente, el de residencia total que se requiere para la naturalización por residencia de forma que se acerque más a cinco que a diez años. La cuestión, una vez más, no es *si deben estar aquí o no*, sino *si*, por empeñarnos en afirmar *que no debieran estar aquí* nos olvidamos de la realidad de que de hecho *están* y de que, *rebus sic stantibus*, *van a seguir estando*.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, R., 1996, “Discourse Theory and Human Rights”, 9 *Ratio Juris*: 209.
- ACKERMAN, B., 1980, *Social Justice in the Liberal State*, New Haven: Yale University Press.
- BALIBAR, E., 1992, *Les Frontières de la Démocratie*, Paris: La Découverte.
- BRUBAKER, R., 1992, *Citizenship and Nationhood in France and Germany*, Londres: Harvard University Press.
- CARENS, J. H., 1987 “Aliens and Citizens: the Case for Open Borders”, *Review of Politics* 49, 2: 251.
- HAILBRONNER, K., 1989, “Citizenship and Nationhood in Germany” en *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and Northamerica*, R. BRUBAKER (editor), Nueva York: University Press of America: 67.
- HAMMAR, T., 1985, “Citizenship, Aliens’ Political Rights, and Politicians’ Concern for Migrants: the Case of Sweden” en *Guest Come to Stay*, R. ROGERS (editor), Boulder: Westview Press: 85.
- 1990, *Democracy and the Nation State*, Aldershot: Avebury.
- JACOBSON, D., 1996, *Rights Across Borders*, Baltimore y Londres: Johns Hopkins University Press.
- KYMLICKA, W., 1995, *Multicultural Citizenship*, Oxford: Clarendon Press.
- y RUBIO MARÍN, R., 1999, “Liberalism and Minority Rights. An Interview”, *Ratio Juris* vol. 12, no.2: 133.
- LAYTON-HENRY, Z., 1991, “Citizenship and Migrant Workers in Western Europe” en *The Political Rights of Migrant Workers in Western Europe*, LAYTON-HENRY (editor), Modern Politics Series 25, Londres: Sage Publications; I.
- LEGOMSKY, S. H., 1994, “Why Citizenship?”, *Virginia Journal of International Law*, 35, I: 279.

22. De nuevo, con la salvedad del supuesto de arraigo legalmente previsto y reglamentariamente desarrollado que reduce el plazo a tres años aunque exige prueba de incorporación efectiva al mercado de trabajo y vínculos familiares.

- LUCAS, J. de, 1994, *El desafío de las fronteras*, Madrid: Temas de Hoy/Ensayo.
- MILLER, D., 1995 *On Nationality*, Oxford: Clarendon Press.
- 1988, “The Ethical Significance of Nationality”, *Ethics* 98: 647.
- RAWLS, J., 1993, *Political Liberalism*, Nueva York: Columbia University Press.
- RUBIO MARÍN, R., 2000, *Immigration as a Democratic Challenge: Citizenship and Inclusion in Germany and the United States*, Cambridge: Cambridge University Press.
- y O’CONNELL, R., 1999, “The European Convention and Relative Rights of Resident Aliens”, *European Law Journal*, vol. 5. n. 1, March: 4.
- SCHAUER, F., 1986, “Community, Citizenship and the Search for National Identity”, *Michigan Law Review* 84: 1504.
- SCHNAPPER, D., 1992, *L’Europe des immigrés. Essai sur les politiques d’immigration*, Paris: François Bourin.
- 1994, *La Communauté des citoyens: sur l’idée moderne de nation*, Paris: Gallimard.
- SCHUCK, P. H., 1989, “Membership in the Liberal Polity: the Devaluation of American Citizenship” en *Immigration and the Politics of Citizenship in Europe and North America*, R. BRUBAKER (editor), Nueva York: University Press of America: 51.
- SIMMONS, A. J., 1979, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton, N.J.: Princeton University Press.
- SOYSAL, N. Y., 1994, *Limits of Citizenship: Migrants and Postnational Membership in Europe*, Chicago y Londres: University of Chicago Press.
- TAMIR, Y., 1993, *Liberal Nationalism*, Princeton, N. J.: Princeton University Press.
- WHELAN, F. G., 1988, “Citizenship and Freedom of Movement: an Open Admission Policy?” en *Open Border? Closed Societies? The Ethical and Political Issues*, M. GIBNEY (editor), Londres: Greenwood Press: 3.
- ZAPATA-BARRERO, R., 2000, “Política de inmigración y Unión Europea”, *Claves*, 104: 26.