

# LA LEY ORGÁNICA 2/2009, DE 11 DE DICIEMBRE, DE REFORMA DE LA «LEY DE EXTRANJERÍA»: PUNTOS CRÍTICOS DESDE EL PRISMA LABORAL

**RAQUEL VELA DÍAZ**

*Becaria de Investigación. Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

## **Extracto:**

**EN** este artículo se abordan algunas de las más destacadas novedades laborales incorporadas al último proceso de reforma de la legislación de extranjería en nuestro país, llevada a cabo por Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

En este sentido, la autora analiza las repercusiones de los cambios producidos en la figura de «gestión colectiva de contrataciones en origen», denominación que ahora recibe el anterior «contingente». Asimismo, se abordan las novedades incorporadas como excepciones a la contemplación de la situación nacional de empleo para la concesión de autorizaciones iniciales de trabajo, la nueva redacción del enigmático artículo 36 sobre la prestación por desempleo y la posibilidad de concesión de las autorizaciones provisionales de residencia y trabajo previsto para los casos de mujeres inmigrantes presuntas víctimas de violencia de género.

**Palabras clave:** Ley de Extranjería, autorizaciones de residencia y trabajo, situación nacional de empleo y violencia de género.

# ORGANIC LAW 2/2009, OF 11 DECEMBER, WHICH AMENDS THE «IMMIGRATIONS LAWS»: KEY POINTS FROM LABOR'S PERSPECTIVE

**RAQUEL VELA DÍAZ**

*Becaria de Investigación. Área de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén*

## **Abstract:**

**T**HIS article addresses some of the most important labor developments incorporated the latest reform of legislation on aliens in our country carried out by Organic Law 2 / 2009 of 11 December.

In this sense, the author analyzes the impact of changes in the form of «gestión colectiva de contrataciones en origen», a name that now receives the previous «contingente». Also, the new features are addressed as exceptions to the contemplation of the national employment situation for the granting of initial work permits, the new wording of the enigmatic art. 36 on the unemployment benefit and the possibility of granting temporary residence permits and work planned for the cases of alleged immigrant women victims of gender violence.

**Keywords:** Immigrations Laws residency and work permits national employment situation and violence against women.

# Sumario

1. Introducción.
2. La última reforma por el momento de la legislación de extranjería: la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.
3. La gestión colectiva de contrataciones en origen: el antiguo «contingente» (art. 39).
4. Supuestos específicos de exención de la situación nacional de empleo (art. 40).
5. La situación administrativa del trabajador y el derecho a la prestación por desempleo (art. 36.5).
6. Residencia temporal y de trabajo de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género (art. 31 bis).
7. A modo de reflexión.

## Bibliografía.

## 1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno migratorio es una de las cuestiones de mayor prioridad e impacto en las sociedades actuales y, más concretamente, en la sociedad española.

Nuestro país ha estado marcado por movimientos de población a lo largo de todo el siglo XX, primero como país de origen de la emigración, después como país receptor, configurándose en los últimos años como un país de inmigración procedente de muchos lugares del mundo. La población extranjera representa ya el 12% <sup>1</sup> sobre el total de población residente en España <sup>2</sup>. Por lo tanto, la inmigración se ha convertido, sin duda, en un fenómeno social de primer orden para nuestro país, dejando de ser un hecho marginal y coyuntural para convertirse ahora en un fenómeno eminentemente estructural.

No podemos dejar de señalar la ausencia que hemos venido padeciendo durante mucho tiempo de una legislación adecuada, ya que la normativa española sobre cuestiones migratorias se ha referido casi exclusivamente a la emigración de los españoles; por tanto, a las cuestiones de inmigración y extranjería se les ha prestado una atención tardía y marginal. Este desinterés del legislador por las cuestiones migratorias permanecería incluso después de la década de 1970, en que la inmigración comenzó a adquirir cierto protagonismo en la sociedad española. Así, aunque la aprobación de la Constitución Española (CE) en 1978 significó un cambio decisivo para los ciudadanos y tuvo influencia directa en la regulación de la inmigración, había en ese momento más preocupación por la emigración de los españoles a Europa que por la incipiente inmigración que llegaba a España, como lo muestra el artículo 42, que encomienda al Estado velar por los derechos de los trabajadores españoles en el extranjero y promover su retorno y, en cambio, no señala nada de la inmigración, limitándose el artículo 13.1 de la CE a fijar las reglas generales de la extranjería <sup>3</sup>, reconociendo a los extranjeros

<sup>1</sup> Porcentaje extraído del Padrón Municipal ([www.ine.es](http://www.ine.es)), 2 de marzo de 2010.

<sup>2</sup> El porcentaje de personas inmigrantes que residen en España supera a países con tradición migratoria como Francia, Alemania o Reino Unido. España es el segundo país del mundo, tras Estados Unidos, que mayor número de inmigrantes recibe al año, según el II Anuario de la Comunicación del Inmigrante en España, editado por Etnia Comunicación y presentado en Madrid el 17 de octubre de 2007 por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

<sup>3</sup> AJA, E. «La evolución de la normativa sobre inmigración», en AJA, E. y ARANGO, J. (eds.): *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación Cidob, Barcelona, 2006, pág. 17-18.

las mismas libertades públicas que garantiza la Constitución a los españoles «en los términos que establezcan los Tratados y la Ley».

Como desarrollo del mandato constitucional contenido en el citado artículo 13.1 se aprobó la primera de nuestras leyes en materia de extranjería, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España <sup>4</sup>, que reunió en un solo texto la normativa hasta entonces dispersa y dio rango legal a las disposiciones principales del régimen de extranjería.

En realidad esta ley no era, pese a su título, una ley sobre derechos y libertades de los extranjeros, sino que era una ley dirigida a facilitar el control de la entrada de los extranjeros a España y su correlativa expulsión cuando se encontraran en una situación de irregularidad administrativa. No obstante, mantuvo su vigencia por espacio de quince años. Nada se dice en ella de los necesarios procesos de integración de la población inmigrada, que sólo empezaría estar en la preocupación de la Administración española unos años después. No hay que olvidar que se aprobó en vísperas del ingreso de España en la entonces Comunidad Económica Europea (1986), para dar seguridad a los demás Estados comunitarios de que España no sería una puerta de entrada a los inmigrantes, ya que en Alemania, Francia, etc., la inmigración se había cerrado drásticamente a partir de la crisis del petróleo de 1973. Esta Ley de Extranjería se dirigía realmente a detener la inmigración, pero no tanto pensando en España, sino en el resto de Europa, que no deseaba incrementar su volumen <sup>5</sup>.

La intensificación sin precedentes de la inmigración supuso que durante los años 1999, 2000 y principios de 2001 tuviera lugar en España un intenso debate en torno a la elaboración de una nueva norma básica sobre el estatus jurídico de los extranjeros. Se planteaba la necesidad de pasar de una política meramente policial, o de control de flujos, como la diseñada en la Ley Orgánica 7/1985, a una política que permitiese la integración social y evitase la discriminación de unos inmigrantes cuyas intenciones de permanencia resultaban evidentes a finales de los años noventa. Para ello se pretendía reconocer a los extranjeros una serie de derechos que tendiesen a equipararlos con los españoles, y permitiesen el ejercicio de los derechos fundamentales que la Constitución ofrece sin condicionamientos de nacionalidad <sup>6</sup>.

Esta intensificación de la inmigración determinó una segunda ley, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero <sup>7</sup>, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que fue reformada en varias ocasiones desde su aprobación, concretamente por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre <sup>8</sup>, por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre <sup>9</sup>, y por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre <sup>10</sup>.

<sup>4</sup> BOE núm. 158, de 3 de julio de 1985.

<sup>5</sup> AJA, E. «La evolución de la normativa sobre inmigración», en AJA, E. y ARANGO, J. (eds.): *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación Cidob, Barcelona, 2006, págs. 20-21.

<sup>6</sup> PÉREZ DÍAZ, V., ÁLVAREZ MIRANDA, B., GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C.: *España ante la inmigración*, Colección Estudios Sociales, núm. 8, Fundación La Caixa, 2001, págs. 87-93.

<sup>7</sup> BOE núm. 10, de 12 de enero de 2000.

<sup>8</sup> BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000.

<sup>9</sup> BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

<sup>10</sup> BOE núm. 279, de 21 de noviembre de 2003.

## 2. LA ÚLTIMA REFORMA POR EL MOMENTO DE LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA: LA LEY ORGÁNICA 2/2009, DE 11 DE DICIEMBRE

La Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social <sup>11</sup>, ha sido la cuarta reforma de la legislación de extranjería llevada a cabo en España en menos de una década. Su aprobación no ha contado con el consenso de todos los partidos políticos, aprobándose con 180 votos a favor, 163 en contra y 3 abstenciones. Tampoco ha contado con el respaldo de todas las organizaciones sociales <sup>12</sup>. No ha sido posible, por tanto, lograr el gran consenso alcanzado en otras ocasiones al hilo del tratamiento de la cuestión de la inmigración, como ocurrió, a título de ejemplo, con la aprobación del Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010 <sup>13</sup>.

Las principales causas por las cuales se ha llevado a cabo esta reforma han sido <sup>14</sup>:

- La necesidad de incorporar a dicha Ley Orgánica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación con los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, puesto que la ley anterior imponía a los extranjeros para el ejercicio de estos derechos la residencia legal en España, pero el Tribunal Constitucional <sup>15</sup> resolvió que esta imposición constituía una restricción contraria a la Constitución, ya que según la misma, estos derechos alcanzan a todas las personas por el hecho de serlo. Se da, por tanto, una nueva redacción a los artículos que fueron declarados inconstitucionales.
- La necesidad de ajustar la normativa de extranjería a las nuevas Directivas Comunitarias, pues son cada vez más las normas que se aprueban en la Unión Europea en materia de inmigración que deben ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico.
- La necesidad de adaptar la ley a la nueva realidad migratoria en España, que plantea retos diferentes a los existentes cuando se aprobó la anterior reforma, la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre.

Se trata sin duda de una reforma que tiene el importante reto de adaptarse a la grave situación socioeconómica que España está atravesando, así como al papel que puedan desempeñar el conjunto

<sup>11</sup> BOE núm. 299, de 12 de diciembre de 2009. Véase el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social ([www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm](http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetRecords?Template=cgpi/cgpi/principal.htm)).

<sup>12</sup> Organizaciones no gubernamentales de reconocida seriedad, tales como Cáritas, CEAR y Red Acoge, valoran los avances realizados durante la tramitación de la ley pero manifiestan su crítica y su decepción por las limitaciones de algunos derechos y por la diferente consideración de los extranjeros con respecto a los autóctonos (para más detalle sobre las valoraciones que estas organizaciones realizan, véase documento en [www.caritas.es/Componentes/ficheros/file\\_view.php?MTU4ODY%3D](http://www.caritas.es/Componentes/ficheros/file_view.php?MTU4ODY%3D)).

<sup>13</sup> Este Plan se aprobó con un amplio consenso institucional y social al haber contado con la participación en su elaboración de las Comunidades Autónomas, los ayuntamientos, los agentes sociales, las asociaciones de inmigrantes y las organizaciones no gubernamentales, así como muchos ciudadanos a través del proceso de consultas abierto en la red. [www.mtas.es/es/sec\\_emi/IntegralInmigrantes/PlanEstrategico/Docs/PECIDEF180407.pdf](http://www.mtas.es/es/sec_emi/IntegralInmigrantes/PlanEstrategico/Docs/PECIDEF180407.pdf)

<sup>14</sup> Se establece en el apartado IV del Preámbulo de la Ley.

<sup>15</sup> Sentencias 236/2007, de 7 de noviembre y 259/2007, de 19 de diciembre.

de las personas inmigrantes extranjeras que se encuentra en nuestro país, tanto en una situación administrativa regular como irregular, y el modo en el que hacer frente a esta realidad social estructural <sup>16</sup>.

Ante este reto, la opción que sigue nuestro legislador es la de poner los mayores esfuerzos en tratar de asegurar la canalización legal y ordenada de los flujos migratorios, así como la lucha contra la inmigración irregular, lo cual se observa claramente tanto en diferentes apartados del Preámbulo como a lo largo de su articulado.

Por otro lado, numerosos preceptos de la ley quedan sin concretar en muchos de sus aspectos, remitiendo los mismos a un nuevo desarrollo reglamentario, por lo que habrá que esperar a la aprobación del nuevo Reglamento que derogará el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre <sup>17</sup> (modificado por RD 1162/2009, de 10 de julio), para ver finalmente cómo quedan concretados éstos.

Mientras llega esta deseable situación, la aplicación de la Ley Organica 2/2009, de 11 de diciembre, se está produciendo mientras tanto por la vía de instrucciones dictadas, en unos casos, por la Dirección General de Inmigración y, en otros, de forma conjunta con la Dirección General de la Policía y la Guardia Civil.

A continuación, vamos a centrarnos en el análisis de algunas de las novedades en relación con los aspectos laborales que introduce la norma.

### 3. LA GESTIÓN COLECTIVA DE CONTRATACIONES EN ORIGEN: EL ANTIGUO «CONTINGENTE» (ART. 39)

La gestión colectiva de contrataciones en origen es la nueva denominación que recibe ahora el procedimiento por el cual se establece la posibilidad de otorgar autorizaciones de residencia y trabajo a extranjeros que no se hallen ni residan en España, con el fin de ordenar, a través de la gestión de las ofertas de empleo existentes, la llegada legal a nuestro país de trabajadores extranjeros en razón a nuestra capacidad de acogida. La Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, lo denominaba «contingente de trabajadores extranjeros». Sin embargo, la nueva redacción del artículo 39 otorgada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, señala que «El Ministerio de Trabajo e Inmigración, teniendo en cuenta la situación nacional de empleo, podrá aprobar una previsión anual de las ocupaciones y, en su caso, de las cifras previstas de empleos que se puedan cubrir a través de la gestión colectiva de contrataciones en origen en un periodo determinado, a los que sólo tendrán acceso aquellos que no se hallen o residan en España».

A lo largo del articulado de la nueva Ley de Extranjería encontramos varias alusiones a la «situación nacional de empleo». Por un lado, comienza añadiendo un nuevo artículo 2 bis en cuyo

<sup>16</sup> TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., «La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y el anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008», *Aranzadi Social*, abril 2009, pág. 99.

<sup>17</sup> Ampliamente, MOLINA NAVARRETE, C., ESTEBAN DE LA ROSA, G. y ARCE JIMÉNEZ, E.: *La Inmigración Extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, CEF, 2005.

punto 2.º anuncia cuáles son los principios sobre los que las Administraciones públicas basarán el ejercicio de sus competencias, siendo uno de ellos el contemplado en el apartado b) «la ordenación de los flujos migratorios laborales, de acuerdo con las necesidades de la situación nacional de empleo». Por otro lado, tenemos que remitirnos a la redacción del artículo 38, en cuyo apartado 1.º señala que para la concesión inicial de la autorización de residencia y trabajo, para trabajadores por cuenta ajena, se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo, pero, ¿quién determina la situación nacional de empleo? En este sentido, la nueva redacción del artículo 38.2 establece que será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal, con la información que para ello proporcionen las Comunidades Autónomas, y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales, y quedará plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura. Dicho catálogo contendrá una relación de ofertas de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y será aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.

Se trata de un mecanismo que busca canalizar la cobertura de las necesidades de mano de obra que no pueden ser satisfechas con trabajadores del mercado nacional, mediante ofertas de trabajo genéricas en el país de origen en el que residen los extranjeros. El proceso de fijación es especialmente complejo e intervienen tanto las Comunidades Autónomas, sobre todo a través de los Servicios Públicos de Empleo, como los sujetos sociales (patronal y sindicatos), a través de la Comisión Laboral Tripartita <sup>18</sup>.

La anterior redacción de la ley en este punto no mencionaba quién debía determinar dicha situación nacional de empleo, ni tampoco hacía mención al catálogo de ocupaciones de difícil cobertura, sino que se contempló en el artículo 50 apartado a) del Real Decreto 2393/2004, pero la nueva redacción de la Ley 2/2009 ha venido por tanto ahora a colmar este déficit.

Respecto a la regulación de la figura del contingente, quizás resulta de interés detenernos a valorar de forma sucinta cuál ha sido su evolución a lo largo de los cuatro años anteriores.

En este sentido, el Gobierno autorizó en el año 2006 <sup>19</sup> un contingente de 16.878 trabajadores extranjeros de régimen no comunitario; en el año 2007 <sup>20</sup>, un contingente de 27.034 trabajadores extranjeros de régimen no comunitario, y en el año 2008 <sup>21</sup>, un contingente de 15.731 trabajadores extranjeros no comunitarios. En el año 2009 <sup>22</sup> se fijó un contingente de 901 trabajadores, un número mucho más reducido que en los años anteriores, debido a las dificultades económicas y de empleo que había empezado a atravesar España desde mediados del año 2008. Estas cifras podían ser objeto de modificaciones durante el año, de acuerdo con la evolución de las necesidades del mercado de trabajo. Así lo contempla el artículo 78.4 del Reglamento de Extranjería, que prevé una posible revisión a lo largo del año para adaptarlo a la evolución del mercado de tra-

<sup>18</sup> MOLINA NAVARRETE, C., «La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: Claves de gestión de la diversidad cultural en el trabajo», en MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (dir.): *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: Balance y perspectivas de futuro*, Litteralia, Jaén, 2009, pág. 68.

<sup>19</sup> BOE núm. 14, de 17 de enero de 2006.

<sup>20</sup> BOE núm. 8, de 9 de enero de 2007.

<sup>21</sup> BOE núm. 11, de 12 de enero de 2008.

<sup>22</sup> BOE núm. 6, de 7 de enero de 2009.



bajo. Con ello se le dota de una mayor flexibilidad, incluso de un mayor «realismo»<sup>23</sup>, puesto que permite ajustar en cualquier momento el cupo previsto a las necesidades reales del mercado. Igualmente, tal y como establecía ya la Ley Orgánica 14/2003 en su artículo 39.6 y transformado en la actual Ley Orgánica 2/2009 en artículo 39.3, las ofertas deben cursarse preferentemente a los países con los que España haya firmado acuerdos sobre regulación de flujos migratorios.

La gestión colectiva de contrataciones en origen para 2010 está regulada en la Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre<sup>24</sup>. El texto establece con carácter muy restrictivo, en términos cuantitativos, el número de trabajadores extranjeros no comunitarios que podrán acceder a España por esta vía, e incorpora todas las modificaciones introducidas en la Ley Orgánica 2/2009 y en el Real Decreto 1162/2009, de 10 de julio, en lo que respecta a las competencias asumidas o que puedan asumirse por las Comunidades Autónomas para la tramitación de las autorizaciones iniciales de trabajo.

En este sentido hay que decir que algunos Estatutos de Autonomía contienen en este punto planteamientos novedosos. Éste es el caso de los Estatutos de Cataluña y de Andalucía, en los que es evidente la voluntad estatutaria de asumir un peso más sustancial en la regulación de la política migratoria. Así, si analizamos el Estatuto andaluz<sup>25</sup> o el catalán<sup>26</sup>, en los artículos 62 y 138.2, respectivamente, comprobamos que regulan, en primer lugar, la atribución de la competencia a la Comunidad Autónoma de las autorizaciones de trabajo para extranjeros en sus respectivos ámbitos; en segundo lugar, el establecimiento de competencias participativas de la Comunidad en la determinación del contingente anual, como vía de regulación de los flujos de inmigrantes hacia nuestro mercado de trabajo<sup>27</sup>.

Como consecuencia de la actual situación nacional de empleo el número de contrataciones previstas se ha reducido de una manera drástica, puesto que solamente se ofertan 168 contrataciones en origen para trabajadores altamente cualificados, ya que básicamente las ocupaciones demandadas son las de médico e ingeniero que no se hallen ni residan en España. Esto ha supuesto un cambio de perfil con respecto a las ocupaciones demandadas en años los anteriores.

Además, en fechas casi coincidentes con la gestión colectiva de contrataciones en origen, se ha aprobado el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura para el primer trimestre de 2010<sup>28</sup> por el Servicio Público de Empleo Estatal. Una comparación entre ambos instrumentos permite apreciar el desajuste que se produce, puesto que existen ocupaciones y ámbitos geográficos incluidos en este último que, sin embargo, no aparecen dotados de plaza alguna en las contrataciones en origen<sup>29</sup>.

<sup>23</sup> IGARTUA MIRÓ, M.T., «El contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2006», *Aranzadi Social*, 2005, pág. 1695.

<sup>24</sup> BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2009.

<sup>25</sup> Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2007).

<sup>26</sup> Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006).

<sup>27</sup> NAVARRO NIETO, F., «Empleo, inmigración y marco autonómico de relaciones laborales», *Aranzadi Social*, septiembre 2008, págs. 88-89.

<sup>28</sup> Resolución de 21 de diciembre de 2009, del Servicio Público de Empleo Estatal, BOE núm. 10, de 12 de enero de 2010.

<sup>29</sup> Así, por ejemplo, en provincias como Murcia, que no aparece dotada de ninguna ocupación en la gestión colectiva de contrataciones en origen, figura en el catálogo con 20 ocupaciones de difícil cobertura (distintas especialidades en medi-

En este contexto de crisis económico-financiera y de cambio ocupacional, el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura debería ser un buen barómetro de la evolución que está teniendo la oferta de empleos, aunque en la práctica no está cumpliendo ni tan siquiera ese papel prospectivo dadas sus muchas limitaciones, que hacen que el mismo llegue a adolecer casi de su utilidad <sup>30</sup>.

La citada Orden TIN/3498/2009, de 23 de diciembre, dictada al amparo de lo previsto en el artículo 39 en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, expone en su introducción, que la reducción de las contrataciones en origen, para garantizar la cobertura de ofertas de empleo no cubiertas por el mercado laboral, se ha hecho «entorno a una cuarta parte» de los puestos de trabajo ofertados el año 2009, como consecuencia de la difícil situación del mercado de trabajo español y el importante número de personas desempleadas que permite, salvo en los supuestos contemplados en la norma, que los puestos de trabajo que se oferten sean cubiertos por personal autóctono o extranjero inscritos como demandantes de empleo en las oficinas de los servicios públicos de empleo autonómicos correspondientes <sup>31</sup>.

En efecto, la reducción de contrataciones en origen para el 2010 ha sido verdaderamente drástica: 168 contrataciones en origen para trabajadores, como señalábamos antes, altamente cualificados. Se trata de un número casi simbólico, lo que plantea la duda de si realmente era necesario que este año se dictara esta norma, ya que esas contrataciones pueden cubrirse por la vía de la contratación del régimen general <sup>32</sup>. Ello nos lleva a pensar que puede tratarse quizás de una opción gubernamental para poder ampliar, en su caso, el número de personas contratadas en origen si la situación del empleo mejorara en España durante el próximo año y así lo hiciera necesario <sup>33</sup>.

También hay que hacer notar, de acuerdo con la nueva terminología que introduce la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que las referencias que anteriormente se expresaban con los términos «sector de actividad» han sido sustituidas por las de «ocupación» en esta nueva normativa. Esto es algo que puede plantear problemas en cuanto a la solicitud y concesión de una prórroga de autorizaciones de trabajo de carácter temporal para actividades de temporada o campaña, si se efectúa una interpretación muy estricta de la misma <sup>34</sup>. Así, el término «ocupación» restringe claramente la actividad a una única labor o faena concreta y determinada; sin embargo, el término «sector de actividad» ofrece, dentro de unos márgenes, un abanico más amplio de posibles ocupaciones pertenecientes a un mismo ámbito. En este sentido, a la hora de concederle a un trabajador extranjero la prórroga de su autorización de

---

cina). El catálogo previsto para el primer trimestre de 2010 contempla un número muy reducido de ocupaciones si lo comparamos con los catálogos de trimestres anteriores.

<sup>30</sup> MOLINA NAVARRETE, C., «La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: Claves de gestión de la diversidad cultural en el trabajo», en MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.): *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: Balance y perspectivas de futuro*, Litteralia, Jaén, 2009, pág. 90.

<sup>31</sup> ROJO TORRECILLA, E., «Gestión colectiva de contrataciones en origen ("contingente") para 2010», 29 de diciembre de 2009 (<http://eduardorjoblog.blogspot.com/>).

<sup>32</sup> Este sistema de acceso al mercado de trabajo español es concedido al margen de las contrataciones en origen y en función de la situación nacional de empleo, como establece el artículo 38.1 mencionado anteriormente.

<sup>33</sup> Véase nota 31.

<sup>34</sup> *Ibidem*.

trabajo de carácter temporal para una actividad de temporada o de campaña, si se aplica de manera estricta el término «ocupación», no podrá concederse dicha prórroga si no se demanda exactamente la misma ocupación; sin embargo, si se permite desempeñar ocupaciones distintas, aunque pertenecientes a un mismo sector de actividad, se amplían las posibilidades para un trabajador o trabajadora inmigrante de seguir trabajando en nuestro país, prorrogándose por tanto su autorización de trabajo.

#### 4. SUPUESTOS ESPECÍFICOS DE EXENCIÓN DE LA SITUACIÓN NACIONAL DE EMPLEO (ART. 40)

El artículo 40 enumera los supuestos en los que no se tendrá en cuenta la situación nacional de empleo para la concesión de la autorización de residencia y trabajo. Éstos son los nuevos supuestos que introduce la Ley Orgánica 2/2009:

- Los familiares reagrupados en edad laboral.
- Los profesionales altamente cualificados (técnicos y científicos).
- Los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas en otro país que pretendan desarrollar su actividad laboral para la misma empresa o grupo en España.
- Los artistas de reconocido prestigio.
- Los extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada durante dos años naturales y hayan retornado a su país.

De éstos, nos parece interesante destacar dos supuestos, por el impacto que pueden tener en el mercado de trabajo.

Por un lado, y en relación con los familiares reagrupados en edad laboral, la ley, en su redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, recogía este mismo precepto pero hacía referencia expresamente al «cónyuge o hijo de extranjero». La nueva redacción que del precepto introduce la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, no sólo se refiere al cónyuge e hijos, sino que también incluye a la persona unida por análoga relación de afectividad que la conyugal (parejas de hecho). Así lo contempla el nuevo contenido del artículo 17 que, entre los familiares reagrupables que detalla, añade en su apartado 4.º de forma novedosa, a la persona con la que el extranjero residente mantenga una relación de afectividad análoga a la conyugal, equiparándola al cónyuge a todos los efectos previstos en materia de reagrupación familiar. Eso sí, formula como requisito imprescindible que dicha relación esté debidamente acreditada y reúna los requisitos necesarios para producir efectos en España<sup>35</sup>. El artículo 17.4 establece también que las situaciones de matrimonio y de aná-

<sup>35</sup> A tal efecto, se dispone por la Instrucción de la DGI n.º 8, de 14 de diciembre de 2009, sobre aplicación de la Ley Orgánica 4/2000, tras la reforma, en materia de reagrupación familiar, que la certificación registral deberá expedirse con una antelación máxima de tres meses a la fecha de solicitud de la reagrupación, y que se requerirá un certificado de un regis-

loga relación de afectividad se considerarán incompatibles entre sí, y recoge la imposibilidad de reagrupar a más de una persona con análoga relación de afectividad, aunque la ley personal del extranjero admita esos vínculos familiares. A pesar de esta imposibilidad que contempla el precepto, no podemos olvidar que existen múltiples sentencias sobre casos de fallecimiento de trabajador extranjero en nuestro país, que han venido a reconocer el derecho a la pensión de viudedad a favor de varias cónyuges, porque el fallecido practicaba la poligamia <sup>36</sup>.

Por otro lado, la reducción de los cuatro años que establecía la anterior regulación a los dos años que establece la actual, para no tener en consideración la situación nacional de empleo cuando se trate de extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada y que hayan retornado después a su país. Debemos tener también en cuenta la modificación incorporada en el artículo 42.5, que dispone que las Comunidades Autónomas, los Ayuntamientos y los agentes sociales promoverán, en colaboración con la Administración General del Estado, «los circuitos que permitan la concatenación de los trabajadores de temporada», es decir, facilitarán que los inmigrantes temporeros puedan trabajar el mayor número de meses posibles antes de volver a su país. Por otro lado, y en relación también con los trabajadores de temporada, el artículo 25 bis, que regula los tipos de visado que son necesarios para entrar en territorio español, contempla un nuevo visado en su apartado e), que no figuraba en la normativa anterior. Se trata de un «visado de residencia y trabajo de temporada», que habilita para trabajar por cuenta ajena hasta nueve meses en un periodo de 12 meses consecutivos.

Por último, en relación con los trabajadores en plantilla de una empresa o grupo de empresas en otro país que pretendan desarrollar su actividad laboral para la misma empresa o grupo en España, de nuevo en este punto tendremos que esperar al desarrollo reglamentario para determinar las condiciones en las que estos trabajadores puedan ser autorizados a trabajar temporalmente en nuestro país, de acuerdo con el nuevo apartado 6 que introduce el artículo 42.

## 5. LA SITUACIÓN ADMINISTRATIVA DEL TRABAJADOR Y EL DERECHO A LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO (ART. 36.5)

El artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, ha sido sin duda uno de los preceptos más enigmáticos, sobre todo su párrafo 3. Se ha visto afectado por tres reformas: la primera, en la versión original de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero <sup>37</sup>; la segunda, por la Ley Orgánica 8/2000 <sup>38</sup>, de 22 de diciem-

tro público, es decir, que la certificación deberá ser expedida «por el órgano encargado del registro de parejas correspondiente, que habrá de ser en todo caso un registro de carácter público establecido a dichos efectos».

<sup>36</sup> Véase ampliamente en MOLINA HERMOSILLA, O., «Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supervivientes», *Aranzadi Social*, julio 2001, n.º 8, págs. 26-32.

<sup>37</sup> «Los empleadores que contraten a un trabajador extranjero deberán solicitar y obtener autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. La carencia de la correspondiente autorización para contratos por parte del empleador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».

<sup>38</sup> «... La carencia de la correspondiente autorización por parte del trabajador, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, no invalidará el contrato de trabajo respecto a los derechos del trabajador extranjero».

bre, y la tercera, por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre. Y por supuesto, hay que añadir una cuarta (y no sabemos si última) redacción, la de la ley que nos ocupa, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre.

El artículo 36.3 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, venía planteando numerosos problemas de interpretación respecto al derecho de percibir determinadas prestaciones cuando el trabajador había realizado actividades laborales por cuenta ajena, sin disponer de la correspondiente autorización de residencia y trabajo en España. Así, establecía que la carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario no sería obstáculo para la obtención por parte del trabajador extranjero de las prestaciones que pudieran corresponderle. Este lenguaje indeterminado de la norma en relación con las prestaciones ha venido generando distintas opiniones dentro de la doctrina en cuanto a si el trabajador inmigrante en situación irregular tenía derecho a percibir prestaciones derivadas tanto de contingencias comunes como profesionales, si sólo tenía derecho a percibir aquellas derivadas de contingencias profesionales o no tenía derecho a la percepción de ninguna prestación <sup>39</sup>.

En relación con las contingencias profesionales, debemos remitirnos al Convenio n.º 19 de la OIT de 1925, sobre igualdad de trato a extranjeros en materia de indemnizaciones por accidente de trabajo, ratificado por España <sup>40</sup>, y la Recomendación n.º 151 de la OIT de 1975, sobre trabajadores migrantes <sup>41</sup>. Con esta argumentación, los Tribunales españoles extienden al trabajador extranjero en situación irregular el derecho a las prestaciones por accidente de trabajo y enfermedades profesionales, y así lo resolvió en unificación de doctrina el Tribunal Supremo en Sentencia de 7 de octubre de 2003.

Sin embargo, la prestación por desempleo –quizá porque se trata de una contingencia común–, ha sido la prestación que más dificultades ha sufrido en el proceso hacia la equiparación con los nacionales, ya que en un principio ni siquiera estuvo garantizada la igualdad de tratamiento en el caso de trabajadores en situación regular, en alta y con las cotizaciones necesarias. Así, durante la vigencia de la primera Ley de Extranjería, la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, se plantearon problemas en torno a esta prestación <sup>42</sup>.

De esta forma, el Tribunal Supremo dictó dos sentencias <sup>43</sup> que contribuyeron a clarificar el panorama en torno a estas prestaciones, en las que reconoció el derecho de un trabajador extranjero con permiso de residencia a la prestación de desempleo, aun cuando el permiso de trabajo había expirado.

<sup>39</sup> Hay algunas opiniones restrictivas que consideran que hay que excluir a los inmigrantes que no han regularizado su situación de todas las prestaciones del sistema de Seguridad Social, o cuando menos de una parte sustancial de ellas, concretamente las causadas por contingencias comunes. Fundamentalmente, ésta es la tesis sustentada por MONTROYA MELGAR, A.: *El empleo ilegal de inmigrantes*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 125 y ss. También existen opiniones en sentido contrario: CABEZA PEREIRO, J., «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», *Actualidad Laboral*, febrero 2008, n.º 3, págs. 293-305.

<sup>40</sup> Según este convenio, las víctimas de accidentes laborales ocurridos en España o sus derechohabientes han de recibir el mismo trato dispensado a los propios nacionales en orden a la reparación de sus efectos, sin exigir ningún requisito en cuanto a la residencia.

<sup>41</sup> El apartado 3 del artículo 8 de dicha Recomendación dispone que «los trabajadores migrantes cuya situación no sea regular o no haya podido regularizarse deberán de disfrutar de la igualdad de trato, tanto para ellos como sus familias, en lo concerniente a los derechos derivados de su empleo o empleos anteriores en materia de remuneración, seguridad social...».

<sup>42</sup> OLARTE ENCABO, S. «Extranjeros sin permiso de trabajo. Responsabilidad empresarial en orden a prestaciones por contingencias comunes. Especial referencia al desempleo», *Actualidad Laboral*, julio 2006, n.º 13, págs. 1.588-1.589.

<sup>43</sup> STS, U.D., de 21 de diciembre de 1994, y la STS, U.D., de 25 de septiembre de 1995.

Más adelante se pronunciaron diversas sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia en relación con esta prestación de las personas que prestaron servicios sin autorización para trabajar, reconociéndose tal prestación como se reconocería cualquier otra cobertura de Seguridad Social, independientemente del origen, común o profesional de la contingencia, transmitiendo al empleador la responsabilidad pertinente por su omisión, puesto que es responsabilidad empresarial la solicitud de las correspondientes autorizaciones de trabajo<sup>44</sup>. Algunas de ellas incluso afirmaban que «si el precepto únicamente hubiera querido contemplar las prestaciones derivadas de contingencias profesionales, lo hubiera hecho constar expresamente, por lo que, donde la ley no distingue, no cabe distinguir...». Otras señalaban «si al empresario le incumbe solicitar la autorización administrativa previa para trabajar que requiere el trabajador extranjero, no cabe hacer recaer sobre el trabajador las perjudiciales consecuencias que pueden seguirse del hecho de que el empresario no solicite dicha autorización».

Pero esta doctrina judicial no ha sido unánime, sino que otras Salas de lo Social argumentan que la persona en situación irregular no cumple con determinados requisitos del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, tales como los del artículo 207 (afiliación y alta o situación asimilada y cotización mínima de 360 días), el 231 (habla de las obligaciones del desempleado, entre otras, suscribir y cumplir las exigencias del compromiso de actividad y aceptar ofertas de empleo adecuadas) y el 203 (disponibilidad para buscar activamente empleo en los términos establecidos en este artículo)<sup>45</sup>.

Finalmente, el Tribunal Supremo, en unificación de doctrina, en Sentencia de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008, 2065)<sup>46</sup> y Sentencia de 12 de noviembre de 2008 (RJ 2008, 5970), se pronunció con respecto a la prestación por desempleo. En la primera de ellas, tras un completísimo repaso a las vicisitudes de la legislación de extranjería y a los pronunciamientos judiciales, concluye que la solución no puede basarse en los mismos argumentos que habían justificado la extensión de la protección por accidente de trabajo en sus Sentencias precedentes, en la medida en que la normativa internacional, y en concreto los Convenios 19, sobre igualdad de trato en materia de accidentes de trabajo, de 1925, y 97, sobre los trabajadores migrantes, de 1949, así como la Recomendación 151, sobre los trabajadores migrantes, de 1975, todos ellos de la OIT, no resultan aplicables a esa situación, bien porque no se refieren a desempleo (Convenio 19), bien porque sólo se aplican a los extranjeros en situación regular (Convenio 97), bien porque no son vinculantes (Recomendación 151)<sup>47</sup>. Resuelve

<sup>44</sup> Algunas de estas sentencias son: STSJ del País Vasco, de 13 febrero 2007; STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 30 noviembre 2005; SSTSJ de Castilla y León/Valladolid, de 17 noviembre 2005 y 21 noviembre 2005.

<sup>45</sup> STSJ de Madrid de 16 enero 2007 y STSJ de Murcia de 13 febrero 2006.

<sup>46</sup> Los comentarios doctrinales no se hicieron esperar. Véanse por ejemplo, DESDENTADO BONETE, A., «El desempleo del extranjero "sin papeles"», *La Ley*, 10 Julio 2008, n.º 6.986; CARRASCOSA BERMEJO, D. y CHARRO BAENA, P., «El derecho a la prestación contributiva por desempleo de los extranjeros en situación irregular. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008, 2065)», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, 2008, n.º 18; ALFONSO MELLADO, C.L., «La protección por desempleo de los extranjeros no autorizados para trabajar», *Revista de Derecho Social*, 2008, n.º 43; ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y PLAZA ANGULO, J.J., «Prestaciones de Seguridad Social. Sobre la imposibilidad de acceder a la protección por desempleo por los trabajadores inmigrantes en situación irregular», *Temas Laborales*, 2008, n.º 97; TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A., «La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre y el anteproyecto de la ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre, de 2008», *Aranzadi Social*, 2008, n.º 21.

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.A., «Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de seguridad social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *Actualidad Laboral*, marzo 2009, n.º 5, pág. 516.

de esta forma que el trabajador extranjero «sólo puede obtener la prestación por desempleo si cuenta, al menos, con la autorización de residencia». Al carecer de esta condición de residente legal, no puede cumplir con las exigencias que fijan las leyes para la obtención y disfrute de la prestación por desempleo y que se concretan en la aptitud y voluntad para obtener una colocación [arts. 207 c); 209.1, en relación con 231 h) e i) de la Ley General de la Seguridad Social]. En cambio, cuando el extranjero no dispone de la autorización de residencia, el artículo 36.3 de la Ley Orgánica de Extranjería sólo permitiría acceder, a juicio del Tribunal Supremo, a los servicios y prestaciones sociales de carácter básico (art. 14.3 de la Ley Orgánica de Extranjería), entre los que se encuentra la asistencia sanitaria y la asistencia social competencia de las Comunidades Autónomas.

En consecuencia, el Tribunal Supremo limita los derechos de los extranjeros en situación irregular porque considera que la equiparación plena estimularía la «entrada clandestina en el país» y supondría «la creación judicial de una especie de regularización, encubierta y en espiral, del emigrante irregular quien, pese a que en ningún caso podría obtener la autorización de residencia [art. 50 g) del RD 2393/2004], no podría sin embargo ser expulsado del país mientras estuviera percibiendo la prestación de desempleo [art. 57.5 d) de la Ley Orgánica de Extranjería]. Y además, durante el tiempo de percepción de la prestación podría volver a buscar otra ocupación laboral sin contar con la correspondiente autorización para trabajar, a cuyo final, de aceptarse la tesis que defiende el recurrente, se generaría un nuevo derecho a desempleo, con la consiguiente nueva imposibilidad de llevar a cabo la expulsión».

Esta doctrina unificada fue insuficiente, ya que dejó multitud de interrogantes en el tintero al no quedar claro qué prestaciones de Seguridad Social derivadas de contingencias comunes, al margen del desempleo, pueden obtener los extranjeros residentes que no cuentan con autorización de trabajo <sup>48</sup>.

Finalmente, la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, asume esta doctrina unificada incluso de un modo más contundente y específico, reconociendo a los trabajadores en situación irregular las prestaciones derivadas de los convenios internacionales compatibles con su situación administrativa (las generadas por contingencias profesionales) y negando expresamente la prestación por desempleo a quienes carecen de autorización de residencia y trabajo. Así, el anterior artículo 36.3 ha pasado a ser el nuevo artículo 36.5, que establece que la carencia de la autorización de residencia y trabajo no será obstáculo para la obtención de las prestaciones derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales, pero señala expresamente que «en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo». En último lugar indica que el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero.

Podríamos decir que el legislador en este caso no sólo asume la doctrina del Tribunal Supremo sino que la endurece, puesto que exige al trabajador extranjero la autorización no sólo de residencia, sino también de trabajo para el acceso a la prestación por desempleo, mientras que el Supremo mencionaba que «sólo puede obtener la prestación por desempleo si cuenta, al menos, con la autorización de residencia». Se pone así fin a las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que hemos visto, unas más restrictivas y otras menos, y que se han venido realizando sobre el polémico artículo 36.3, ahora 36.5.

<sup>48</sup> CHARRO BAENA, P., «Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo», *Aranzadi Social*, junio 2009, pág. 47.

En este caso, es interesante notar que el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010, en el Área de Intervención relativa al Empleo, contempla entre sus objetivos estratégicos uno que consideramos interesante mencionar porque no parece que la novedad laboral introducida en el artículo 36.5 lo haya tenido en cuenta. Nos referimos concretamente al Objetivo 1, «Adecuar la normativa sobre el empleo y Seguridad Social, a fin de garantizar la igualdad de derechos y deberes». En este caso, un trabajador extranjero que desempeñe un trabajo para un empresario que no haya solicitado la correspondiente autorización no va a tener garantizada la igualdad de derechos al no poder percibir la prestación por desempleo, a pesar de que la ley hace responsable al empleador de la pertinente gestión administrativa, y no al trabajador.

## 6. RESIDENCIA TEMPORAL Y DE TRABAJO DE MUJERES EXTRANJERAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO (ART. 31 BIS)

El informe de evaluación de la aplicación de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género <sup>49</sup>, presentado en julio de 2008, elaborado por el Gobierno y las Comunidades Autónomas a los tres años de su entrada en vigor, muestra que la proporción de mujeres extranjeras en España víctimas de violencia de género, al igual que la proporción de agresores extranjeros, suponen una sobrerrepresentación respecto al peso demográfico de mujeres y varones extranjeros en España <sup>50</sup>. En este sentido, las mujeres extranjeras víctimas de malos tratos en el ámbito familiar han pasado del 32,9% en 2004 a un 49% en 2008 <sup>51</sup>.

Dicho informe también muestra que las mujeres extranjeras declaran ser víctimas de violencia de género en mayor proporción que el resto de las mujeres. De igual manera, el informe de Amnistía Internacional «Mujeres inmigrantes en España frente a la violencia de género» presentado en noviembre de 2007, denuncia que continúa la desigual protección a los derechos humanos de las inmigrantes víctimas de violencia de género, especialmente en el caso de las mujeres reagrupadas en España por su agresor y las que se encuentran en situación irregular <sup>52</sup>.

Ante esta realidad, los poderes públicos no podían permanecer impasibles, y el legislador ha introducido novedades en la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, que se venían reclamando desde tiempo atrás.

<sup>49</sup> [www.migualdad.es](http://www.migualdad.es)

<sup>50</sup> En relación con los homicidios registrados, mientras que las víctimas españolas han descendido del 77,1% en 2004 al 55,70% en 2008, el porcentaje de víctimas extranjeras en esos años ha pasado del 22,9% en 2004 al 44,3% en 2008. En total, en el año 2008 fueron asesinadas 31 mujeres inmigrantes y 39 españolas. Por su parte, en el mismo periodo, los agresores extranjeros han pasado del 22,2% del total al 38,6%.

Para un estudio amplio sobre la protección de las mujeres víctimas de violencia de género, véanse QUESADA SEGURA, R. (Direc.) y PERÁN QUESADA, S. (Coord.): *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, Granada, 2009.

<sup>51</sup> Porcentajes extraídos del Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, n.º 300, de 30/11/2009. 184/0111029.

<sup>52</sup> Para un análisis más pormenorizado sobre la violencia de género, con especial atención a mujeres inmigrantes, véanse VELA DÍAZ, R., «Programa de Inserción Sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género contenido en el RD 1917/2008 de 21 de noviembre. Especial atención a mujeres inmigrantes», en BLÁZQUEZ VILAPLANA, B. y VILLAR CAÑADA, I.M. (Coord): *La mejora de la Empleabilidad de las Mujeres Inmigrantes en Andalucía*, Litalia, Jaén, 2009, págs. 59-99.



Así, la citada ley cuenta con un nuevo precepto, el artículo 31 bis, en cuyo apartado 1 señala de forma expresa que «Las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen garantizados los derechos reconocidos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, así como las medidas de protección y seguridad establecidas en la legislación vigente».

La Ley de Extranjería, en su redacción dada por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre contemplaba en su artículo 19.1 que el cónyuge reagrupado podía obtener una autorización de residencia independiente al obtener una autorización para trabajar, y en el caso de que el cónyuge fuera víctima de violencia doméstica podía obtener la autorización de residencia independiente desde el momento en que se hubiera dictado una orden de protección a favor de la misma. Así mismo lo contempla su Reglamento de desarrollo en el artículo 41.2 b).

La novedad que se recoge en el artículo 31 bis.3 de la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, es que las mujeres extranjeras titulares de una autorización de residencia por reagrupación familiar, ejercida por parte de su cónyuge, que sean víctimas de violencia de género, podrán solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género. Esta solicitud de autorización no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal.

Era necesario que la normativa contemplara, para las víctimas de violencia de género, la posibilidad de acceder a una autorización de residencia y trabajo independiente, y no sólo una autorización de residencia como lo establecía la legislación anterior. Y es que no cabe duda de que uno de los mejores instrumentos para luchar contra las causas profundas de la violencia de género es garantizar la seguridad y autonomía económicas de las mujeres víctimas de estas situaciones. Para conseguir esa autonomía la medida más eficaz sigue siendo el acceder a un empleo de calidad<sup>53</sup>.

El artículo señala también, en su apartado segundo, que si al denunciarse una situación de violencia de género se pusiera de manifiesto la situación irregular de la mujer extranjera, el expediente administrativo sancionador incoado será suspendido por el instructor hasta la resolución del procedimiento penal.

Pero en este caso, la cuestión está en que, tal y como señala el precepto, esta autorización de residencia y trabajo independiente no se resuelve hasta la finalización del procedimiento penal, es decir, hasta que se dicte sentencia y ésta adquiera firmeza. Pero, ¿qué ocurre entonces durante el periodo de tiempo que transcurre desde que se dicta la orden de protección o informe del Ministerio Fiscal, hasta que concluye el procedimiento penal?, ¿qué puede hacer la mujer extranjera que ha denunciado a su pareja como «agresor» y del que depende, no sólo económicamente, sino también su situación de legalidad administrativa como familiar reagrupado.

<sup>53</sup> MOLINA NAVARRETE, C., «Las Dimensiones Socio-laborales de la "Lucha contra la Violencia de Género". A propósito de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –BOE de 29 de diciembre–», *RTSS. CEF*, n.º 264, marzo 2005, pág. 41.

Esta situación de indefensión en la que puede caer la mujer extranjera reagrupada que sea víctima de violencia de género ha propiciado un segundo párrafo del apartado tercero del artículo 31 bis, que establece que «la autoridad competente para otorgar la autorización por circunstancias excepcionales podrá conceder una autorización provisional de residencia y trabajo a favor de la mujer extranjera. La autorización provisional eventualmente concedida concluirá en el momento en que se conceda o deniegue definitivamente la autorización por circunstancias excepcionales».

Aunque no podemos negar la importante novedad que la reforma de la Ley de Extranjería introduce en relación con la violencia de género entre la población extranjera, la redacción de este apartado parece quedar en una mera declaración de buenas intenciones, pues si realmente se pretendía que el precepto fuera efectivo, debería de ser más específico y claro en su redacción.

En primer lugar, no indica cuál es la autoridad competente para otorgar las autorizaciones de residencia y trabajo tanto por circunstancias excepcionales como las provisionales. En segundo lugar, el término «podrá conceder» es totalmente indeterminado y discrecional y, además, no muestra ningún indicio de los criterios que se tendrán en cuenta para la concesión o no de esta autorización: por un lado, no establece si la autorización provisional debe solicitarla la mujer extranjera mientras espera a que concluya el procedimiento penal o si, por el contrario, la gestiona de oficio la «autoridad competente» que corresponda. Por otro lado, no señala qué requisitos son necesarios para la concesión de la misma, por lo que no queda claro si dicha autorización se concederá a todas las mujeres que tengan una orden de protección a su favor, si se concederá a todas las mujeres que con dicha orden la soliciten o si es una facultad discrecional de la autoridad que resulte competente en esta materia.

Parece que queda más clara esta idea en la redacción del artículo 19, que trata sobre los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales y establece, en su apartado segundo, que el cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando disponga de medios económicos suficientes, y añade: «En caso de que la cónyuge reagrupada fuera víctima de violencia de género, sin necesidad de que se haya cumplido el requisito anterior, podrá obtener la autorización de residencia y trabajo independiente, desde el momento en que se hubiera dictado a su favor una orden de protección o, en su defecto, informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género». En este caso parece dar a entender que toda mujer que cuente con una orden de protección a su favor puede obtener una autorización de residencia y trabajo independiente.

Por último, el apartado 4 del artículo 31 bis señala que «cuando el procedimiento penal concluyera con sentencia condenatoria, se notificará a la interesada la concesión de la residencia temporal y de trabajo solicitada. En el supuesto de que no se hubiera solicitado, se le informará de la posibilidad de conceder a su favor una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, otorgándole un plazo para su solicitud». En este caso, parece más conveniente informar a la mujer extranjera de la posibilidad de solicitar una autorización de residencia y trabajo al inicio del proceso y no al finalizar el mismo, puesto que de esta forma no tiene posibilidad de acceder a la autorización de residencia y trabajo provisional que se le puede otorgar antes de que se dicte sentencia, lo que puede dar lugar, de alguna manera, a que no se otorguen estas autorizaciones a todas las mujeres que interpongan una denuncia y consigan una orden de protección, sino sólo a las que conozcan este recurso y hagan las pertinentes gestiones. Por este motivo consideramos que, para que todas

las mujeres extranjeras puedan acceder en igualdad de condiciones a la autorización provisional de residencia y trabajo que de forma novedosa contempla la Ley Orgánica 2/2009, lo más conveniente sería que la autoridad competente para dictar la orden de protección, una vez dictada a favor de la mujer víctima de violencia de género, le facilitara la información necesaria, siguiendo un mismo protocolo de actuación, para que ésta pudiera iniciar, si así lo deseara, las gestiones oportunas para solicitar dicha autorización.

El artículo 31 bis apartado 4 termina diciendo que «cuando del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, continuará el expediente administrativo sancionador inicialmente suspendido». Por lo tanto, cuando una mujer extranjera en situación irregular denuncia por motivos de violencia de género y al final del proceso no resulta acreditada tal situación, se inicia con ello un expediente administrativo sancionador, por infracción del artículo 53.1 a), que queda suspendido hasta la resolución del procedimiento penal y que finalmente puede suponer la expulsión del territorio español o una sanción de multa, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 57.

## 7. A MODO DE REFLEXIÓN

Con el transcurso de los años, el fenómeno migratorio ha adquirido tal dimensión en España que ha tenido importantes repercusiones en el orden económico, social y cultural, lo que viene a exigir una actuación decidida por parte de los poderes públicos en diversos ámbitos, y prioritariamente en el ámbito normativo.

El paso de España de ser un país de emigración a ser un Estado que recibe inmigrantes ha influido en nuestro Ordenamiento Jurídico, produciéndose una evolución de los textos normativos relativos a extranjería, en cierta medida algo convulsiva e improvisada, dando lugar, como indicábamos al principio, a cuatro reformas de la legislación de extranjería en menos de una década, y que a pesar de ello no ha contado con un consenso político ni social.

Hay que tener en cuenta que esta nueva regulación se ha producido en un contexto de crisis, por lo que el punto de partida de esta reforma legislativa es la regulación de la inmigración como respuesta a dicho contexto, lo que parece justificar de alguna manera ciertas limitaciones en el mantenimiento y reconocimiento de determinados derechos, así como el incremento de sanciones. Pero no podemos negar el valor que posee el empleo en la actualidad. Sin duda es un factor esencial de integración de la población inmigrante en nuestro país, por lo que hemos de tener presente que cualquier endurecimiento que se establezca en la normativa en relación con los aspectos laborales dificultará su integración en condiciones de equidad con la población autóctona. Así, con respecto a la integración, consideramos que es importante que la aprobación de esta nueva norma reguladora de la extranjería y la inmigración en nuestro país quede conectada con los objetivos estratégicos que plantea el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010, que tanto hincapié hace en la integración de los inmigrantes como uno de los cuatro pilares de la política integral de inmigración, puesta en marcha por el Gobierno desde el 2004.

Creemos, por tanto, que las dificultades que se hacen derivar de la distinta nacionalidad que presenta este colectivo a la hora de permitir su participación en el mercado de trabajo revisten por sí solas suficiente entidad como para justificar, con base en la realización del principio de igualdad de oportunidades, el diseño y ejecución de medidas específicas de política de empleo que vayan dirigidas a este sector de la población <sup>54</sup>. Hay que tener en cuenta, en este sentido, que el colectivo de inmigrantes, junto al de mujeres (si hablamos de mujer extranjera partimos de una doble discriminación de partida) y jóvenes, es el que queda afectado en mayor proporción en nuestro país por situaciones de temporalidad y precariedad en el empleo.

La política de inmigración ha venido orientada durante mucho tiempo en nuestro país de forma prioritaria al control de los flujos de entrada de inmigrantes. Con la actual reforma de la normativa de extranjería no parece que vaya a cambiar dicha orientación, ya que, como hemos podido comprobar a lo largo de estas páginas, esta nueva ley insiste en la canalización legal y ordenada de los flujos migratorios, así como en la lucha contra la inmigración irregular.

Sin duda, se trata de una reforma que dará que hablar y que hace que nos preguntemos si realmente trata de acercarse a la realidad social del trabajador inmigrante, más allá de su circunstancia administrativa, o simplemente pretende establecer un orden y control férreo de la inmigración.

---

<sup>54</sup> MOLINA HERMOSILLA, O., «Política de Inmigración y Mercado de Trabajo», en MOLINA NAVARRETE, C., PÉREZ SOLA, N. y ESTEBAN DE LA ROSA, G. (Coord.): *Inmigración e Integración de los Extranjeros en España*, Difusión Jurídica, Madrid, 2009, pág. 269.

# Bibliografía

- AJA, E. [2006]: «La evolución de la normativa sobre inmigración», en AJA, E. y ARANGO, J. (eds.): *Veinte años de inmigración en España. Perspectivas jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación Cidob, Barcelona.
- CABEZA PEREIRO, J. [2008]: «La protección de Seguridad Social de las personas extranjeras», *Actualidad Laboral*, febrero, n.º 3, págs. 293-305.
- CHARRO BAENA, P. [2009]: «Derecho a la prestación por desempleo del trabajador extranjero residente que carece de autorización de trabajo», *Aranzadi Social*, junio, págs. 39-47.
- IGARTUA MIRÓ, M.T. [2005]: «El contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario para el año 2006», *Aranzadi Social*, págs. 1.687-1.703.
- MOLINA HERMOSILLA, O. [2001]: «Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges supervivientes», *Aranzadi Social*, julio, n.º 8, págs. 26-32.
- [2009]: «Política de inmigración y Mercado de trabajo», en MOLINA NAVARRETE, C., PÉREZ SOLÁ, N. y ESTEBAN DE LA ROSA, G. (Coord.): *Inmigración e integración de los extranjeros en España*, Difusión Jurídica, Madrid.
- MOLINA NAVARRETE, C. 2005: «Las dimensiones socio-laborales de la lucha contra la violencia de género. A propósito de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –BOE de 29 de diciembre–», *RTSS. CEF*, n.º 264, marzo 2005, págs. 3-42.
- [2009]: «La regulación del trabajo de las personas inmigrantes extranjeras: Claves de gestión de la diversidad cultural en el trabajo», en MOLINA HERMOSILLA, O. y MOLINA NAVARRETE, C. (Dir.): *Inserción sociolaboral y empleabilidad de la población inmigrante extranjera en Andalucía: Balance y perspectivas de futuro*, Litalia, Jaén.
- MOLINA NAVARRETE, C., ESTEBAN DE LA ROSA, G. y ARCE JIMÉNEZ, E. [2005]: *La Inmigración Extranjera. Comentario sistemático al Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre*, CEF.
- MONTOYA MELGAR, A. [2007]: *El empleo ilegal de inmigrantes*, Civitas, Madrid.
- NAVARRO NIETO, F. [2008]: «Empleo, inmigración y marco autonómico de relaciones laborales», *Aranzadi Social*, septiembre, págs. 63-95.
- OLARTE ENCABO, S. [2006]: «Extranjeros sin permiso de trabajo. Responsabilidad empresarial en orden a prestaciones por contingencias comunes. Especial referencia al desempleo», *Actualidad Laboral*, julio, n.º 13, págs. 1.586-1.601.
- PÉREZ DÍAZ, V., ÁLVAREZ MIRANDA, B. y GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C. [2001]: «España ante la inmigración», *Colección Estudios Sociales*, n.º 8, Fundación La Caixa.
- PLAN ESTRATÉGICO DE CIUDADANÍA E INTEGRACIÓN 2007-2010. MTAS.
- QUESADA SEGURA, R. (Direc.) y PERÁN QUESADA, S. (Coord.) [2009]: *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*, Comares, Granada.
- RODRÍGUEZ CARDO, I.A. [2009]: «Extranjeros en situación irregular: derechos laborales y de Seguridad Social tras las últimas decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional», *Actualidad Laboral*, marzo, n.º 5, págs. 504-528.

- ROJO TORRECILLA, E. [2009]: «Gestión colectiva de contrataciones en origen ("contingente") para 2010», 29 de diciembre de 2009 (<http://eduardorobjoblog.blogspot.com/>)
- TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A. [2009]: «La construcción del nuevo paradigma del derecho a la protección por desempleo de los trabajadores extranjeros irregulares: las SSTs de 18 de marzo, de 12 de noviembre de 2008 y el anteproyecto de ley de reforma de la LO 4/2000, de 19 de diciembre de 2008», *Aranzadi Social*, abril, págs. 73-104.
- VELA DÍAZ, R. [2009]: «Programa de Inserción Sociolaboral para mujeres víctimas de violencia de género contenido en el Real Decreto 1917/2008, de 21 de noviembre. Especial atención a mujeres inmigrantes», en BLÁZQUEZ VILAPLANA, B. y VILLAR CAÑADA, I.M. (Coord): *La mejora de la empleabilidad de las mujeres inmigrantes en Andalucía*, Litalia, Jaén.