

**CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE**

*Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de Jaén*

**GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA**

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado Universidad  
de Jaén*

**Extracto:**

La promulgación de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y «su integración social» pretendió, ciertamente con una técnica de redacción legislativa defectuosa en extremo, dar satisfacción a esta *nueva perspectiva* o nuevo enfoque regulador a un fenómeno social hasta entonces desconocido en todas sus dimensiones: la inmigración estructural. La rigidez y formalidad de la legislación tradicional debía dar paso a otra que conceptual, normativa y operativamente pusiera el acento en la integración social y cultural de algunas categorías de inmigrantes. Nuestra legislación quedó desfasada, no sólo en el plano conceptual, sino también en cuanto marco coherente para regular la inmigración, pues no lo asume como un nuevo fenómeno de población con características singulares y con conexiones con otros fenómenos críticos en el plano socio-económico (vg. segmentación del mercado de trabajo, exclusión social).

Precisamente, una de las principales claves de comprensión de esta realidad se situaba mucho más allá de la tradicional política de control de flujos, pues una vez confirmado el carácter no temporal sino permanente de una parte considerable de la población inmigrante de nuestro país, la «integración social» del trabajador inmigrante, tanto del que ya convivía entre nosotros y de aquellos inmigrantes nuevos que accedieran a nuestro territorio de forma legal, se convertía en un objetivo prioritario. La polémica reforma de aquella ley, llevada a cabo por el Gobierno del

.../...

.../...

PP -aunque finalmente con apoyo de CiU y CC-, parece querer volver a planteamientos y modelos ya superados, al «avanzar» más en la dirección de la LOEx/1985 que en la de la LOExIS/2000. La desincentivación de las situaciones de irregularidad y la batalla a las redes ilegales de tráfico de mano de obra parecen ser las líneas básicas de actuación, inspiradoras de la nueva regulación.

Ahora bien, esta lucha contra la irregularidad vuelve a trasladarse, aunque sólo en parte, a la persecución de los extranjeros en situación irregular, a diferencia de lo que había sucedido en la lógica de la versión originaria, centrada en buscar vías para facilitar una regularización estable. Con la nueva LOExIS se vuelve a dificultar el acceso a la situación de legalidad, así como su mantenimiento, se reduce el catálogo de derechos cuyo ejercicio se reconocía a los inmigrantes en situación irregular, y se pretende retornar a un sistema de sanciones que abre la vía a un uso sistemático de la expulsión de aquellas personas que se encuentren sobrevenidamente en situación irregular, pues la irregularidad inicial, aún consumada, se «sancionará» con la devolución o el retorno.

El siguiente comentario pretende, pues, y sin esperar a la aprobación del Reglamento de Ejecución, ya en fase avanzada de elaboración, llevar a cabo una primera valoración de los diversos preceptos que integran el cuerpo de la Ley Orgánica sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOExIS), para lo que se ha seguido la propia estructura, compleja y densa de la ley. El intensísimo, y en buena medida lastrado debate ideológico, debate derivado de esta reforma, cuya legitimidad y validez ya han sido cuestionadas formalmente ante el TCo., hace particularmente útil, necesario y urgente un buen análisis del texto legal. Se trata de huir tanto del radicalismo garantista que se ha apoderado de un amplísimo sector de analistas, pero con escaso rigor «científico», cuanto del renovado formalismo legalista que de nuevo ha invadido a otro sector, y en particular a los responsables de la Ley, si bien se han visto obligados de inmediato a rectificar ante la tozudez del hecho migratorio. Este fenómeno social genera un conflicto para el que no cabe más respuesta que la que finalmente terminó triunfando un siglo antes respecto del movimiento obrero: la integración social mediante su canalización jurídica.

---

## Sumario:

---

- I. Introducción.
- II. Caracterización general: líneas básicas inspiradoras de la (contra) reforma de la LO 4/2000.
- III. Principales novedades de la reforma: puntos críticos del nuevo régimen jurídico.
  1. La polémica sobre la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la LOExIS.
  2. La dimensión garantista de la LOExIS: el principio de integración por la igualdad de derechos y sus límites legales.
    - 2.1. Los parámetros generales: el principio de tratamiento jurídico nacional para los inmigrantes «legales» y las cláusulas antidiscriminatorias.
    - 2.2. Reconocimiento y condiciones de ejercicio de los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros en la nueva LOExIS.
    - 2.3. El sistema de garantías de tutela efectiva de los derechos de las personas extranjeras.
  3. La dimensión de control de la LOExIS: El estatuto jurídico-administrativo del inmigrante en España.
    - 3.1. Entrada y permanencia de los extranjeros en territorio español.
    - 3.2. La dimensión económica del estatuto administrativo: el nuevo régimen jurídico de los permisos de trabajo.
  4. La dimensión sancionadora: el «nuevo» código administrativo sancionador tras la contrarreforma de la LO 8/2000.

5. La dimensión institucional de la política migratoria: organización y coordinación administrativas y sociales.
6. Las normas de cierre de la LOExIS: el período transitorio, la ordenación competencial y el proceso de regularización.

#### IV. Balance y perspectivas de la «nueva» LOExIS.

## I. INTRODUCCIÓN

En el BOE del día 23 de diciembre del año 2000, último año del siglo pasado, el Gobierno daba cumplimiento formal a su promesa electoral respecto a la aprobación de una reforma en profundidad de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicando la LO 8/2000, de 22 de diciembre -c.e. BOE 10-3-2001-. El 23 de enero del año 2001, primero del nuevo siglo, la versión reformada de esta Ley pretendía «entrar en vigor». La realidad es mucho más compleja y contradictoria de lo que esta simple fórmula legal quiere evidenciar. Ni la sobrada mayoría parlamentaria de la que disfruta el Gobierno actual ni la ardorosa defensa inicial de las «bondades» de la nueva están siendo garantía de efectividad de la estrategia normativa e institucional planificada -más en los despachos y en el discurso ideológico que en la realidad-, respecto del tratamiento de las personas que ya se encuentran en nuestro país en situación «ilegal».

A primera vista esta reforma responde a una concepción antigua del fenómeno inmigratorio, en cuanto su estrategia normativa parece identificarse más con el modelo de regulación propio de la LOEx/1985 que con el correspondiente a una política inmigratoria adecuada al nuevo siglo (*política activa de integración de los inmigrantes en el contexto socio-económico del Estado de acogida y empleo*). Como veremos el análisis detenido de la reforma arroja más matices y merece un juicio más ponderado. No obstante, lo que sí parece fuera de toda duda es la dificultad que en este ámbito existe para conciliar la representación normativa con su funcionamiento práctico, de modo que la brecha entre realidad y norma, que la LO 4/2000 (LOExIS) quiso cerrar, ha sido, en gran medida, reabierta por la entrada en vigor de la LO 8/2000.

En efecto, las incertidumbres iniciales sobre la vigencia efectiva de la nueva regulación se han tornado pronto en evidencia de su imposibilidad de cumplimiento, al menos en tanto en cuanto no se regularice a los amplios colectivos de inmigrantes en situación «ilegal», en los estrictos términos en que ha quedado redactada. Ya sea por la vía convencional, interna e internacional, ya por la vía reglamentaria, con la más que probable aprobación de un Reglamento de Ejecución una vez más *ultra vires* (bien por defecto, como parece más probable, bien por exceso), ya por la propia vía de los hechos, el Gobierno, que ha decretado un período transitorio hasta la regularización de la mayor parte de los inmigrantes irregulares que ya se hallan en nuestro país, ha aceptado la inviabilidad de poner en práctica algunos de los aspectos más polémicos de la ley <sup>1</sup>.

<sup>1</sup> No obstante, ya comienzan a aparecer noticias que dan cuenta de la retoma de la política de expulsiones masivas (*vid.* 40 inmigrantes nigerianos) en otro tiempo practicadas por el Ministerio del Interior, aunque hacía más de 5 años que no se realizaban. *Vid.* Agencia de Noticias COLPISA, 9 de mayo de 2001, según noticia recogida en <http://www.reicaz.es>.

En este contexto de extrema incertidumbre, ineffectividad y provisionalidad puede entenderse particularmente arriesgado aventurar un comentario sobre los principales aspectos de la LO 4/2000, en su redacción formalmente vigente. Quizás lo prudente fuese esperar al desarrollo reglamentario <sup>2</sup>, por cuanto a la potestad reglamentaria se le ha «delegado» legislativamente un importantísimo ámbito de competencias normativas y funciones de operatividad práctica de la LO 4/2000. Incluso debería esperarse al propio desarrollo de la nueva política convencional de cooperación con los países de origen de los colectivos más numerosos de inmigrantes en situación «irregular», a la que sin duda se está confiando una parte importante de la puesta en funcionamiento de la nueva regulación -ej. Acuerdos con Ecuador, Colombia, Polonia, Rumanía...- <sup>3</sup>.

Sin embargo, creemos que estas y otras razones de este tipo, incluida la serie de Recursos de Inconstitucionalidad que ya se han anunciado en diferentes Parlamentos Autonómicos contra la Ley, aumentan más si cabe el interés por la realización de un adecuado comentario de la Ley, cuyas reglas deberán servir de referencia para analizar la orientación seguida por los posteriores desarrollos. Naturalmente, este análisis deberá tener presente tanto las normas constitucionales cuanto el *standard mínimo internacional* de protección de los trabajadores migrantes, en la medida en que constituyen *un estatuto jurídico indisponible para los legisladores* <sup>4</sup>.

Aunque nuestro objetivo no es realizar un análisis exhaustivo de todos y cada uno de los múltiples y enjundiosos problemas jurídicos que suscita la LO 4/2000, sino, más limitadamente, reconstruir el régimen jurídico aplicable a las personas que vienen a nuestro país para realizar una actividad lucrativa, en particular por cuenta ajena, la estrecha conexión existente entre las situaciones jurídico-administrativas de los extranjeros y el acceso al mercado de trabajo y a la protección social nos obligará a trazar las principales líneas de reforma también en estos ámbitos. Antes de llevar a cabo esta labor, por un lado exegética y por otro jurídico-crítica, conviene previamente contextualizar la nueva ordenación del trabajo de los extranjeros, en especial de los que reúnen al mismo tiempo la condición de inmigrantes -concepto que presupone el de extranjero pero que no se identifica con él-, así como dejar aflorar el modelo normativo que inspira la reforma, trazando sus líneas de política del derecho fundamentales.

A través de esta doble vía podremos comprender más adecuadamente el sentido, extensión y límites de las concretas reformas legislativas introducidas en el régimen jurídico-laboral y de protección social de los trabajadores inmigrantes, en lo que sin duda constituye ya *una nueva rama del*

---

<sup>2</sup> Cuando este artículo vea la luz ya estará muy avanzado el largo y atormentado proceso de negociación del Reglamento de Ejecución (RELOExIS), cuyo segundo Borrador fue ampliamente difundido por los medios de comunicación. Puede leerse, aunque ya se anuncia que su contenido será apreciablemente cambiado tras las aportaciones de la oposición, en la siguiente dirección <http://www.reicaz.es>. Las primeras valoraciones e Informes (ej. Foro para la Integración Social), por lo general críticos, se pueden analizar también en esta página web.

<sup>3</sup> Puede seguirse la compleja tramitación de estos Convenios en la dirección <http://www.reicaz.es>.

<sup>4</sup> En el plano constitucional, para una reiterada jurisprudencia *vid.* SsTCo. 99/1985; 95/2000. En el plano internacional, Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, mediante Resolución 45/158, 18 de diciembre de 1990.

*Derecho Social.* Las consecuencias de esta mutación institucional y normativa del tratamiento de la extranjería e inmigración como fenómeno social, que determina esta transición desde su tradicional e inoperante encuadramiento en el marco del Derecho Administrativo -anteriormente la ubicación aparecía en el Derecho Privado, pero también mostró su incapacidad para hacer frente al fenómeno social de la inmigración «masiva»-, son enormes y afectan a la práctica totalidad de las reglas e instituciones que han venido ordenando, aunque de forma extremadamente incoherente, el fenómeno migratorio. Aunque no es nuestra pretensión sacar a la luz todas y cada una de estas proyecciones, en gran medida por explorar, sí haremos referencia a algunas de ellas.

## II. CARACTERIZACIÓN GENERAL: LÍNEAS BÁSICAS INSPIRADORAS DE LA (CONTRA) REFORMA DE LA LO 4/2000

La inadecuación y obsolescencia del régimen jurídico regulador de la inmigración fijado en 1985 constituía una apreciación amplísimamente difundida en el ocaso del siglo pasado, por cuanto que a estas alturas la realidad social y la representación normativa del fenómeno de la inmigración resultaban absolutamente irreconciliables <sup>5</sup>. Así, frente al modelo legal de 1985, que se inspira en una **lógica de policía administrativa** (garantía de la seguridad ciudadana mediante normas de orden público administrativo), reveladora de una imagen formalmente restrictiva y temporal de la inmigración <sup>6</sup>, pero incapaz de parar el crecimiento progresivo de «bolsas de inmigrantes ilegales», el modelo de 2000 se inspira preeminentemente en una **lógica de integración social** (garantía de la paz social mediante el reconocimiento de los derechos de la persona), que presupone una imagen normalizada, positiva y permanente de la inmigración.

La LOExIS, en su versión originaria pretendió, pues, afirmar los pilares de una «nueva política de inmigración», cuyos principales rasgos caracterizadores, concretados en diferentes líneas normativas, institucionales y convencionales de actuación, serían <sup>7</sup>:

### 1. Su carácter **garantista**.

Esto significa que la principal clave de lectura de la versión originaria debe identificarse, según un convencimiento muy generalizado en los primeros comentaristas de esta efímera norma, en la preocupación por pasar del reconocimiento de derechos a su garan-

<sup>5</sup> Que evidencia el fracaso de la entera estrategia normativa e institucional de esta legislación, generador de importantes problemas de orden humano y social, así como de graves contradicciones. Vid. S. ADROHER *et alri*. *La inmigración. Derecho español e internacional*. Bosch. Barcelona. 1995.

<sup>6</sup> Para un balance vid. Aa.Vv. *Diez años de la ley de extranjería... op. cit. passim*; Aa.Vv. *Cuadernos de Derecho Judicial: Extranjeros*. CGPJ. n. XXXVII. Madrid. 1994.

<sup>7</sup> Vid. Aa.Vv. (coord.: E. Aja). *La nueva regulación de la inmigración en España*. Valencia. 2001.

tía efectiva para un ejercicio pleno por parte de los extranjeros, al menos para la mayor parte del colectivo de la población inmigrante, los residentes legales, sin olvidar el otro colectivo, el de los que se hallan en situación irregular <sup>8</sup>.

## 2. Su preocupación por la **eficacia** de la política migratoria.

El evidenciado desfase de una normativa que, formalmente restrictiva y rígida, se revelaba como ineficaz en la práctica para contener el incremento de las «bolsas» de inmigrantes en situación irregular, evidenciaba la necesidad de ensayar una estrategia diferente: la lucha contra la irregularidad se desplaza desde la persecución de los extranjeros, auténticas víctimas, no obstante su complicidad, a través de la expulsión, hasta la apertura de múltiples vías de regularización, auténtica estrategia normativa e institucional para afrontar el tratamiento de la irregularidad <sup>9</sup>.

## 3. Su carácter de política migratoria **participada**.

Una de las principales y más elementales carencias de la política española de inmigración, ampliamente resaltada y lamentada por los analistas, ha sido la falta de coordinación entre las tres Administraciones implicadas, la estatal, autonómica y local. La precedente estructura administrativa y la actual distribución constitucional y estatutaria de competencias requerían, de forma necesaria y urgente, un profundo reajuste con vista a realizar una coordinación por todos considerada imprescindible pero no practicada. El paso de un modelo asentado en el control de flujos migratorios y en la sanción a otro, diferente, asentado sobre la integración socio-económica, requería fomentar una cultura de la corresponsabilidad, para lo que se precisaba la construcción de un sistema de gobierno y gestión participada en materia de inmigración, abierto a la intervención de las diversas Administraciones Públicas (principio de cooperación interadministrativa), así como de los sujetos afectados (principio de concertación social).

<sup>8</sup> Así, este objetivo garantista se concreta al menos en una triple dirección:

- a) Profundizar en el estatuto de derechos para los extranjeros residentes basado en el principio de trato jurídico nacional (art. 3);
- b) Crear un estatuto de derechos para los extranjeros en situación irregular basado en un principio de normalización social, con vistas a aproximar el estatuto de derechos inherente a la persona al correspondiente a los ciudadanos;
- c) Reducir la enorme discrecionalidad gubernamental, tanto reglamentaria como sobre todo administrativa, responsable en gran medida de la proliferación bajo el régimen precedente de un amplísimo número de prácticas arbitrarias, presentes en los procedimientos de extranjería (remisión a los principios y reglas generales vigentes en materia de procedimientos administrativos, así como reconocimiento de amplios medios de protección judicial).

<sup>9</sup> Precisamente, como veremos con algún detalle, esta mutación estructural y funcional de la regulación representaba el eje cardinal de algunos de los bloques normativos centrales del entero régimen de extranjería, y evidencia con claridad esa dimensión «social» que atribuimos a las nuevas normas en esta materia, en particular en lo atinente al estatuto legal (residencia y trabajo) y al régimen sancionador.

Analizada la nueva regulación desde esta triple perspectiva, y si se tiene en cuenta que en un año de existencia difícilmente puede advertirse un cambio sustancial de la situación, no obstante la insistencia mediática en el carácter masivo o de avalancha de la inmigración hacia España, resulta claramente sorprendente la razón principal motivadora de la reforma, en virtud de la Ley Orgánica 8/2000. En efecto, la EM de la Ley 8/2000 pretende justificar la reforma -para algunos (contrareforma que da lugar a una nueva Ley de Extranjería- en otro desfase entre la realidad y la norma, pues también hoy la «realidad del fenómeno migratorio supera las previsiones de la norma»<sup>10</sup>.

Si la versión originaria de la LOExIS emergía como una reacción a los problemas, contradicciones y fracasos de la anterior «Ley de Extranjería», la versión actual o reformada pretende ser una respuesta de signo contrario a estas mismas situaciones respecto de la LOExIS. A juicio del legislador de la reforma en este corto período de vigencia ya se habrían producido desajustes de este tipo que habría que corregir, no obstante el rechazo mayoritario de los comentaristas a una (contra)reforma tan «precipitada», sin apenas haber dado oportunidad a la nueva ley para mostrar sus virtudes y defectos, que sin duda también tenía y eran ampliamente reconocidos<sup>11</sup>.

A este respecto, creemos posible delimitar las líneas inspiradoras de la reforma en los tres siguientes objetivos:

1.º La **mejora técnica** de la redacción del texto legislativo.

Sin duda, el primer y quizás más numeroso, aunque menos conocido y destacado, grupo de reformas se orienta en la línea de mejorar una defectuosísima técnica legislativa evidenciada a lo largo y ancho de la nueva ley, sin duda producto tanto de la urgencia final en la tramitación de la misma como, sobre todo, del método seguido en su elaboración, el consenso entre todos los partidos, sólo roto en la fase final. El enfrentamiento radical de los partidarios de la versión original y los defensores de la versión reformada ha impedido reconocer que, en el plano de la redacción técnica, cabe valorar positivamente, en un plano general no exento de excepciones, la nueva regulación.

2.º La **consolidación de algunos avances** de la nueva regulación en la delimitación del estatuto de derechos de los extranjeros.

Una vez más la enconada polémica suscitada por el texto reformado ha impedido reconocer que en él, no obstante los evidentes retrocesos en determinadas materias, es obligado reconocer la continuidad de un significativo número de avances en materia de derechos

---

<sup>10</sup> De este modo, expresaría con claridad su objetivo de corregir la extralimitación en que habría incurrido la versión inicial, responsable del aumento significativo de la inmigración ilegal producido en el último año («efecto llamada» de la inmigración clandestina por parte de la ley). La continuidad de esta llegada significativa -que no masiva- de inmigrantes en situación irregular, no obstante el cambio legislativo, ha llevado ahora a los responsables políticos a imputar la situación a un nuevo efecto, el denominado «efecto péndulo» (*vid.* declaraciones del Delegado del Gobierno, auténtico despropósito el 14-4-2001, en *El País*). Una nueva manera de ocultar las verdaderas razones de una realidad migratoria imparable.

<sup>11</sup> *Vid.* Aa.Vv. (coord. P. Santolaya Machetti). *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*. Lex Nova. 2000.

respecto de la legislación de 1985. Así, por un lado, mantiene sustancialmente inalterado el principio de equiparación de derechos entre nacionales -y comunitarios- y residentes legales, que resulta consolidado<sup>12</sup>, y por otro, implica una *relativización* de la diferencia existente bajo el imperio de la LOEx/1985 entre inmigrantes en situación «legal» y aquellos inmigrantes en situación «ilegal», pues, a diferencia de aquella, la nueva norma formaliza legislativamente el reconocimiento de derechos para este colectivo, más allá de los derechos inherentes a la persona (STCo. 104/1984). Derechos tales como la educación obligatoria (art. 9), la asistencia sanitaria, plena cuando se trate de inmigrantes en situación irregular empadronados (art. 12), la prestación de servicios sociales básicos, aunque ya realizados en la práctica, por organismos públicos y organizaciones no gubernamentales, ahora adquieren el rango adecuado y se generalizarán, evitando comportamientos discriminatorios y una importante dosis de incertidumbre jurídica<sup>13</sup>.

3.º La **restauración** de algunas de las opciones de política legislativa y de ciertas reglas propias del modelo policial y represivo de 1985.

Ciertamente éste es el aspecto más criticado, y criticable, de la reforma en la medida en que supone la recuperación, en ocasiones de forma difícilmente explicable con un mínimo de seriedad jurídica -incluso política-, de aspectos ya muy polémicos presentes en la LOEx/1985. Sin perjuicio de entrar con mayor profundidad en esta línea de reformas de sentido claramente restrictivo al analizar el régimen jurídico concreto, conviene desde ahora recordar cuáles son los principales «recortes» introducidos por el legislador actual respecto del responsable de la versión originaria de la LOExIS. Esta orientación restrictiva se puede apreciar, básicamente, en las siguientes situaciones:

- a) Exclusión de un buen número de derechos de ciudadanía política y social, en especial los derechos colectivos (manifestación, reunión, asociación, sindicación y huelga), a los inmigrantes irregulares, cuestión muy dudosa y que ha centrado las principales críticas políticas, jurídicas y sociales -no por casualidad son el eje sobre el que se articulan los Recursos de Inconstitucionalidad ya presentados-.
- b) Endurecimiento de los requisitos de acceso, permanencia y trabajo, hasta el punto de que la obtención de la condición de «residente legal» y trabajador se convierte otra vez en una carrera de obstáculos, aun a costa de restringir importantes derechos, algunos

<sup>12</sup> Acogiendo expresamente las Conclusiones de la Presidencia adoptadas con motivo de la Cumbre de Tampere (1999), la EM considera que una «política de integración debe encaminarse a conceder a estos residentes derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión, así como a fomentar la ausencia de discriminación en la vida económica, social y cultural y al desarrollo de medidas contra el racismo y la xenofobia». En este sentido, está convencido el legislador de que las modificaciones introducidas al Título I «destacan por la preocupación en reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades».

<sup>13</sup> Para la evolución de este tema, en particular en la jurisprudencia constitucional y del TEDH, *vid.* T. FREIXES-J. A. REMOTTI. «Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *RDP* de la UNED, n. 44. 1998. Más ampliamente J. M. CABANILLAS. *Los derechos de los extranjeros en España*. Barcelona. 1994.

fundamentales como el derecho al reagrupamiento familiar, la libertad de circulación, la igualdad de trato, la tutela judicial efectiva <sup>14</sup>. Desaparecen figuras tan significativas como el permiso de trabajo obtenido tras la regularización temporal por arraigo de al menos 2 años, la recalificación de antiguas preferencias de empleo en excepciones al contingente...

- c) La devolución a la Administración de la facultad o potestad de convertir de nuevo la expulsión en la regla general frente a las situaciones de irregularidad (art. 57), de modo que la regularización, exigencia clave para realizar el principio de coherencia del «nuevo» Derecho Social de Extranjería e Inmigración, la integración, pasaría formalmente a ser de nuevo una cuestión puramente excepcional y extraordinaria.

Estos tres grupos de medidas restrictivas convergen en una misma dirección orientada hacia la recuperación, por parte de la Administración, y en aras de la eficacia de las medidas de control de flujos migratorios, de naturaleza eminentemente policial y sancionadora, de un margen de discrecionalidad, a veces rayano en la arbitrariedad, que había creído perder con la entrada en vigor de la versión originaria. Se opta, pues, por un modelo que no sólo restringe derechos fundamentales -la tutela judicial-, sino que se revela claramente fracasado para luchar contra la inmigración ilegal, aunque se utilice como coartada el imperativo comunitario de controlar más rigurosamente las fronteras, dada nuestra consideración de frontera exterior de la Unión, y su exigencia de incentivar la inmigración regular <sup>15</sup>.

Si desde esta visión funcional los cambios entre una regulación y otra se evidencian con notoriedad, si bien no tan radicales como se pone de relieve de forma interesada por la mayor parte de los comentaristas de la reforma y por las «fuerzas de oposición», desde el punto de vista estructural la «nueva ley» mantiene el formato del cuerpo articulado anterior. Aunque la pésima técnica legislativa utilizada para llevar a cabo la reforma puede dificultar la comprensión de su estructura y contenido de un buen número de preceptos, puesto que no ha derogado la anterior versión sino que la ha «novelado», esto es, ha ido introduciendo las reformas, intensas y extensas, a lo largo del texto anterior <sup>16</sup>, el texto consolidado, y una vez corregidos los errores, consta de 70 artículos (7 más que

<sup>14</sup> Una situación que contrasta gravemente con el objetivo confesado por el legislador de «establecer un régimen de situaciones y permisos que incentiven a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro del marco de la regularidad frente a la entrada y estancia irregular».

<sup>15</sup> La exigencia de un mayor control de las fronteras exteriores a consecuencia de la eliminación de las fronteras interiores no pretendía, ni por razones políticas ni por razones económicas ni por razones sociales, convertir a Europa en una «fortaleza inexpugnable» sino más realísticamente, racionalizar la política de control de flujos, incluso económicamente. Vid. V. TCHEN. *Le droit des étrangers*. París. 1998. Las reservas iniciales a la comunitarización y el complejo reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros en materia de inmigración no han podido impedir, pues, un fortísimo condicionamiento comunitario de las políticas «nacionales» de inmigración. Vid. H. LABAYLE. «La libre circulation des personnes en Europa: de Schengen à Amsterdam». *AJDA*. 1997.

<sup>16</sup> No obstante, quizás pueda entenderse que el legislador ha querido mantener lo más positivo de la estructura -ej. incorporación a modo de pórtico de un amplio catálogo de derechos- y conceptos más novedosos -ej. la idea de la integración social-.

la versión originaria), a los que hay que añadir las Disposiciones Adicionales (2), Transitorias (3), Derogatoria Única y Finales (9) de la versión originaria, si bien con alguna modificación de relieve por la versión reformada, más las oportunas Disposiciones Adicionales (2), Transitorias (4), Derogatoria Única y Finales (5) de esta versión reformada<sup>17</sup>.

### III. PRINCIPALES NOVEDADES DE LA REFORMA: PUNTOS CRÍTICOS DEL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO

#### 1. La polémica sobre la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de la LOExIS.

Siguiendo una fórmula muy arraigada en nuestra tradición legislativa en materia de «extranjería», la nueva LOExIS acoge una técnica de definición funcional (a los solos efectos de la aplicación de esta ley, no a otros efectos) y negativa (carencia de la nacionalidad española) del concepto «extranjeros», colectivo al que va dirigido o al que se destina el conjunto de derechos y situaciones que definen su posición jurídica en España, integrando el denominado *régimen general de extranjería*. Consecuentemente, quedan fuera del ámbito de aplicación tanto los extranjeros con «estatuto especial», determinante de una posición particular atribuida bien por normas internas (leyes especiales), bien por normas internacionales (Convenios de Establecimiento; Convenios de Doble Nacionalidad; Ciudadanos de la Unión Europea; beneficiarios de un régimen asimilado al comunitario), según la técnica de exclusión del nuevo párrafo 2.º del artículo 1, cuanto los extranjeros con «estatuto privilegiado», esto es, aquellos beneficiarios de una serie de privilegios e inmunidades atribuidos por el DIPubl. como consecuencia de su función (ej. diplomáticos, funcionarios consulares, funcionarios internacionales...), según la técnica de delimitación excluyente del artículo 2, inmodificado<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> La Ley consta, pues, de 5 Títulos:

- Título Preliminar: **Disposiciones Generales** (arts. 1 y 2).
- Título I: **Derechos y libertades de los extranjeros** (arts. 3 a 24). Subdividido en:
  - Capítulo I: *Derechos y libertades de los extranjeros* (arts. 3 a 15).
  - Capítulo II: *Reagrupación familiar* (arts. 16 a 19).
  - Capítulo III: *Garantías Jurídicas* (arts. 20 a 22).
  - Capítulo IV: *De las medidas antidiscriminatorias* (arts. 23 y 24).
- Título II: **Régimen jurídico de los extranjeros** (arts. 25 a 49).
  - Capítulo I: *De la entrada y salida del territorio español* (arts. 25 a 28).
  - Capítulo II: *Situaciones de los extranjeros* (arts. 29 a 35).
  - Capítulo III: *Del permiso de trabajo y regímenes especiales* (arts. 36 a 43).
  - Capítulo IV: *De las tasas por autorizaciones administrativas* (arts. 44 a 49).
- Título III: **De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador** (arts. 50 a 66).
- Título IV: **Coordinación de los poderes públicos** (arts. 67 a 70).

<sup>18</sup> El régimen de las personas jurídicas sigue sujeto a lo establecido en la legislación civil o mercantil.

Pese a la aparente sencillez de estos preceptos y a su continuidad normativa estos preceptos, en particular el primero, han sido objeto de furibundas críticas, tanto en su versión originaria cuanto, todavía más, en su versión reformada. De forma abreviada, las principales cuestiones críticas pueden localizarse en los siguientes puntos:

- a) El carácter negativo de la definición de «extranjeros» -en la versión originaria se hablaba de «extranjero»-.

La continuidad de esta conceptualización negativa del concepto de «extranjero» ignoraría en este plano, no así en el normativo, además de la existencia de otras situaciones (ej. doble nacionalidad, apatridia), una distinción hoy básica, la diferenciación entre «extranjeros comunitarios» y «extranjeros no comunitarios», pues también aquéllos carecen de la nacionalidad española <sup>19</sup>. Ahora bien, no sólo adolece de verdadero sentido analizar, en el estadio evolutivo actual del ordenamiento comunitario, la situación de los ciudadanos comunitarios -y asimilados- de forma conjunta con la de los extranjeros extracomunitarios, sino que incluso resultaría incorrecto desde la consagración, si bien todavía con efectos no plenos, de la denominada «ciudadanía europea». De ahí que la polémica abierta respecto de la extraña desaparición del anterior apartado 2.º carezca, a nuestro juicio, no sólo de alcance práctico alguno sino que incluso nos parece más correcto, aunque no haya estado en la voluntad del legislador un cambio de este tipo <sup>20</sup>.

- b) El carácter extremadamente formal del concepto de «extranjero», cuando la mayor parte de sus reglas van dirigidas al «trabajador inmigrante».

Aunque formalmente esta norma es de aplicación general a todo «extranjero», independientemente de sus circunstancias socio-económicas, por cuanto la delimitación sigue la lógica genérica y abstracta característica de la definición tradicional, aquella persona que carece de nacionalidad española, está más que claro que su auténtico ámbito subjetivo reside en un concepto más sociológico: la persona inmigrante, esto es, aquella persona que, bien sola o con su familia, se desplaza a nuestro país para encontrar un empleo y mejorar sus condiciones de vida <sup>21</sup>. Esta obligada referencia al plano sociológico y económico justifica la principal razón inspiradora de la regulación introducida con la versión originaria de la LOEXIS, la integración social. En este marco, es claro que «inmigración laboral»

<sup>19</sup> Para este lugar común últimamente B. CARUSO. «Las políticas de inmigración en Italia y Europa: ¿más Estado y menos mercado? En Aa.Vv. (coord: Julia López). *Nuevos escenarios para el Derecho del Trabajo. Homenaje a Massimo D'Antona*. Madrid. 2001. pág. 232.

<sup>20</sup> Para seguir la polémica, incluido el Informe del Director de Comisiones de la S. G. del Congreso, a nuestro juicio sustancialmente correcto, *vid.* las opiniones vertidas en <http://www.reicaz.es>

<sup>21</sup> No sólo una Ley de Extranjería sino una ley «de» y «para» la inmigración, en cuanto diseña un estatuto jurídico del trabajador inmigrante, destinatario principal de la ley, pensada para «quienes integran uno de los últimos eslabones de la escala social... tendente a favorecer la posición jurídica de uno de los grupos sociales más débiles desde el punto de vista económico y social». *Vid.* M. I. RAMOS QUINTANA. *Trabajadores extranjeros e integración social. op. cit.* pág. 15.

ocupa el centro de la nueva regulación, lo que una vez más evidencia la necesidad de cambiar la tradicional hegemonía del «estatuto jurídico-administrativo» por el «estatuto jurídico-social»<sup>22</sup>.

## 2. La dimensión garantista de la LOExIS: el principio de integración por la igualdad de derechos y sus límites legales.

### 2.1. Los parámetros generales: el principio de tratamiento jurídico nacional para los inmigrantes «legales» y las cláusulas antidiscriminatorias.

Con extraordinario buen criterio de técnica legislativa, la LOExIS, en ambas redacciones, antes de afrontar la regulación del «estatuto administrativo» del extranjero, recoge las condiciones de ejercicio de su *estatuto jurídico-constitucional e internacional de derechos y libertades*. No obstante, ésta se lleva a cabo de forma incompleta (no están todos los derechos constitucionalmente reconocidos a los extranjeros) y desigual (distinción básica entre aquellas personas en situación «legal», en situación «irregular» pero «empadronados» o en situación «ilegal» pero no empadronados). De este modo, la LOExIS, responde parcialmente al proceso de evolución seguido en esta materia en los ordenamientos europeos más avanzados, según el cual el reconocimiento pleno de la ciudadanía, en su triple dimensión, civil, política y social, ha venido considerándose uno de los objetivos básicos para la «integración social»<sup>23</sup>.

Aunque ni su técnica legislativa ni su sistemática es la más depurada, el cambio respecto de la situación precedente no puede dejar de ser subrayado. Bajo la vigencia de la LOEx/1985, atemperada por el RELOEx/1996, se partía de una elemental distinción entre extranjeros en situación legal y extranjeros en situación ilegal, reconociéndose derechos tan sólo a los primeros, salvo el denominado *standard minimum* impuesto por el Derecho Humanitario Internacional en favor de los segundos (STCo. 104/1987). La versión reformada de la LOExIS, aunque no vuelve estrictamente a este pereclitado sistema, sí introduce importantes recortes. Así, mantiene plenamente la primera línea reformista, la equiparación plena de derechos para los residentes legales. Pero sólo acepta parcialmente la segunda orientación renovadora, pues limita el reconocimiento de derechos al colectivo de inmigrantes en situación «irregular» a algunos derechos sociales (derecho a la educación, dere-

<sup>22</sup> Incluso aquellos que vienen a nuestro país por razones de asilo, en lo no relativo a esta relación específica, todavía regida por su ley especial de 1984 -modificada en sentido fuertemente restrictivo en 1994-, se registrarán por la LOExIS, que adquiere así la función de servir de marco normativo general para la inmigración.

<sup>23</sup> Lo que no deja de ser una expresión más, aunque muy cualificada, de la renovada concepción actual del concepto contrario, el de la «exclusión social» de los colectivos más desfavorecidos de población activa. Un comentario en profundidad J. L. MONEREO PÉREZ-C. MOLINA. *El derecho a la renta de inserción*. Comares. Granada. 2000.

cho a una limitada asistencia jurídica gratuita, derecho a la asistencia sanitaria, derecho a servicios sociales básicos), excluyendo, como dijimos, los derechos colectivos, auténtico nudo gordiano de la enorme polémica sobre la ley <sup>24</sup>.

La comprensión del catálogo de derechos debe realizarse a la luz de dos novedades relativas en nuestro ordenamiento, una contemplada a modo de pórtico o cláusula de apertura de la posterior secuencia de derechos, el principio de igualdad de trato jurídico nacional (art. 3), otra a modo de cláusula de cierre de todo el sistema de derechos reconocido precedentemente, la prohibición de discriminación (art. 23). La incidencia de estos principios-derechos fundamentales sobre la extensión del estatuto jurídico-constitucional de derechos de las personas inmigrantes está, ciertamente, por explorar y sus consecuencias son impredecibles, pero en todo caso ya conviene evidenciar que su potencialidad creadora de nuevas posibilidades y destructora de viejos prejuicios es sin ninguna duda extraordinaria <sup>25</sup>.

Aunque por algún sector se ha querido establecer una diferencia sustancial entre la regulación del principio de igualdad de trato del artículo 3 en sus diferentes versiones, la originaria y la reformada, a nuestro juicio, independientemente de cuál haya querido ser la voluntad del legislador, lo cierto es que el cambio es más gramatical que sustancial. Del mismo modo que antes de la reforma no podía afirmarse un principio de igualdad de trato plena o absoluta, al margen de lo dispuesto en las leyes reguladoras en relación a la LO 4/2000, no obstante una ilusión óptica en contrario, tampoco ahora puede decirse que se haya abandonado la regla igualitaria. La tendencia marcada por la nueva ley en orden a la equiparación de derechos de los extranjeros con los españoles no puede discutirse y tiene efectos normativos importantes para definir el estatuto jurídico del extranjero en situación regular, sin que quepa lugar para interpretaciones desnaturalizadoras o peyorativas <sup>26</sup>.

<sup>24</sup> Lo que habrá de juzgarse a la luz de la evolución experimentada por la propia doctrina constitucional, que ha evidenciado un cambio en la línea de reforzar el principio de equiparación de trato, acorde con el contemporáneo Derecho Humanitario Internacional, con la consiguiente limitación de las facultades inicialmente abiertas al legislador ante la indefinición y abstracción del artículo 13.1 de la CE. *Vid.* resumen SsTCo. 116/1993, 242/1994, 95/2000. «Los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 de la CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 de la CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene), y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales».

<sup>25</sup> En último caso, no es más que una concreción de la jurisprudencia constitucional sobre la aplicabilidad del artículo 14 de la CE a los extranjeros, pese a ir únicamente referido a los españoles. *Vid.* STCo. 107/1984. Como es sabido, la jurisprudencia constitucional y ordinaria se ha decantado por identificar en el artículo 14 de la CE «... dos conceptos afines, pero diferenciados: el primero, incluido en el inciso inicial del precepto, se refiere al principio de igualdad de la ley, y hace relación al mandato de igualdad; el segundo se circunscribe a la prohibición de discriminaciones y su punto de mira es la eliminación de éstas en aquellos casos que implican una violación más cualificada de la igualdad en función del carácter particularmente rechazable del criterio de determinación aplicado». *Vid.* SsTS 17-5-2000; 18-9-2000; 23-1-2001.

<sup>26</sup> En definitiva, no hay diferencia en la práctica entre una regulación y otra, salvo la referida a la situación de los irregulares, pero la normativa de la versión originaria tampoco consagraba para éstos una igualdad plena, si bien su catálogo de derechos era, claro está, más amplio que el que poseen ahora. La culminación de este viraje, en una dirección más comprometida con la garantía constitucional de los derechos, pese a su «configuración legal», está en la STCo. 94/1993,

Su ejercicio viene condicionado por dos reglas que, en un plano estrictamente formal, carecen de auténtico contenido regulador, pues ya están en la propia CE, por lo que cabría calificar de superfluas, incluso inadecuadas, pues pueden inducir a confusión. Ahora bien, un análisis más apegado a la realidad evidencia no ya su valor simbólico y pedagógico, sino también su utilidad práctica, en cuanto que permite afirmar con mayor contundencia y claridad criterios interpretativos que, de otro modo, quizás pudiesen relativizarse en extremo por el intérprete por su carácter genérico.

Así, por un lado, el *respeto al standard mínimo internacional*, aun reflejando en vía legal una fuerza interpretativa ya afirmada en el artículo 10.2 CE, así como su efecto normativo directo en virtud del artículo 96 de la CE -en la versión originaria no expresado-, recuerda a los aplicadores de la norma la necesidad de llevar hasta sus últimas consecuencias la pertenencia de nuestro país a una comunidad jurídico-humanitaria más amplia<sup>27</sup>. Por otro lado, la prohibición de lesiones derivadas del ejercicio de la libertad de creencias, que recuerda a los poderes públicos la necesidad de luchar eficazmente contra cualquier práctica contraria a los derechos fundamentales, por mucho que se pueda alegar por los victimarios su adecuación a costumbres y creencias centenarias en su país<sup>28</sup>.

Como cláusula de cierre, el Capítulo IV del Título I, contempla un amplio elenco o listado de medidas antidiscriminatorias, en gran medida inspiradas por la preocupación actual por los brotes de xenofobia y racismo que ha vivido nuestro país, por ahora de forma sólo ocasional -El Ejido (Almería); Ca n'Anglada (Tarrasa)-, pero cuya reproducción en diferentes lugares comienza a cau-

---

al reconocer a los extranjeros un derecho literalmente sólo reconocido, por la CE, a españoles: la libertad de circulación ex artículo 19, apelando al criterio del artículo 10. 2 de la CE -standard internacional-. Más crítico es, sin embargo, F. BALAGUER CALLEJÓN. «Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas» (art. 3). En Aa.Vv. (Coord: Mercedes Moya). Comentario Sistemático... *op. cit.* pág. 479 y ss. Los argumentos que ofrece son, a nuestro juicio, muy discutibles.

<sup>27</sup> No por casualidad, la totalidad de los Recursos de Inconstitucionalidad ya planteados adoptan como eje fundamental de interpretación, para proponer la no conformidad constitucional de la exclusión de derechos colectivos a los inmigrantes que más lo necesitan, los que se encuentran en situación irregular, el parámetro de interpretación conforme a las normas internacionales. *Vid.* la página web ya varias veces referida del Colegio de Abogados de Zaragoza ([www.reicaz.es](http://www.reicaz.es)). Una crítica de la nueva redacción, si bien sobre bases no fácilmente comprensibles al margen de un exceso de voluntarismo, en Informe de la Subcomisión de Extranjería del CGAE acerca del proyecto de LO de reforma, pág. 6. Sigue esta crítica F. BALAGUER. *op. cit.* pág. 482.

<sup>28</sup> Por lo que el debido respeto a la regla del particularismo cultural localista (relativismo axiológico) no puede imponerse a exigencias elementales del universalismo de los derechos. Nos referimos, claro está, a la noticia surgida estos días en orden a la constatación en diversas zonas del territorio español de *prácticas de ablación del clítoris* a las niñas por sus propias madres con base en determinadas creencias o tradiciones, sin duda hoy inaceptables cualquiera que sea la razón cultural, social o personal a esgrimir. Una práctica de este tipo, ya constatada repetidos en nuestro país, debe merecer sin duda el mismo tratamiento de lesión prohibida y penalmente sancionable. Las iniciativas de médicos, policías, fiscales y jueces deben acompañarse, en todo caso, con la adecuada «actuación social mediante programas de educación y salud», como señalara el Delegado del Gobierno para la Inmigración. *Vid. El País, domingo, 6-5-2001, Sección Sociedad. También puede seguirse el problema en sus ediciones de los días 3, 4 y 5 del mismo mes. Vid. S. RAMAZANI. «La extranjería y el respeto de los derechos humanos». En M. CONTRERAS et alri (coords.). Nuevos escenarios y nuevos colectivos de los derechos Humanos. Zaragoza. 1998.*

sar alarma social. El conocimiento en estos días de abominables prácticas de explotación laboral que creíamos, al menos en los países occidentales desarrollados, definitivamente desterrados de sus sociedades y de sus pautas de comportamiento económico-empresarial y cultural, deja emerger al primer plano de la actualidad -Huelva, Murcia...- estas reglas de lucha por el derecho a la no discriminación en general, y a la no discriminación laboral en particular, reforzando los mandatos del artículo 14 de la CE y artículo 17 de la LET respecto de los extranjeros. Se reconoce, de esta manera, su eficacia horizontal, según una doctrina ya consolidada en la jurisprudencia constitucional (STCo. 177/1988) y ordinaria (STS 23-1-2001) <sup>29</sup>.

El actual artículo 23 de la LO 4/2000 -que habrá de interpretarse en relación con el artículo 54.1 c)-, sin duda uno de los más defectuosos en su redacción originaria (art. 21), pese a ser de los más importantes, pretende vedar o prohibir toda discriminación, directa o indirecta (SsTCo. 145/1991, 147/1995; 240/1999; SsTJCE 9-2-1999, *Caso Seymour-Smith y Laura Pérez*; 27-6-1999, *Caso Kowalska*), y cualesquiera que sea la faceta social en la que el extranjero se encuentre, incluida principalmente la esfera laboral, para la que no cabe matiz o diferenciación alguna respecto de los nacionales. No cabe, a nuestro juicio, extraer consecuencias excluyentes de la calificación de acto discriminatorio en atención a las limitaciones deducibles del apartado 1.º (cláusula general antidiscriminatoria) y del apartado 2.º (cláusulas particulares antidiscriminatorias).

Aunque algunas reformas de la versión originaria implican una clara mejora en su redacción técnica [se suprime la referencia al carácter injustificado del perjuicio, o el incomprensible inciso final de la letra e), apartado 2], otras no se comprenden fácilmente (exclusión de la referencia expresa al empresario), pero en cualquier caso no cabe atribuir ningún efecto restrictivo en su funcionamiento práctico. La obligada interpretación sistemática y teleológica, a la luz de la copiosa jurisprudencia del TCo. y el TJCE, así como el TEDH, si bien no siempre coincidentes, ayudarán a resolver los problemas aplicativos que esta deficitaria redacción, sólo parcialmente corregida, plantea para su comprensión y actuación <sup>30</sup>.

<sup>29</sup> Estas medidas vienen expresamente exigidas por múltiples compromisos internacionales asumidos por España, en particular en el marco de la Unión Europea. A este respecto, tras las Conclusiones de Tampere (1999), se ha adoptado la *Directiva del Consejo 2000/43/CE, 29 de junio, relativa a la igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico*. Un comentario crítico, quizás excesivamente pesimista, en A. RUBIO. «Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control». En Aa.Vv. (Coord: Mercedes Moya). *Comentarios... op. cit.* pág. 765 y ss.

<sup>30</sup> El recurso a normas orientadas en esta misma dirección prohibitiva, si bien en el marco del Derecho Comunitario, puede ser un útil criterio interpretativo. Así, por ejemplo, respecto a la superación de las dificultades probatorias respecto de las discriminaciones indirectas, tal y como se recoge en el punto 15 de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre -DO L 303, de 2 de diciembre-. Coincidimos, en todo caso, con quien critica este exceso de «reglamentismo» en la técnica legislativa empleada, que introduce una excesiva complejidad, confusión, e incluso una imagen injustificada de excepcionalidad, si bien no cabe, a nuestro juicio, levantar un juicio de sospecha tan intenso sobre las auténticas pretensiones del precepto como hace este sector doctrinal. *Vid.* A. RUBIO. *op. cit.* pág. 804. Un estudio general en C. SOLÉ. *Discriminación racial en el mercado de trabajo*. CES. Madrid. 1995.

## 2.2. Reconocimiento y condiciones de ejercicio de los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros en la nueva LOExIS.

De forma somera, realizaremos ahora un análisis de las principales novedades que presenta la reforma en la delimitación del referido estatuto de derechos atribuidos a los extranjeros. A tal fin seguiremos la siguiente clasificación, expresiva de la dimensión integral que en nuestros días asume el concepto de «ciudadanía», clave todavía para organizar el estatuto jurídico de derechos de las personas, sin perjuicio de reconocer la creciente importancia que este título, la condición de dignidad de la persona, readquiere en nuestros días <sup>31</sup>.

En el primer bloque de «derechos de ciudadanía», los *derechos de ciudadanía civil*, el legislador ha incorporado en primer lugar el **derecho a la identidad y a mantener la documentación** (art. 4). Aunque este derecho, que en realidad se muestra en toda su ambigüedad al funcionar como auténtico deber (deber de conservar la documentación), no encuentra un referente constitucional inmediato, es claro que para las personas inmigrantes, a diferencia de los nacionales, adquiere una importancia decisiva, en cuanto que reflejo de la posición jurídica del extranjero en nuestro territorio <sup>32</sup>.

**El derecho a la libertad de circulación y residencia** (art. 5). El reconocimiento de este derecho a los extranjeros no supone ninguna novedad relevante en el ordenamiento, aunque las consecuencias de este derecho han sido enormes para una racionalización y humanización del régimen de extranjería, en particular a través de una decidida jurisprudencia constitucional (SsTCo. 94/1993; 116/1993). No obstante, tiene significativos efectos, en la medida en que supone la introducción de mayores garantías, reforzadas con la aprobación de la reforma pues, aunque pueda resultar paradójico, con el cambio se precisan con mayor claridad las actuaciones y se fijan significativos límites <sup>33</sup>. De este modo, que no exista un derecho pleno de entrada o acceso (derecho a inmigrar), y que pueda ser expulsado, a diferencia de un nacional (derecho constitucional de configuración legal), no significa que el extranjero carezca de un derecho deambulatorio por el territorio, esto es, de una libertad de movimiento dentro del mismo, sin ser obstaculizado por poderes públicos o particulares (SsTCo. 94/93; 242/1994).

<sup>31</sup> Por todos L. FERRAJOLI. *Derechos y Garantías*. Trotta. 1999.

<sup>32</sup> Aunque no cabe identificar la condición de «indocumentado» con la de «ilegal» es clara la conexión, hasta el punto de que aquellos inmigrantes que carecen del derecho al ejercicio de un buen número de derechos de ciudadanía suelen ser aquellas personas extranjeras «sin papeles», lo que refleja el significado de la documentación como presupuesto formal para el ejercicio de tales derechos. De ahí su calificación como norma de rango orgánico, no obstante el carácter restrictivo de este concepto. Vid. SsTCo. 127/1994, 173/1998. Vid. M. M. ESQUEMBRE VALDÉS. «Artículo 4. Derecho a la documentación». En Aa.Vv. (dir: J. Asensi Sabater). *Comentarios a la Ley de Extranjería*. Edijus. Zaragoza. 2000; J. F. SÁNCHEZ BARRILAO. «El derecho-deber de los extranjeros a la documentación». En Aa.Vv. (coord: Mercedes Moya). *Comentarios... op. cit.* pág. 491 y ss; G. ESTEBAN DE LA ROSA. «Artículo 4. Derecho a la documentación». Aa.Vv. (dir: J. L. Monereo Pérez-C. Molina Navarrete-M. N. Moreno Vida). *Comentarios... op. cit.*

<sup>33</sup> El carácter excepcional y singularizado de las limitaciones por razones de seguridad pública obliga a una interpretación restrictiva.

Sin duda, en este mismo contexto de derechos de libertad, si bien con decisivos efectos en el objetivo de integración social, especial mención merece el reconocimiento del **derecho al reagrupamiento familiar** (arts.16-18), auténtica novedad de la LOExIS/2000, aunque se vincula al artículo 18.1 de la CE (derecho a la intimidad familiar y vida en familia), ahora objeto de importantes modificaciones, en sentido restrictivo. La vida en familia aparece, pues, como derecho fundamental «de configuración legal» del extranjero residente, entendiéndose como un derecho con dimensiones de desigual alcance.

El interés de los nuevos artículos 16-19 de la Ley de Extranjería se aprecia mejor si se contrasta su finalidad con el entramado completo de la nueva ley, que pretende, tras la reforma por LO 8/2000, «cerrar» las fronteras españolas a la entrada de los inmigrantes ilegales. La experiencia de países vecinos al nuestro enseña que todo proceso de cierre a la inmigración ha significado el aumento de las peticiones de reunificación de la familia, como consecuencia del temor que se crea en el extranjero que ha conseguido tener residencia legal en el país de destino de no poder volver a entrar si regresa a su país de procedencia. Por este motivo, los artículos 16-19 no sólo pueden considerarse una de las principales novedades de la reforma llevada a cabo con respecto a la regulación anterior (LO de 1 de julio de 1985 y el Reglamento de 1996), sino que plantearán abundantes cuestiones como consecuencia del previsible aumento de las peticiones de reagrupamiento familiar.

Por lo que respecta a los familiares reagrupables y procedimiento para la reagrupación, los artículos 16-19 de la LO 4/2000 sólo regulan el reagrupamiento de los familiares extranjeros (que se encuentran fuera del territorio español) de los extranjeros residentes en España. El derecho fundamental a la vida en familia corresponde al extranjero residente en el territorio español. La denegación del visado de residencia deberá ser motivada (art. 27, párr. 5.º). No obstante la ausencia de referencia legal expresa, el silencio de la Administración no tendrá carácter negativo sino positivo, puesto que la petición de permiso de residencia por reagrupamiento afecta a un derecho fundamental <sup>34</sup>.

El artículo 17 de la Ley de Extranjería utiliza un concepto de «familia nuclear» para determinar cuáles son los familiares que el extranjero residente tiene derecho a reagrupar en nuestro país: el cónyuge (uno sólo), los hijos del extranjero reagrupante (incluyendo los hijos adoptivos) así como los de su cónyuge, las personas que estén bajo la tutela del extranjero reagrupante y los ascendientes del reagrupante (y su cónyuge) <sup>35</sup>. Existe una práctica, que consiste en no permitir el reagrupa-

<sup>34</sup> En todo caso, en un plazo de dos años, el Gobierno habrá de adaptar las normas reguladoras de los procedimientos al sentido del silencio administrativo establecido por la nueva Ley (disp. adic. 1.ª). Por Real Decreto de 23 de abril de 1999 se creó la Comisión Interministerial de Simplificación Administrativa, encargada de realizar el desarrollo previsto (BOE de 7 de mayo y BOE de corr. de err., de 21 de mayo).

<sup>35</sup> Véase también la Resolución del Consejo, de 4 de diciembre de 1997, sobre medidas que deberán adoptarse en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos. *Cfr.* más extensamente, G. ESTEBAN DE LA ROSA. «Comentario al artículo 17 de la Ley de Extranjería», J. L. MONEREO PÉREZ-C. MOLINA NAVARRETE-M. N. MORENO. *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001, en prensa. En todos los casos será preciso «homologar» en España con carácter previo las situaciones constituidas al amparo de sistemas jurídicos extranjeros, que justifican las circunstancias en virtud de las que se pide el reagrupamiento (existencia y validez del matrimonio, disolución de uno anterior, condiciones en que se realizó la adopción, etc.), debiendo probarse también que el matrimonio del extranjero residente no se celebró en fraude de ley (Instrucción de la DGRN, de 9-1-1995).

miento de los ascendientes cuando tienen menos de 65 años, contraria al derecho fundamental del extranjero a la vida en familia, dado que la actual Ley de Extranjería sólo exige que los ascendientes del reagrupante (y de su cónyuge) dependan económicamente de él. Tal práctica podía justificarse antes de la entrada en vigor de la LO 4/2000, dado que el reagrupamiento familiar era sólo una facultad sometida a la potestad discrecional de la Administración, pero no en la actualidad.

En el segundo bloque, los *derechos de ciudadanía política*, el primero que recoge la LOExIS, objeto también de importantes reformas de signo restrictivo, si bien en gran medida pretenden un mejor ajuste a las previsiones constitucionales, es el **derecho de participación pública a través del derecho al sufragio en las elecciones municipales** (art. 6). Una vez superada la fase, propia del ordenamiento liberal, de reserva en exclusiva de los derechos de acción política en favor de los ciudadanos nacionales, paradigma de la lógica excluyente de la legislación de extranjería (primacía del principio de soberanía nacional), son ya numerosos los Estados que han reconocido a los extranjeros los derechos de sufragio, en particular en el ámbito que les resulta más próximo, el municipal o local. El derecho a la participación de los extranjeros en la vida de una comunidad, en la que residen de forma estable, a través de la admisión como votantes (sufragio activo) y elegibles (sufragio pasivo) en un proceso electoral, hoy plenamente coherente con el objetivo de la integración socio-económica del mismo en la sociedad de empleo y acogida, queda formulado *como una simple posibilidad* en el artículo 6 de la LOExIS <sup>36</sup>.

No obstante, el compromiso de los Estados de reconocer el sufragio activo y pasivo en las elecciones locales a los residentes extranjeros, siempre que reúnan determinados requisitos garantizadores de una convivencia estable en la correspondiente comunidad (Convenio sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local, firmado en el marco del Consejo de Europa en 1992, si bien no ratificado todavía por España), sólo los ciudadanos comunitarios tienen reconocido este derecho, aunque fue preciso incluso una reforma constitucional <sup>37</sup>. Sin embargo, la extensión de este derecho a todos los extranjeros que residan en nuestro país, sin un rígido condicionamiento a las exigencias de reciprocidad, se revela como una de las exigencias más notables para fomentar su inte-

<sup>36</sup> De conformidad con el artículo 6.1 «los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad, en los términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquellos». Esta exigencia de reciprocidad, presente en la CE, había desaparecido de la versión originaria. Un estudio detenido del proceso evolutivo en J. RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ. *Los derechos políticos de los extranjeros*. Madrid. Civitas. 1997; M. F. MASSÓ GARROTE. *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado Nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*. Colex. Madrid. 1997.

<sup>37</sup> Las condiciones de ejercicio del derecho de sufragio reconocido por el TCE se han desarrollado por la Directiva 94/80/CE, del Consejo, de 19 de diciembre, respecto de las elecciones municipales, y por la Directiva 93/109/CE, del Consejo, de 6 de diciembre, en relación con las elecciones al Parlamento Europeo. La primera se ha transpuesto mediante la LO 1/1997, de 30 de mayo, y la segunda mediante la LO 23/1994, de 30 de marzo. Este reconocimiento del derecho de sufragio activo y pasivo se extiende también a las ciudades de Ceuta y Melilla, tanto para comunitarios como para noruegos residentes en ellas, no obstante las dudas surgidas al respecto con motivo de las elecciones municipales celebradas en 1999. Vid. M. FRAILE ORTIZ. «Alcance del derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros residentes en las Ciudades de Ceuta y Melilla en las elecciones municipales». *Cuadernos de Derecho Público*. 2000.

gración efectiva, pues sólo con la participación en las elecciones periódicas puede impulsarse con mayor fuerza el tránsito de la fase de reconocimiento de los derechos a la fase de su ejercicio efectivo <sup>38</sup>.

La reforma, al introducir un rígido criterio de reciprocidad y excluir estas elecciones a representantes propios, limitando el derecho de los extranjeros residentes empadronados a un derecho de audiencia previa (derecho de participación ciudadana, no política de los extranjeros), ha restringido notoriamente este derecho, confirmando una vez más la erosión del objetivo de integración social que se recoge en el título de la LOExIS. No obstante, este planteamiento reductor no ha generado ninguna polémica en relación a su conformidad a la CE. El resto de las modificaciones, de alcance menor, no tienen más que un sentido meramente técnico, aclarando la nueva redacción que el Padrón municipal es único, incorporando también a los extranjeros residentes <sup>39</sup>, al tiempo que ha condicionado la obligación de facilitar -antes se hablaba de favorecer- la participación en los sufragios del país de origen al carácter «democrático» de los mismos, lo que por un lado parece obvio, pues este carácter resulta inherente a todo proceso electoral, pero por otro no deja de plantear problemas, pues esta expresión tiene diferente alcance en los distintos Estados.

Mucho más discutible, como evidencia el rosario de Recursos de Inconstitucionalidad planteados, ha sido la opción de política legislativa seguida en relación al establecimiento de las *condiciones de ejercicio* de los **derechos colectivos de los inmigrantes, tanto aquellos de expresión o comunicación directa e informal cuanto de aquéllos de expresión organizada, sindical o no**. Sin duda, estamos ante una de las manifestaciones más importantes de la orientación más que «conservadora» represiva de la que adolece el «nuevo» modelo regulador, más cercano al ordenamiento liberal del siglo XIX que al ordenamiento «social» del siglo XXI.

<sup>38</sup> El no reconocimiento del derecho de sufragio es una de las mayores incoherencias del ordenamiento jurídico basado en el principio democrático y en el principio de igualdad: personas sujetas al mismo ordenamiento jurídico, y que participen colectivamente en el mismo proceso de creación de riqueza, no pueden luego ser privadas del derecho a participar en la elección de quien establece las normas por las que se rigen por razones de nacionalidad. Actualmente, España ha celebrado Acuerdos o Convenios Bilaterales con Holanda, Dinamarca, Suecia, Noruega, adaptando la normativa electoral a tales tratados con la LO 8/1991, de 13 de marzo, con lo que se modificó el artículo 176 de la LOG 5/1985, del REG, para reconocer el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales a los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en dichas elecciones en los términos del Tratado. El carácter extremadamente restrictivo de esta política convencional en F. ESTEBAN DE LA ROSA. «Derechos de participación política...». Aa.Vv. (Mercedes Moya). *Comentarios... op. cit.* pág. 553 y ss.

<sup>39</sup> Las normas específicas relativas al empadronamiento de los extranjeros en municipios españoles se fijaron por la Resolución de la Subsecretaría del Ministerio de la Presidencia de 21 de julio de 1997 -BOE de 25 de julio-, por la que se aprueba la Resolución de 4 de julio de 1997, conjunta de la Presidencia del INE y del Director General de Cooperación Territorial, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre actualización del Padrón Municipal. Su naturaleza y funciones se recogen en la Ley 4/1996, de 10 de enero, que modificó la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local. Una auténtica mutación de esta utilidad, eminentemente estadística, pretendió la versión originaria de la LOExIS, si bien la reforma ha hecho retornar las aguas a su cauce, aunque no completamente (*vid.* art. 12 -derecho a la asistencia sanitaria-; art. 6. 2 -remisión al Derecho Local para la definición de un estatuto de vecindad para el extranjero, art. 18 de la LBRL, si bien exige la condición de «residente», lo que parece apuntar a su condición de «legal»-).

La exclusión, poco justificable desde un planteamiento mínimamente realista del problema inmigratorio, más allá de la cuestión jurídica relativa a su validez constitucional, de estos derechos de organización y acción colectiva a los inmigrantes en situación irregular, negando su autonomía colectiva como grupo de intereses socio-económicos con derecho a manifestar o expresar y defender, por medios lícitos, sus intereses legítimos a un futuro en el país de acogida, no pueden sino expresar un viejo recelo del Estado Liberal hacia el movimiento asociativo de los trabajadores. De este modo, sólo en el marco de un sistema jurídico basado en férreos controles frente a estos derechos de expresión, inherentes a la condición de sujeto colectivo de naturaleza reivindicativa, puede entenderse una exclusión tan radical que, sin embargo, una vez más como enseña la experiencia histórica del movimiento obrero, se revelará de todo punto ineficaz <sup>40</sup>.

Respecto de los **derechos de reunión y manifestación** en lugares de tránsito público (art. 7), nos encontramos ante dos modalidades diferentes de un derecho de expresión o comunicación de titularidad individual y ejercicio directo, aunque colectivo, esto es, mediante la acción concertada de un grupo de personas, a través de las cuales se pretende un objetivo específico, como es la definición de una concreta posición, opinión o actitud del grupo respecto de un tema de su interés unitario o común (interés colectivo o de grupo). En la indefinición de la CE, que no recurre a ningún criterio de imputación subjetiva de los mismos, limitándose a reconocerlos de forma «impersonal», la LOEx/1985, condicionó el ejercicio de estos derechos a la situación de presencia legal <sup>41</sup>. La versión originaria de la LOExIS, en cambio, reconoció estos derechos a todos los extranjeros, al margen de su situación administrativa, con el consiguiente efecto expansivo de la regulación de estos derechos, sin distinguir tampoco entre participación y promoción -lo que se mantiene tras la reforma- <sup>42</sup>.

La redacción reformada, sin embargo, ha vuelto en gran medida, aunque con una fórmula algo más sutil, al sistema vigente en la LOEx/1985, en cuanto se condiciona su ejercicio, no así su titularidad, a la obtención de una «autorización de estancia o residencia en España» (apartado 1). Lo mismo sucede respecto del **derecho de asociación** (art. 8). Precisamente, es esta exclusión genérica de todo el colectivo de inmigrantes en situación irregular respecto de todas las facetas de estos derechos de expresión o comunicación colectiva, ya mediante modalidades de concertación temporal, ya mediante modalidades de concertación organizada y vocación de permanencia, la que ha sido tachada por la inmensa mayoría de los analistas -con la excepción cualificada, aunque muy criticada, del Defensor del Pueblo- de «manifiestamente» inconstitucional. A nuestro juicio, sin embargo, la respuesta no es tan evidente como se quiere hacer ver de forma claramente interesada, en homenaje a una demagogia acusada en este tema, ni tampoco puede ser indiscriminada respecto de ambos

<sup>40</sup> Así lo constata claramente el propio CGPJ que, sin perjuicio de aceptar la legalidad constitucional de esta restricción, expresaba su temor a que con esta previsión legislativa se facilitaran «unas vías de actuación de los poderes públicos más proclives a las actuaciones de control que a las de integración». Vid. Informe al Anteproyecto de LO 8/2000, pág. 13.

<sup>41</sup> Tanto la participación, como la promoción de estas diferentes modalidades de reunión o concertación colectiva y temporal, al tiempo que requería la autorización administrativa para su celebración, requisito este último que fue declarado inconstitucional, no así el primero (STCo. 115/1987).

<sup>42</sup> Vid. LO 9/1983, que desarrolla el artículo 21 de la CE, suponiendo la anterior redacción una equiparación plena. De nuevo las críticas fueron a la redacción técnica, claramente defectuosa, no a su lógica reguladora, valorada positivamente. Vid. P. SANTOLAYA MACHETTI. «Art. 7». Aa.Vv. (coord: id.). *Comentarios...* Lex Nova. 2000. pág. 71.

tipos de derechos, pues la manifestación más primaria del derecho a la expresión o comunicación es, sin duda, la libertad de expresión, mientras que los derechos contemplados en los artículos 7 y 8 presuponen una mínima relación, adecuadamente formalizada, con el Estado en el que lo ejercen <sup>43</sup>.

La inoportunidad y sinrazón de esta exclusión, más allá de motivos puramente formales (coherencia del ordenamiento administrativo) y de un exceso de la lógica de orden público, se ve más claramente en relación a la exclusión de los denominados **derechos sindicales**: los de libertad sindical y huelga (art. 11 de la LOExIS) <sup>44</sup>. No obstante, respecto de estos derechos, la validez de la opción legislativa resulta más dudosa en el plano jurídico, no sólo en el plano de la observación sociológica, pues la titularidad de estos derechos, que no son propiamente de las personas en cuanto tales, sino de las personas trabajadoras, potenciales o actuales, se vincula histórica y normativamente a conceptos sustanciales no puramente formales o administrativos.

En efecto, **el derecho a la libertad sindical** (art. 11.1), también es sometido en la nueva redacción a la obtención, por parte de los trabajadores extranjeros que pretendan desarrollar una actividad por cuenta ajena -o ya la hayan desarrollado (trabajadores inactuales)-, de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España, mientras que el **derecho a la huelga** (art. 11.2), requiere la autorización para trabajar. Esta diferencia en las condiciones de ejercicio es lógica si se tiene en cuenta que, a tenor de la LOLS, la libertad sindical subjetiva -sí la objetiva o constitutiva- no se vincula a la existencia de un contrato de trabajo necesariamente -ej. desempleados; jubilados...- (art. 28.1 de la CE), mientras que el derecho de huelga sí requiere el carácter actual del contrato (art. 28.2 de la CE) <sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Sólo el primero, la libertad de expresión, y no los otros, el derecho de reunión y el derecho de asociación, puede entenderse verdaderamente como inherente a la dignidad de la persona humana, siendo estos últimos expresivos de la clásica categoría de derechos de «ciudadanía política». Acepta la legitimidad constitucional B. VARELA AUTRÁN. «La inmigración desde una perspectiva social y jurídica». En *Doctrina y Jurisprudencia*. Revista Editada por Leynfor. Siglo XXI. n. 9. 2001, siguiendo la opinión del voto particular de la STCo. 115/1987. Ciertamente, una restricción tan drástica como la introducida en la LOExIS quizás se revele como desproporcionada. En este sentido, nos parece razonable y honesta la posición de quienes sostienen que, «al margen de las subjetivas preferencias que cada cual pueda sustentar al respecto, es lo cierto que la vigente redacción del artículo 8 parece adecuarse a la literalidad de la doctrina expuesta por el Tribunal Constitucional(...)». Lo que, sin embargo, «no es óbice para dejar aquí expresa constancia de la inoportunidad del planteamiento de la LOExIS en este punto. Por la naturaleza misma de las cosas, el derecho de asociación no es ni ha sido nunca un problema trascendente...». Vid. M. ANGULO. «Derecho de Asociación». En Aa.Vv. (Coord: Mercedes Moya). *Comentario sistemático... op. cit.* pág. 602-603.

<sup>44</sup> Como se sabe, la anterior redacción del artículo 11, introdujo dos modificaciones sustanciales en la restrictiva regulación de la LOEx/1985 en este punto: suprimió la necesidad de estancia legal en España como requisito para el reconocimiento de los derechos de libertad sindical y huelga, al tiempo que eliminaba la necesidad de que los sindicatos de elección fuesen necesariamente españoles, permitiendo la creación de sindicatos exclusivamente para trabajadores extranjeros, antes prohibidos, debiéndose reconducir tal actividad hacia el derecho general de asociación. El objetivo integrador aparece claramente aquí. Vid. para la situación precedente C. POLO SÁNCHEZ. *Derechos fundamentales y libertades públicas de los trabajadores extranjeros en España*. CES. Madrid. 1994; M. RAMOS QUINTANA. *El trabajo de los extranjeros en España*. Madrid. Tecnos. 1989.

<sup>45</sup> Vid. por todos J. VIDA SORIA-A. GALLEGO. «Derechos sindicales y de huelga. Comentario al artículo 28 de la Constitución». Aa.Vv. (dir: O. Alzaga). *Comentarios a las leyes políticas*. Edersa. 2.ª Edición. 1998. Como se recordará, el artículo 2 del Convenio 87 OIT reconoce que los «trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen derecho de constituir las organizaciones que estimen conveniente, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas». Por su parte, el artículo 8. 3 del PIDESC de la ONU excluye el recurso a la facultad de introducir restricciones previstas en el artículo 8. 1 a) -protección de la seguridad nacional y el orden público-, con vista a menos-

Ahora bien, la auténtica clave de lectura de esta restricción, en orden a valorar su adecuación a la norma constitucional, en su interpretación conforme al Derecho Sindical Internacional, reside en comprender que el concepto de trabajador que usa la LOExIS a efectos de delimitar los derechos sindicales no puede ser, en coherencia con su artículo 3, más que el delimitado en el Derecho Sindical que, como se sabe, no coincide con el válido a efectos de fijar la norma aplicable en las relaciones individuales de trabajo (art. 10.1 de la LOExIS). El primado del plano de observación sociológica (concepto socio-económico de trabajador) sobre el meramente formal es ahora ya, a tenor del estadio evolutivo del Derecho Sindical, un dato adquirido y no discutido. Ni la nacionalidad ni la regularidad de su situación administrativa pueden ser, a la luz del ordenamiento jurídico vigente, elementos relevantes para excluir a una persona que efectivamente presta actividad por cuenta ajena del derecho de huelga ni tampoco de la libertad sindical, en este caso incluso aunque carezca actualmente de actividad <sup>46</sup>.

Por tanto, a nuestro juicio, y a diferencia de lo sostenido respecto de los artículos 7 y 8, *la exigencia de autorización previa, bien de estancia o residencia, bien para trabajar, no se ajusta al artículo 28 de la CE, además de revelarse como una exclusión absolutamente ineficaz e impracticable* <sup>47</sup>. En refuerzo de esta argumentación debe tenerse en cuenta que, incluso con la versión actual de la LOExIS, la falta de permiso de trabajo no determina necesariamente la nulidad del contrato, frente a lo que venía entendiéndose de forma mayoritaria bajo la vigencia de la LOEx/1985, según una interpretación posible, aunque discutible, del artículo 36.3 de la LOExIS <sup>48</sup>.

Finalmente, por lo que atañe a *los derechos de ciudadanía social*, conviene reseñar el notable avance que supone la nueva ordenación respecto de la regulación de la LOEx/1985, parcialmente corregida con el RELOEx/1996, si bien también en este punto, en lo concerniente a los colectivos de inmigrantes más vulnerables, aquellos en situación irregular, la reforma ha tenido un efecto restrictivo. El primero de estos derechos reconocido en la LOExIS es **el derecho a la educación de los inmigrantes** (art. 9), derecho «inherente a la dignidad humana» donde los haya, si bien no en todas sus dimensiones, lo que significa, por un lado, cerrar la vía a una exclusión legislativa en los nive-

---

cabar el derecho de libertad sindical, pues «nada de lo dispuesto en este artículo autorizará a los Estados partes en el Convenio de la OIT de 1948, relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación a adoptar medidas legislativas que menoscaben las garantías previstas en dicho Convenio o a aplicar la ley en forma que menoscabe dichas garantías».

<sup>46</sup> Esta pluralidad normativa en la delimitación del concepto de trabajador, como centro de imputación subjetiva de derechos y obligaciones, aparece claramente expresada en el Derecho Interno, Internacional y Comunitario, como consecuencia del «desbordamiento social» del concepto tradicional y la diversificación funcional de sectores normativos en el seno del clásico Derecho Social del Trabajo. Vid. L. E. DE LA VILLA. «El concepto de trabajador (En torno al art. 1.1)». *REDT*. n. 100. 2000. pág. 37 y ss.

<sup>47</sup> Coincidimos en el planteamiento, no siempre en toda la argumentación, con S. OLARTE. «Derechos colectivos de los trabajadores». Aa.Vv. (coord: Mercedes Moya). *Comentarios... op. cit.* p. 435 y ss. En este caso, el reclamo a la normativa internacional resulta especialmente significativo. Vid. STCo. 36/1991.

<sup>48</sup> En contra, aunque sin excesiva argumentación respecto de la regulación aportada tras la LOExIS, vid. M. RAMOS, para quien la construcción jurisprudencial sobre la nulidad «se mantiene intacta en la nueva Ley Orgánica 4/2000». Vid. «Trabajadores extranjeros e integración social». *TL*. n. 54. pág. 54.

les «básicos», por otro, en los niveles «complementarios», abrir el campo a la libertad de modulación del legislador en atención a la condición nacional -y comunitaria- o no de la persona, siempre que sean razonables.

Aunque a través de una técnica legislativa defectuosa, incluso de dudosa legalidad, nuestra legislación de extranjería recogía ya desde el RELOEx/1996 el acervo internacional en esta materia, confirmado y consolidado con la versión originaria de la nueva LOExIS. Esta vocación de reconocimiento y ejercicio universales del derecho, con la dudosa excepción del nivel de enseñanza no obligatorio (formación profesional y educación superior), ha sido consolidada tras la reforma por la LO 8/2000, que ha respetado sustancialmente la regulación de la versión originaria consolidando, como no podía ser de otra manera, el rango legislativo de esta materia <sup>49</sup>. La aplicación de la cláusula de cierre del artículo 21, relativo a la prohibición de toda discriminación basada en criterios de raza, color u origen nacional, permitirá combatir con eficacia algunas conductas de segregación (prácticas de «guetización») escolar hoy realizadas por determinados centros en el momento de la admisión de niños inmigrantes, sancionables sin embargo como infracciones muy graves (art. 54.1). Ahora bien, ni la versión originaria ni la versión reformada afrontan el verdadero problema del derecho a la educación, que no se centra en su reconocimiento de la igualdad en las condiciones de acceso, al menos respecto del nivel básico y gratuito, sino en la fijación de adecuadas garantías de efectividad <sup>50</sup>.

En lo concerniente al **derecho al trabajo y a la Seguridad Social «de tipo profesional»** (art. 10), ha sido tradicional en la regulación del régimen del trabajador extranjero la distinción entre las condiciones de acceso al empleo y el disfrute de las condiciones de trabajo, una vez contratado legalmente. Mientras en el primer plano, el acceso al empleo, no existe un derecho a la igualdad de trato nacional, sino al contrario una preferencia de éste respecto del extranjero, que precisa una autorización para trabajar, en el segundo, el principio es justo el contrario, la derivación de una radical prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad del principio de igualdad de trato consagrado en la Constitución, en las normas internacionales y en las normas infraconstitucionales (art. 17 de la LET en relación con el art. 14 de la CE) <sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Para la educación como una de las principales líneas de acción para la integración social de los inmigrantes *vid.* Consejo Escolar de Navarra. *La atención a la diversidad. La escuela intercultural*. XI Encuentros de Consejos Escolares Autonómicos y del Estado. Pamplona. Mayo. 2000. La exclusión del acceso a la enseñanza no obligatoria puede producir un importante problema social, en cuanto que la realización de estudios de formación profesional por un inmigrante en situación irregular no se vería culminada con la obtención del correspondiente título oficial, con el agravamiento de las posibilidades de inserción socio-ocupacional.

<sup>50</sup> Las concretas circunstancias socio-económicas, culturales y personales de cada inmigrante beneficiario representan una barrera «fáctica» para el disfrute del derecho, por lo que no basta con reconocer una igualdad formal, hay que establecer medidas correctoras capaces de compensar las dificultades específicas que acompañan a buena parte de estos inmigrantes -como a otras personas de nacionalidad española-. Un amplio estudio en G. CÁMARA. «El derecho a la educación de los extranjeros en España». Aa.Vv. (Coord: Mercedes Moya). *Comentarios... op. cit.* pág. 605 y ss.

<sup>51</sup> Esta configuración legal del derecho al trabajo, no desvinculada de garantías constitucionales, es una doctrina ya clásica, *vid.* SsTCo. 107/1984; 150/1994. En el ámbito internacional se han ido superando progresivamente las limitaciones aplicativas de esta prohibición, reducida originariamente a las condiciones mínimas de trabajo impuestas por la legislación estatal (ej. *Convenio n. 97* de la OIT relativo a los trabajadores migrantes, ratificado por España), para abarcar la

Pues bien, tanto en su versión originaria como en su versión actual o reformada, si bien con algunas modificaciones en la redacción, que asumen más el sentido de una aclaración técnica que efectivamente restrictivo del ámbito subjetivo respecto de la versión inicial -como ya dijimos en general respecto del artículo 3.1 de la Ley no creemos que, respecto del artículo 10.1, la nueva redacción suponga una suerte de «degradación» de los derechos reconocidos a los extranjeros en situación legal-, la LOExIS mantiene este esquema clásico. Pero ahora lo formula de una manera expresa y directa en términos de reconocimiento de un derecho subjetivo al trabajo, a diferencia del artículo 15 LOEx/1985 y RELOEx/1996, naturalmente cuando concurren los presupuestos legalmente establecidos: autorización de acceso al territorio y trabajo. Así, reconoce *el derecho a ejercer una actividad remunerada* por cuenta propia o ajena, en igualdad de condiciones que un trabajador nacional, una vez se han obtenido los correspondientes permisos de entrada y permanencia (art. 10.1), que se ve reforzado por la prohibición de discriminación ex artículo 23.2 c) de la LOExIS, así como por el artículo 31.4 para los extranjeros en situación de residencia permanente <sup>52</sup>.

En la medida en que, de conformidad con el ordenamiento vigente, tanto nacional como internacional y comunitario, no cabe discriminación alguna del trabajador extranjero *en el empleo*, esto es durante el desarrollo de la prestación, la cuestión básica se centra hoy en la tendencia hacia una igualdad de trato nacional respecto del *acceso al empleo*, aspecto en el que vienen manteniéndose mayores resistencias legislativas por los Estados de empleo y acogida. A este respecto, debe tenerse en cuenta, en el plano socio-económico, la creciente debilidad del tradicional fundamento proteccionista de esta desigualdad de trato, la situación nacional del mercado de trabajo (sistema de preferencia de la mano de obra ya residente en nuestro mercado), ahora parece apuntar en la dirección contraria, facilitar el acceso al mercado de extranjeros ante la situación, paradójica, de falta de cobertura de la oferta de empleo por la demanda de empleo nacional -y comunitaria-. Se están creando las condiciones, aunque muy progresivamente, tanto en el plano socio-económico y de política del derecho, como en el plano técnico o normativo, para un proceso de convergencia en el tratamiento jurídico de ambos momentos, el previo y el posterior, al empleo <sup>53</sup>.

---

prohibición a cualquier acto o decisión incidente en las condiciones de trabajo, ya sean legislativas o reglamentarias, ya convencionales, individuales o colectivas, ya unilaterales del empresario. De interés también *Convenio n. 111 de la OIT*, igualmente ratificado, sobre discriminación en materia de empleo y ocupación. *Vid.* también *Convenio sobre los trabajadores migrantes n. 143 de la OIT (1975)*, no ratificado por España, que responde a la necesidad de acabar con una generalizada práctica discriminatoria en un amplio número de países, donde se constatan unas condiciones, sobre todo salariales, notoriamente inferiores al mismo trabajo realizado por los nacionales. En la misma dirección el *Convenio sobre el Estatuto Jurídico del Trabajador Migrante*, Estrasburgo 1977. En el marco del Derecho Comunitario, si bien aplicable a nacionales de Terceros Estados, Directiva 2000/43/CE (DOCE de 19 de julio), relativa al principio de igualdad de trato independientemente de su origen racial o étnico.

<sup>52</sup> Repárese en la mayor amplitud respecto del artículo 35 de la CE, al menos en su interpretación constitucional (STCo. 229/1999). Ampliamente R. SASTRE IBARRECHE. *El derecho al trabajo*. Trotta. 1996. En todo caso, la remisión legislativa a los requisitos previstos no sólo en la LO sino también «en las disposiciones que la desarrollen» debe entenderse en su justo sentido, esto es, no hay más requisitos que los fijados en la propia LO, si bien su concreción -ej. tipos o modalidades de permiso- se llevará a cabo por el Reglamento de Ejecución, como por lo demás viene sucediendo tradicionalmente. Un requisito diferente, o una regulación más restrictiva, sería ilegal por *ultra vires*, sin que quepa interpretar una suerte de *deslegalización parcial en favor de la fijación reglamentaria de estos presupuestos*.

<sup>53</sup> En esta dirección, no obstante sus limitaciones a estos efectos, la *Directiva 2000/78/CE, del Consejo, de 27 de noviembre*, sobre el establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, aunque el punto 12 excluye que la prohibición antidiscriminatoria afecte a las disposiciones que regulan la entrada y la residencia de los

Precisamente, una dimensión concreta de esta recepción extensiva de la igualdad, aunque relativa, de acceso al empleo la encontramos en el apartado 2 del artículo 10 de la LOExIS, que reconoce el derecho de los extranjeros, eso sí, «residentes», a acceder al empleo público (mediante concurso en ofertas públicas de empleo o inscripción en las polémicas «bolsas de trabajo») como personal laboral (art. 15.1 de la Ley 30/84), lo que supone una afirmación directa y general de un derecho antes dispersa y confusamente recogido. Entre otras consecuencias positivas estará la ilegalidad de la exigencia de nacionalidad española para ser personal laboral al servicio de la Administración militar (RD 2205/1980), ya no exigida respecto de los comunitarios y, a partir de la entrada en vigor de la LOExIS, tampoco para los extranjeros no comunitarios<sup>54</sup>. Ahora bien, una aplicación más flexible y evolutiva (de conformidad con la realidad social a la que ha de aplicarse la norma ex artículo 3.1 del Cc), de la cláusula particular antidiscriminatoria ex artículo 23.2 c), en relación con el artículo 3.1 de la LOExIS, *puede tener efectos mucho más incisivos en el ordenamiento vigente, declarando de lege data ilegales, en virtud del principio de jerarquía, ya derogadas, de conformidad con el principio de modernidad, cláusulas restrictivas del acceso al empleo en atención a la nacionalidad, pese a tener la condición de hallarse o residir legalmente*<sup>55</sup>.

Por lo que respecta a la Seguridad Social, el mismo párrafo 1.º del artículo 10 reconoce, para todos aquellos extranjeros que reúnan los requisitos previstos en la Ley, el derecho a acceder al Sistema de Seguridad Social, en los mismos términos que los españoles, tal y como se desprende de su inciso final, aunque pueda resultar equívoco («de conformidad con la legislación vigente»). Una interpretación sistemática de este precepto podría avalar la tesis según la cual aquí sólo se contempla el «subsistema contributivo» o «derecho a la seguridad social profesional» (la prestación de servicios como título de acceso al derecho), remitiendo el reconocimiento del derecho a la Seguridad Social no contributiva al artículo 14 de la LOExIS (la condición de residente o la dignidad humana como títulos de acceso), según el mismo esquema dual seguido por el artículo 7 de la LGSS.

Pero otra interpretación literal de ambos preceptos permite igualmente un entendimiento diferente, de modo que en el artículo 14.1 no fuese sino una reiteración, ciertamente innecesaria y confusa, del artículo 10.1 en relación a los «trabajadores», incluso a otros extranjeros en situación de

---

nacionales de terceros Estados y su acceso al empleo. El artículo 23.2 c) de la LOExIS considera discriminatorios todos aquellos actos que «impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo...».

<sup>54</sup> Vid. M. D. GARCÍA VALVERDE, Comares. 2000.

<sup>55</sup> Aunque no es posible entrar en un análisis pormenorizado, que requiere un trabajo exhaustivo, sí queremos mencionar algunas de estas reglas restrictivas que podrían ser declaradas ilegales o, cuando se trate de disposiciones legislativas, derogadas en virtud del principio de modernidad. Así, en el primer caso, estaría la exigencia de un número limitado de extranjeros en el deporte profesional (cupos de extranjeros de los clubes profesionales), generalizando la solución ya alcanzada por los Tribunales en relación a los denominados «comunitarios B», y tal y como se ha admitido ya en Italia, sin que la previsión convencional en contrario pueda ser argumento suficiente. Vid. M. CARDENAL-J. A. BUENDÍA. «A raíz de los comunitarios "B": Algunas reflexiones sobre extranjería y deporte profesional». *La Ley*. n. 5367. 14-3-2001. En segundo lugar, la técnica derogatoria, podría utilizarse en relación al acceso de los extranjeros residentes también a los puestos de empleo público mediante relación funcional -o estatutaria-, en los mismos términos que los comunitarios (vid. Ley 17/1993, de 23 de diciembre, en la versión dada por el art. 37.1 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre), pese a que éstos no han sido incluidos expresamente por el artículo 10.2. Vid. G. ESTEBAN-C. MOLINA. *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*. Comares. 2001.

estancia o residencia <sup>56</sup>. Que el artículo 14 refiera genéricamente a los residentes -criterio atributivo de las prestaciones no contributivas-, sin expresar la condición de trabajador -criterio atributivo de las contributivas-, no debe llevar a ninguna diferencia en el ámbito de la práctica. A este respecto, sabido es que tampoco en el marco del Derecho de la Seguridad el concepto de trabajador se entiende estrictamente en relación a los activos <sup>57</sup>.

La protección frente a situaciones de necesidad generadas por el «hecho social» del trabajo de la persona inmigrante en un determinado país extranjero ha quedado, tradicionalmente, en un segundo plano, entre otras razones, por la dimensión eminentemente prestacional de este derecho. Precisamente por esta exigencia de comportamientos positivos del Estado, tradicionalmente se ha sujetado el acceso a su protección a la concurrencia de títulos atributivos que presuponen una vinculación estable con el Estado que organiza dicho sistema: bien la condición de trabajador, en los sistemas contributivo-profesionales, bien la «ciudadanía», en los sistemas tendencialmente universalistas. Ambas razones permiten explicar, pese a la difundida configuración en los textos del Derecho Humanitario Internacional del acceso a las prestaciones de Seguridad Social como derecho inherente a la persona, las fuertes resistencias de los ordenamientos nacionales a superar la regla de reserva de la protección social a los nacionales, más allá del clásico principio de reciprocidad, según una lógica inspiradora de la primera etapa de regulación internacional, mediante Convenios Internacionales Bilaterales, de esta materia <sup>58</sup>.

En un contexto normativo en que los trabajadores extranjeros en situación regular quedaban sujetos, respecto de las relaciones de afiliación y protección a la Seguridad Social española, pero la conservación de derechos adquiridos o en curso de adquisición, se vinculaban a la existencia de un Convenio Internacional directamente aplicable -o presunción judicial de reciprocidad con prueba en contrario por parte de la Entidad Gestora-, la Ley 13/1996, sobre MFAOS, modificaba el artículo 7.1 de la LGSS. A partir de esta fecha nuestro sistema incorporaba como titulares de los derechos de prestación, en su modalidad contributiva, a:

---

<sup>56</sup> Como por ejemplo los estudiantes. En este sentido puede verse la Circular n. 5/2000, de 27 de abril, que incluye en el ámbito del Seguro Escolar -Subsistema Contributivo- a los estudiantes extranjeros residentes en España, en virtud del artículo 14 de la LOEXIS, pero que también puede contemplar esta situación el artículo 10.1 LOEXIS, en términos análogos al artículo 7.1 de la LGSS. El «despiece» del sistema prestacional de la Seguridad Social encontraría, por otro lado, manifestación en el propio artículo 12 de la LOEXIS, que ha optado por diferenciar el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, no obstante su inclusión en el artículo 38 de la LGSS.

<sup>57</sup> Sin perjuicio de reconocer que la nueva redacción puede llevar a una cierta contradicción entre ambos preceptos: el artículo 14 reconoce directamente el derecho de igualdad de trato de los extranjeros con los españoles sólo a condición de tener residencia legal, mientras que el artículo 10 exige también la autorización para trabajar. Lo que podría interpretarse como exclusión de los residentes no autorizados para trabajar y los inmigrantes irregulares. La concordancia práctica ha de hacerse atendiendo a los requisitos fijados en las diferentes prestaciones, unas vinculadas directamente a la relación de trabajo, otras que exigen también, por su maduración en el tiempo, la condición de residencia prolongada en el tiempo, sin atender a la condición de nacional o extranjero.

<sup>58</sup> Vid. M. VOIRIN. «La sécurité sociale des migrants et les droits de l'homme». *RTDE*. 1968. Para la progresiva superación de las reservas de protección nacional en aras de la tutela de «todas» las personas que trabajan en su territorio vid. I. GARCÍA RODRÍGUEZ. *Aspectos internacionales de la Seguridad Social*. Madrid. 1991.

«los extranjeros que residan y se encuentren legalmente en España, siempre que en ambos supuestos ejerzan su actividad en el territorio nacional»<sup>59</sup>.

La residencia legal en España se configura, así, como el presupuesto para la igualdad de trato entre trabajadores, con excepción, si bien discutida, de la tutela en caso de accidentes de trabajo o enfermedad profesional. Ahora bien, esta regla de tratamiento paritario o equiparadora tenía una importante excepción: las prestaciones no contributivas, excepción hecha del nivel asistencial de las prestaciones por desempleo<sup>60</sup>. El nuevo artículo 7.5 de la LGSS limitaba el acceso a este tipo de prestaciones tan sólo a determinados colectivos de inmigrantes caracterizados por su especial vinculación histórica con nuestro país, como sucede con «hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en territorio nacional», remitiendo la protección de los nacionales de otros países a lo dispuesto en los instrumentos internacionales ratificados o en virtud de reciprocidad tácita o expresa<sup>61</sup>.

La LO 4/2000 introducía en esta cuestión importantísimas novedades en su regulación que, en lo sustancial, y por encima de los cambios de redacción, han de entenderse subsistentes tras la LO 8/2000, manteniendo todos los avances de relieve conseguidos por la versión originaria -repárese en que el artículo 14 no ha sido modificado-. En este sentido, la nueva redacción del artículo 10.1, al limitar el acceso al sistema sólo a «los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen», no produce ninguna exclusión de los inmigrantes en situación irregular que no existiese ya con anterioridad, en la versión originaria. No obstante, el cambio de redacción del artículo 10.1 de la LO 4/2000 y la pésima técnica legislativa utilizada en el artículo 14 de esta misma Ley, no deja de plantear problemas de relevancia en orden a su coordinación, si bien perfectamente salvables en vía interpretativa, siguiendo criterios sistemáticos y teleológicos, por encima de la confusión conceptual que evidencia.

La igualdad de trato con los trabajadores nacionales se afirma con rotundidad para los trabajadores extranjeros «residentes», por lo que ha de entenderse derogado, por incompatibilidad sobrevenida, el artículo 7.5 de la LGSS, de modo que ya no cabe posibilidad alguna de establecer reservas en atención a la nacionalidad para las prestaciones no contributivas. En confirmación de esta

<sup>59</sup> La inscripción en la Seguridad Social ha venido siendo un requisito exigible con carácter general para la obtención del permiso de trabajo, si bien la práctica evidencia la existencia de altas en la Seguridad Social sin comprobación de la regularidad de la situación del trabajador extranjero. *Vid.* M. TARABANI-CASTELLANI. «La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales...». *AL*. 1998. pág. 735.

<sup>60</sup> El acceso a las prestaciones por desempleo ha constituido, como se sabe, uno de los escenarios donde se ha planteado mayor conflictividad, dando lugar a una abundante jurisprudencia de los Tribunales, incluido el TCo, cuya doctrina avanzada se ha recibido luego por los diferentes textos normativos. *Vid.* S. OLARTE ENCABO. «La protección por desempleo de los trabajadores extranjeros en el sistema español de Seguridad Social». *AL*. 1993. pág. 568 y ss.

<sup>61</sup> *Vid.* M. PLANAS GÓMEZ-M. PLANAS MARTÍNEZ. «Pensiones no contributivas: jubilación e invalidez, acceso a extranjeros». *Tribuna Social*. n. 64. pág. 85 y ss. Habría que añadir a los ecuatoguineanos, y a trabajadores y familiares provenientes de Argelia, Marruecos, Túnez y Turquía, en atención a los Acuerdos de Cooperación suscritos entre la Comunidad Europea y los Estados referidos, posteriormente recogidos en los Reglamentos CEE, 2210 a 2212 de 1978, en relación a los 3 primeros, y el Acuerdo de Asociación en el último. *Vid.* STJCE, 5-5-1999, Asunto C-262/1996.

afirmación el artículo 38.3 c) de la LO 4/2000, reconoce el derecho a la renovación del permiso de trabajo al extranjero beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a su inserción social y laboral, por lo que se abre el acceso al nivel de protección por desempleo, así como a los subsidios o rentas activas de inserción (aunque sus efectos serán limitados dados los requisitos de edad)<sup>62</sup>. También cabe entender incluido el nivel complementario, en particular los planes y fondos de pensiones en el sistema de empleo, tanto por imperativo comunitario, constitucional y legislativo<sup>63</sup>.

El apartado 2 del artículo 14, en el marco del **derecho a las prestaciones de asistencia y servicios sociales**, reconoce a los extranjeros residentes el derecho «a los servicios y prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles». De este modo, el precepto, sin la debida precisión normativa y técnica, parece querer dar a entender que está recogiendo no sólo el derecho a acceder a la asistencia social y servicios sociales (Derecho de Acción o Ayuda Social) interno al Sistema (art. 14.1), sino también *externo* a la Seguridad Social (art. 14.2).

En este marco se entendería fundamentalmente recogida la acción social de las Comunidades Autónomas, si bien la falta de precisión permite su extensión a todos los servicios y prestaciones sociales existentes en nuestro territorio, incluidos los de carácter estatal y también locales. Debe recordarse que el título atributivo no es la relación de trabajo, sino la de «ciudadano», lo que requiere por lo general la condición de residente legal, cualesquiera que sean los motivos de la misma. Ahora bien, dada la inherencia de esta prestación a la dignidad de la persona, el artículo 14.3 de la LO 4/2000, inmodificado, reconoce también el acceso a una red de tutela o cobertura mínima también a los inmigrantes irregulares, si bien limitada a «servicios y prestaciones sociales básicas», cuyo catálogo y administración competente para prestarlo se omite<sup>64</sup>.

<sup>62</sup> Más importante será el acceso a las rentas de inserción autonómicas independientemente de lo que disponga la legislación específica de la C. A., y puesto que se discute su naturaleza, como de Seguridad Social o exclusivamente asistencial, lo que no deja de plantear problemas. *Vid.* nuestro trabajo con J. L. MONEREO. *Las rentas de inserción... op. cit. pasim.*

<sup>63</sup> La equiparación plena no es sólo exigencia del principio de igualdad de trato sino que, incluso, expresa un imperativo de protección de los propios trabajadores nacionales, pues la diferencia de trato supone una reducción de cargas sociales para los empresarios que introduce, en vía de hecho, una preferencia de los trabajadores extranjeros en el mercado de trabajo nacional, fomentando prácticas de *dumping social*. La igualdad implica la propia responsabilidad empresarial en orden a las prestaciones en caso de incumplimiento de sus obligaciones de cotización y alta. En todo caso, afecta a la aplicación de las normas internas pero no sirve, por sí misma, para totalizar, prorratear o exportar prestaciones, al margen de lo que establezca el correspondiente Convenio. *Vid.* J. C. ÁLVAREZ CORTÉS. «Los beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería». *RL*. 2001.

<sup>64</sup> Una previsión que plantea múltiples problemas, conceptual, competencial y de financiación. No obstante, el *Plan Concertado de Prestaciones Básicas de Servicios Sociales de las Corporaciones Locales* nos puede poner de relieve cuál será la vía adecuada, tal y como confirma el reciente Acuerdo del Consejo de Ministros, de 18 de febrero de 2000, de distribución territorial de créditos para subvencionar, entre otros, estos servicios sociales básicos (Resolución SGT MTAS 22-2-2000 publicada en BOE 7-3-2000), incluido también el *Plan de Integración Social de los Inmigrantes*, concretado a través de diferentes Acuerdos de Colaboración con las CC.AA. implicadas -BOE 8-5-2001-.

También se desgrana del genérico reconocimiento del derecho a acceder al sistema de la Seguridad Social, **el derecho de asistencia sanitaria** (art. 12). En él podemos encontrar la misma lógica segmentadora o diferenciadora en los niveles de protección (distintas situaciones=diferentes niveles de protección), atendiendo a las diferentes situaciones administrativas, que el artículo 14 de la LOExIS, en el que conceptual e institucionalmente se enmarcaría también. Se revela de este modo, una vez más, el fuerte condicionante que la lógica de extranjería proyecta sobre las razones de regulación de la inmigración, que debe buscar soluciones más que de diferenciación de regularización o integración social, incluso por razones de «orden público» y «paz social» (art. 10.1 de la CE) <sup>65</sup>.

Este precepto no se ha modificado lo que en sí mismo ya plantea significativos problemas en su aplicación, por cuanto se inserta en un contexto normativo que no coincide plenamente con el originario, como por ejemplo la atribución de efectos a una situación específica, la de empadronamiento, que llamada a tener una gran importancia en la atribución de derechos en la lógica de la versión originaria, tras la reforma, habría perdido la práctica totalidad de su significado innovador <sup>66</sup>. De este modo, junto a la prestación regularizada de servicios profesionales se reconocen otros títulos específicos para acceder a la protección, ya en condiciones de igualdad ya de forma mucho más restrictiva. Las diferencias de protección se producen no sólo en atención a su situación de necesidad personal sino también a su diferente situación administrativa. Así:

- Todas las personas que se hallen en España: atención sanitaria de urgencia en caso de enfermedad grave o accidente, hasta el alta médica.
- Menores de 18 años y extranjeras embarazadas, durante el embarazo, el parto y postparto <sup>67</sup>.
- Empadronados. Ahora bien, ¿cabe establecer esta diferencia de trato entre empadronados y no empadronados?, ¿puede entenderse ampliada en virtud de otros datos normativos, esto es, a través de una interpretación sistemática? ¿No cabría entender en todo caso que estamos ante una prestación social básica a la que tiene derecho todo extranjero al margen de cuál sea su situación administrativa y no tenga recursos económicos? <sup>68</sup>

<sup>65</sup> La utilidad del derecho de asistencia sanitaria para otros fines diferentes a la protección de la salud de la persona es más que evidente, y comienza a reseñarse por los propios textos legislativos de las CC.AA. en esta materia. Así, recoge su eventual función preventiva respecto de factores de riesgos para la salud pública de la población en general, o su instrumentalidad para dar transparencia a situaciones de marginalidad.

<sup>66</sup> El precepto sigue sustancialmente el mismo modelo que el existente para los españoles, como no podía ser de otra manera, estableciendo una diferencia de trato en atención a determinadas circunstancias subjetivas, distinguiendo entre el nivel asistencial o no contributivo, aplicable a todos los extranjeros empadronados, independientemente de su situación administrativa, y el nivel profesional, derivado incluso en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social al que acceden los trabajadores en situación legalizada.

<sup>67</sup> No hace sino recoger legislativamente con carácter general una previsión en el mismo sentido de la ley específica de protección de menores (LO 1/1996), a su vez exigencia del orden público internacional de tutela de este colectivo. En este mismo sentido de protección de la maternidad y la infancia debe entenderse la protección suministrada a las inmigrantes embarazadas.

<sup>68</sup> Debe tenerse en cuenta que ya se están desarrollando prácticas en este sentido en diferentes CC.AA. que, de no ampliarse en virtud del principio de igualdad ex artículo 149.1 de la CE, generará importantes diferencias territoriales, lo que no parece de recibo, al margen de los problemas que plantea para un adecuado control de la salud pública, como reco-

Finalmente, **el derecho a acceder a una vivienda digna**, encuentra un limitado y programático tratamiento en el artículo 13 de la LOExIS, no obstante el relieve que el mismo asume para una efectiva integración y las grandes dificultades de realización práctica que los extranjeros sufren en la realidad diaria para acceder a una vivienda, aun teniendo recursos (prácticas discriminatorias del mercado de la vivienda, con lo que dificulta su normal funcionamiento para este colectivo como vía normal de acceso). Además, debe recordarse la estrecha vinculación de este derecho social con otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad y vida en familia ex artículo 18 de la CE o la libertad de residencia, como prueba el que estos derechos se incorporen como contenido de la libertad de circulación de los trabajadores comunitarios. Para éstos, así como para aquellos que se beneficien del régimen comunitario o de un acuerdo internacional, el acceso a una vivienda en condiciones de igualdad con los nacionales se configura como un auténtico derecho subjetivo, sin que quepa establecer discriminación, directa o indirecta, alguna <sup>69</sup>.

Sin embargo, el reconocimiento de este derecho para las personas inmigradas procedentes de Terceros Estados sin acuerdo, ya desde la versión originaria, aparece notoriamente limitado, en la medida en que no se afirma una equiparación entre extranjeros y nacionales en el derecho ex artículo 47 de la CE, sino en relación a un beneficio o ventaja social más restringido, el derecho a acceder a las ayudas para adquirir una vivienda <sup>70</sup>. El carácter restrictivo es doble:

- Por su limitado contenido prestacional: no afecta a los problemas reales que la experiencia ha acreditado de manera sobrada, incluso para los extranjeros regulares, de modo que son muchas las dificultades existentes para acceder a la vivienda, pese a la prohibición de prácticas discriminatorias ex artículo 23.2.<sup>a</sup> c) de la LOExIS <sup>71</sup>.

---

noce la Ley Foral de Navarra. En esta misma dirección Decreto 26/2000, de 22 de febrero, del Gobierno Valenciano, por el que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros en la Comunidad Valenciana, a través de la Tarjeta Solidaria, que ha supuesto la ampliación de la cobertura de la asistencia sanitaria, con respecto a lo dispuesto en la LOExIS, corriendo a cargo de los Presupuestos Generales de la Generalitat Valenciana. En todo caso debe recordarse que en virtud del principio de separación de fuentes de financiación de la Seguridad Social, las prestaciones sanitarias se financian ahora con cargo a Presupuestos Generales, lo que permite una mayor amplitud en su reconocimiento, sin que por ello se desvincule en absoluto del derecho a la Seguridad Social, como hoy se propone.

<sup>69</sup> Vid. artículo 9 del Reglamento del Consejo n. 1612/1968 en relación con el artículo 39 del TCE/1999. En este sentido STJCE 30. 5. 1989, Asunto 305/1987. Ampliamente G. ESTEBAN-C. MOLINA. *La movilidad transnacional de trabajadores: reglas y prácticas*. Comares. 2001.

<sup>70</sup> Vid. M. BASSOLS COMA. «Art. 47». *Comentarios a las leyes políticas... op. cit.* Madrid. 1984. pág. 305 y ss. Más ampliamente E. ARANA GARCÍA. *Las sociedades municipales de gestión urbanística*. Marcial Pons. Madrid. 1997.

<sup>71</sup> Han sido Ayuntamientos y asociaciones sin ánimo de lucro las que han realizado diferentes iniciativas en este sentido (ej. pisos de acogida; avalistas de las personas inmigrantes que pretenden alquilar un alojamiento). Nuevamente es un problema de acción positiva o de fomento (campo de las políticas públicas de carácter social) no de reconocimiento, como viene a reconocer, si bien para un ámbito parcialmente distinto, el artículo 42.2 de la LOExIS en relación a los trabajadores temporeros, aunque en la nueva redacción parece reducir el compromiso público para desplazar la responsabilidad a los empresarios.

- Por su restringido ámbito subjetivo: sólo a los inmigrantes en situación regular, más en particular a los que gozan de un permiso de residencia, a diferencia de la versión originaria que se contentaba con el simple «empadronamiento», considerado como condición suficiente para expresar una voluntad y un dato de inmigración estable <sup>72</sup>.

### 2.3. El sistema de garantías de tutela efectiva de los derechos de las personas extranjeras.

Como es sabido, en nuestro actual Estado Constitucional de Derecho, caracterizado por un amplio elenco de derechos y libertades, lo más relevante es conocer el concreto sistema de garantías con que se aseguran o protegen de forma efectiva tales derechos. A este respecto, debe valorarse de forma especialmente positiva que la LOExIS dedique un Capítulo específico (Capítulo III -arts. 20-22-), además de otros preceptos a lo largo del cuerpo legislativo (art. 65), a proclamar solemnemente las garantías jurídicas otorgadas a los extranjeros para tutelar sus derechos. No por casualidad, con anterioridad a la LOExIS, en su versión originaria, el ámbito de la legislación de extranjería que ha sido objeto de mayores y más fundadas críticas, por las carencias, «vicios» y arbitrariedades imperantes (derecho excepcional o frontera para el derecho), es el relativo a las «garantías» previstas en defensa de los derechos e intereses legítimos de los extranjeros.

En efecto, tanto la normativa como, sobre todo, la práctica administrativa -y en menor medida, pero también significativa, la judicial-, ha mostrado no sólo sus múltiples insuficiencias o carencias sino también su extremada arbitrariedad, con la consiguiente quiebra de los derechos fundamentales reconocidos por igual a todas las personas, incluidos los inmigrantes, cualquiera que sea su situación administrativa. Los retrasos prolongados, la extremada complejidad de la regulación, la falta de transparencia en la tramitación, la discrecionalidad más absoluta, rayana en pura arbitrariedad, etc., son todos ellos factores que han aparecido como moneda de uso común en la práctica administrativa sobre cuestiones de extranjería. Lo que resulta especialmente reprochable en relación a colectivos cuya vida está marcada, al menos durante un período amplísimo de tiempo, por la concreta situación jurídico-administrativa existente en cada momento. Nos encontramos, pues, ante una de las mayores fuentes de incertidumbre, inestabilidad, contradicción y lagunas de la legislación de extranjería <sup>73</sup>.

<sup>72</sup> No obstante, una interpretación honesta y seria de la regulación anterior evidencia con claridad que, en realidad, el cambio es más aparente que real, pues es difícil, si no imposible, pensar que un inmigrante en situación irregular podría acceder a las ayudas por vivienda, ante la compleja tramitación que esta medida suele conllevar, por lo que el cumplimiento de las condiciones exigidas por las diferentes legislaciones haría impracticable el derecho. Esta protección específica comienza ya a producirse, si bien en las limitadas condiciones fijadas por la versión vigente de la LO 4/2000. Así, de interés la Resolución de 22 de marzo de 2000, de la Secretaría General Técnica del MTAS, en virtud de la cual se da publicidad al Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2000, por el que se distribuyen territorialmente los créditos destinados a subvenciones para programas sociales, en particular para proyectos del Plan de Integración Social de Inmigrantes -BOE 7-3-2000-.

<sup>73</sup> Si todo ordenamiento debe entenderse como un «sistema artificial de garantías de los derechos fundamentales» de la persona, que deben actuar de forma eficaz frente a la injerencia de cualquier poder o decisión, especialmente cuando procede de sujetos públicos, parece claro que esta exigencia debería ser mayor respecto de un colectivo de personas, los inmigrantes, cuya posición jurídica depende hasta la asfixia de la regularidad administrativa de su estancia y permanencia en un Estado. *Vid.* L. FERRAJOLI. *Derecho y Garantías. La Ley del más débil*. Trotta. 1999.

Aunque la regulación de reforma mantiene un buen número de los avances que ha supuesto la LOExIS en su versión originaria, es cierto que esta nueva redacción ha introducido significativas reformas restrictivas que, en determinados casos, representa una auténtica vuelta al denostado sistema de la LOEx/1985, por lo que esta opción legislativa se ha hecho acreedora, con toda razón, de múltiples reproches, incluido el de inconstitucionalidad de algunos de sus preceptos, en particular por su inadecuación al artículo 24 de la CE. Aunque no podemos tratar aquí detenidamente un conjunto de cuestiones tan trascendentes para la seguridad jurídica de los extranjeros, objetivo básico de la LOExIS en su versión inicial, sí cabe sintetizar los aspectos más destacados de la nueva regulación en los siguientes grupos normativos:

### 1) Las garantías previstas en el marco de los procedimientos administrativos.

En este lamentable y arbitrario contexto tiene especial significación que, una vez reconocido de forma genérica el derecho a la tutela judicial efectiva, introduciendo una imagen de normalidad jurídica de este fronterizo sector normativo, es especialmente valioso que la LOExIS recurra en numerosas ocasiones a la técnica de remisión formal para adoptar las garantías propias del procedimiento administrativo común, tal y como hace con carácter general en el artículo 20.2. El reforzamiento del principio constitucional de sujeción de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103), que ha brillado por su ausencia tantas y tantas veces en los procedimientos de extranjería, constituyó uno de los fines fundamentales que inspiraron la reforma de la situación legislativa de 1985. El legislador puso especial énfasis en la proyección de las garantías básicas establecidas en la legislación general, destacando en particular las previstas en el artículo 35 («Derechos de los Ciudadanos») LRJAP-PAC, Ley 30/1992, considerado como una de las más relevantes novedades de la norma, con lo que se pretendía superar la anómala situación que supone la «huida» de un entero sector normativo de las exigencias del Estado de Derecho.

Aunque la versión reformada mantiene sustancialmente esta preocupación, sin embargo, contiene algunas reglas regresivas que ensombrecen, injustificadamente, aquél loable e inexcusable objetivo garantista, tal y como sucede con la graduación o modulación del deber de motivación de las resoluciones en materia de visados ex artículo 27 de la LOExIS <sup>74</sup>, y, sobre todo, con la «resucitación» del draconiano procedimiento preferente para la expulsión contemplado en el artículo 30 de la LOEx/1985 y ahora recogido en el artículo 63 de la LOExIS. De este modo se excepciona el régimen de ejecutividad de los actos administrativos al que también remite el artículo 21.2 de la LOExIS para los dictados en materia de extranjería, confirmando aquella señalada regla de remisión general al procedimiento administrativo común <sup>75</sup>.

<sup>74</sup> No se descartan, sin embargo, reglas claramente incoherentes con la nueva regla general garantista que se perseguía implantar, como la contenida en el apartado 3.º del antiguo -y derogado- artículo 25, clara concesión a la discrecionalidad del poder de dirección de la política exterior otorgada al Gobierno.

<sup>75</sup> El artículo 29.2 de la LOEx/1985 se mostraba mucho más reductivo en el alcance de la remisión (limitada al dictado y notificación de la resolución), al tiempo que el apartado 3 condicionaba en extremo las garantías de motivación, al recurrir a la omnipresente cláusula de excepción del riesgo o peligro para la «seguridad interior o exterior del Estado».

Entre las cuestiones más relevantes relativas a estas garantías de procedimientos conviene mencionar brevemente las siguientes. Así:

a) *El régimen de transparencia de la actuación administrativa (art. 20.2): publicidad de las normas, principio de contradicción, derecho de audiencia y deber de motivación de las resoluciones.*

Precisamente, para devolver este ámbito normativo al seno de los principios de transparencia y participación que inspiran el proceder moderno de la Administración (art. 3.5 de la LRJAP-PAC), se hace hincapié en derechos tales como el de audiencia al interesado, so pena de nulidad de actuaciones (STCo. 136/1989) y previa notificación correspondiente (art. 59 de la LRJAP-PAC). Y también la *exigencia de motivación* de las resoluciones administrativas (art. 54.1 de la LRJAP-PAC), garantía inexcusable para un adecuado control frente a la arbitrariedad (SsTCo. 14/1991; 28/1994), de la que muchas veces ha adolecido el actuar administrativo en materia de extranjería pero progresivamente incorporada como exigencia elemental por la jurisprudencia. No obstante, esta exigencia se relativiza o gradúa a tenor de lo dispuesto en el art. 27 de la LOExIS para los visados, no así respecto de los acuerdos de expulsión, si bien en este caso el deber de motivar se encuentra condicionado por las dificultades de recurrir en los supuestos en que se siga un procedimiento preferente. En todo caso, debe tenerse en cuenta que este precepto diferencia unos supuestos en los que sí es necesario motivación, justamente aquellos que se revelan más significativos: visado de residencia para realizar un trabajo por cuenta ajena y visado de residencia por reagrupamiento familiar <sup>76</sup>.

b) *El derecho a obtener una resolución expresa y temporánea: el régimen de la inactividad administrativa.*

Una de las aportaciones más relevantes de la versión originaria de la LO 4/2000, si bien relativa si se atendía al sistema general de fuentes en la materia, fue su pretensión de corregir una de las prácticas más perniciosas en este ámbito: los excesivos retrasos en la reso-

<sup>76</sup> Como se ha repetido en múltiples ocasiones, el régimen de visados fue una de las mayores novedades de la LO 4/2000 respecto de la LOEx/1985, que recibió la tradicional instrumentalización del visado a los objetivos de política exterior, por lo que su régimen adolecía de la extremada discrecionalidad que acompaña a esta política concedida al Gobierno ex artículo 97 de la CE y gestionada a través de la Administración Consular (SsTCo. 107/1984, 94/1993). La razón de ser de la sujeción de la Administración consular a los mismos límites y controles que la Administración común queda claramente formulada en la EM de la Ley 29/1998, de la JCA, certificando el acta de defunción del concepto de «acto político» control. Esta exigencia legal de resolución motivada aparece también en el artículo 26.2.º de la LOExIS respecto de los extranjeros que vean denegada su entrada en territorio español (reducción de la discrecionalidad de los servicios de policía de fronteras). Aunque el anterior artículo 25.3 preveía, si bien con carácter «excepcional», y en todo caso «temporal», una habilitación al Gobierno para establecer supuestos en los que la denegación no ha de ser motivada, en relación a «los nacionales de un determinado país, o procedentes de una zona geográfica...» determinada, la reforma ha eliminado esta posibilidad, lo que debe ser saludado positivamente. No obstante, el apartado 4 del nuevo artículo 27 parece abrir la puerta a consideraciones de este tipo. El régimen, no obstante, está más cerca del modelo discrecional de 1985 (art. 12), aunque no podrá desconocer ni los avances legales ni, sobre todo, las adquisiciones judiciales, del modelo garantista de 2000.

lución de los procedimientos. La estricta dependencia de la situación de estos colectivos de población de la decisión relativa al otorgamiento -y renovación- de determinados permisos, como el de residencia y trabajo, los deja en una inseguridad e indefensión terribles. Una lamentable situación de incertidumbre y sujeción que, no obstante algunos tímidos intentos de mejora un año antes (ej. reducción de los plazos de tramitación a 3 meses en el caso de visados por reagrupación familiar en la OM de 8 de enero de 1999), se reproducía con especial intensidad en el procedimiento consular de solicitud de visado.

A tal fin, la disposición adicional única de la LO 4/2000 establecía que las renovaciones del permiso de residencia y de trabajo deberían resolverse en un plazo máximo de 3 meses, transcurrido el cual sin respuesta se estimaba concedida la prórroga solicitada. La situación tras la reforma se mantiene, pues la ahora disposición adicional primera, en su apartado 2, recoge esta doble exigencia -plazo reducido de 3 meses y silencio positivo-. En cambio, el apartado 1 establece el mismo plazo reducido máximo de 3 meses pero, sin embargo, determina una regla de silencio negativo, integrando de este modo de forma restrictiva o peyorativa la laguna suscitada en la versión originaria (antiguo art. 25.4) cuando se trata no de la prórroga sino de la solicitud inicial de permisos, justificándose la diferencia en la inexistencia en este caso de un derecho de entrada, mientras que en las situaciones de prórroga está en juego el derecho fundamental a la libertad de circulación (STCo. 94/1993) <sup>77</sup>.

c) *El derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procedimientos de alejamiento del territorio -y de asilo-*.

Desplazando e, incluso, derogando la regulación contenida en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, el antiguo artículo 20.2 de la LOExIS mejoró ostensiblemente, salvo en materia penal, el tratamiento dado hasta el momento a los extranjeros, incluso en el ordenamiento internacional, en esta materia. No sólo amplió el colectivo de beneficiarios (plano subjetivo de la titularidad del derecho), extendiendo un derecho pleno también a los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan -no sucedía lo mismo con el resto de extranjeros en situación administrativa irregular-, sino que también amplió el contenido de la protección (plano objetivo de protección), puesto que englobaba también determinados procedimientos en materia de extranjería. Esta necesidad de extender el derecho de asistencia jurídica gratuita en fases previas al proceso ya se ha evidenciado en la práctica, de ahí que los diferentes Colegios de Abogados provinciales y las Organizaciones de defensa de los inmigrantes (ej. España Acoge) ya estén creando servicios específicos para cubrir esta demanda en el marco de los procedimientos administrativos <sup>78</sup>.

<sup>77</sup> Vid. G. ESTEBAN DE LA ROSA. «La libertad de circulación y el traba...». Aa.Vv. (Ed. F. Morente). *Cuadernos Étnicos*. Universidad de Jaén. 2000

<sup>78</sup> Ej. en Andalucía el denominado SAOJI (Servicio de Atención y Orientación Jurídica de los Inmigrantes), en virtud del Acuerdo entre la Consejería de Justicia de la Junta y el Colegio de Abogados de Sevilla.

La incoherente y lagunosa situación actual en esta materia, a la espera de un pronunciamiento constitucional -y de una acción protectora de instituciones públicas y privadas de defensa jurídica gratuita, también y sobre todo en la fase previa administrativa- queda de la siguiente manera (art. 22.1):

- Reconocimiento de una garantía del derecho a la asistencia letrada gratuita a todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa (extranjeros que se hallen en España), en los procesos administrativos -y judiciales- que puedan llevar a la denegación de su entrada o expulsión o salida obligatoria del territorio (medidas de alejamiento)<sup>79</sup>, además de todos los procedimientos en materia de asilo.

Una interpretación amplia de los términos legales lleva a incluir cualquier procedimiento que pueda suponer la salida obligatoria del extranjero. Esta asistencia jurídica gratuita se condiciona, a diferencia de lo que sucedía en la anterior redacción, sin duda por defecto, a la carencia de recursos o medios económicos, lo que por lo general sucederá en este tipo de colectivos. La exigencia de hallarse en España supone acotar una interpretación restrictiva respecto al precedente artículo 20.1 de la LOExIS<sup>80</sup>. En todo caso, forzoso es reconocer que la efectividad de este derecho necesita una acción concertada, en línea con lo que ya se anuncia, entre la Administración y los Colegios de Abogados<sup>81</sup>.

- En caso de ser preciso, también se garantiza el derecho a ser asistido por intérprete o traductor.

La negativa práctica anterior, en la que se discutía por las autoridades policiales tal necesidad, presumiendo en la mayor parte de las ocasiones que tal exigencia representaba un trámite dilatorio usado de forma abusiva y fraudulenta por el extranjero, al que se le

<sup>79</sup> Incluida la «expulsión», considerada en la LOExIS, y por la doctrina mayoritariamente, como una sanción, pero reconducida por el TS a una simple «medida administrativa limitativa de derechos». *Vid.* STS 7 de abril de 1997, ar. 3097.

<sup>80</sup> Pues la falta de precisión en este precepto sobre el hecho de si el extranjero debía encontrarse en España o no para disponer de este derecho dio lugar a una interpretación amplia, en virtud de la cual se admitía también como beneficiarios a extranjeros que solicitaban la entrada en España desde sus país de origen, interpretación *pro cives* ex artículo 24 de la CE, lo que resultaba especialmente útil para los controles en frontera.

<sup>81</sup> Es especialmente urgente y llamativa la necesidad de organizar, en particular en los puestos fronterizos, incluso los aeropuertos y puertos marítimos, un sistema rápido y eficaz de asistencia letrada, a través de la creación de un turno de oficio especializado para los procedimientos administrativos, para lo que será imprescindible una política adecuada de concertación mediante convenio entre la Administración y los Colegios de Abogados, como por otro lado ya viene sucediendo si bien no de forma generalizada. Se supera de este modo la previsión legislativa de protección tan sólo cuando era preceptiva la asistencia letrada, para extenderse a todo procedimiento administrativo de extranjería. Lo que exige mayor agilidad en su diseño y puesta en práctica y, por supuesto, especialización del letrado asistente (*formas específicas y adecuadas de prestación de la asistencia letrada gratuita*). Un problema significativo es el determinar si cabe desplazar el «monopolio» de los Colegios de Abogados (art. 22 y ss. Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita) por la atribución de la competencia en régimen de concurrencia para desarrollar este deber prestacional del Estado a «organizaciones especializadas en la defensa jurídica de los inmigrantes», si bien ello requeriría una modificación legislativa. En todo caso, parece más realista a corto plazo la realización de una adecuada política de cooperación mediante convenios, de la Administración con los Colegios, de éstos con ONG's especializadas (ej. red territorial de asociaciones integradas en España-Acoge).

reconocía el manejo de la lengua española por decisión unilateral, deberá ser erradicada a partir del reconocimiento de este derecho. Este derecho se revela como una garantía básica para corregir o compensar la grave desventaja que supone no conocer el idioma. En realidad, es una exigencia del propio principio de audiencia previa y contradicción definido ya como garantía básica del administrado (derecho inherente a la persona).

- Regla específica o *ad hoc* de legitimación de las organizaciones de representación de los intereses de los inmigrantes para intervenir en los procedimientos administrativos de extranjería (art. 31.2 de la LRJAP-PAC; art. 20.3 de la LOExIS) <sup>82</sup>.

d) *El derecho a un trato respetuoso y digno: el carácter discriminatorio de la práctica de controles policiales de forma sistemática.*

Resulta igualmente conocida la práctica de instar controles policiales constantes para verificar la identidad y documentación de los inmigrantes por el sólo hecho de serlo, no obstante su fuerte contraste con un Estado de Derecho basado en la seguridad jurídica de sus ciudadanos. La amenaza permanente de este control ha llevado a definir una relación negativa entre los inmigrantes y las fuerzas de seguridad del Estado muy perjudicial para recrear el clima de confianza necesario, tanto para su integración como para instar su colaboración contra la inmigración ilegal. En este sentido, y no obstante el cambio de opción respecto del régimen sancionador, en la medida en que la irregularidad en la estancia puede ser otra vez motivo de expulsión, es claro que la *actual práctica policial de control indiscriminado* de la documentación, con fundamento tan sólo en motivos de origen es contraria, sin paliativo alguno, a la cláusula antidiscriminatoria ex artículo 21 de la LO 4/2000, incluso tras la reforma y pese a la STCo. 13/2001, que cuenta con un magnífico voto particular en contra <sup>83</sup>.

e) *Otras garantías comunes del procedimiento administrativo: derecho al recurso contra los actos administrativos y régimen de ejecutividad inmediata* (art. 22).

Una práctica especialmente peligrosa que se consolidó bajo la vigencia de la LOEx/1985 fue la de atribuir, de forma sistemática, un carácter sumarísimo y preferente a la actuación administrativa, al objeto de facilitar al máximo la ejecución de las resoluciones, aunque luego otros condicionantes extrajurídicos dificultarán su realización efectiva o material. A tal fin, hay que hacer referencia, en este momento introductorio y de síntesis a tres elementos:

1. La regla de la *inmediatez* o ejecutividad del acto, sin perjuicio de la posibilidad de solicitar y obtener la suspensión como medida cautelar.

<sup>82</sup> No creemos que esta preferencia por el concepto de inmigrante deba interpretarse en sentido restrictivo. *Vid.* Aa.Vv. (Coord: Mercedes Moya). *op. cit.* pág. 748; D. ÍÑIGUEZ. «Derecho a la tutela judicial efectiva». Aa.Vv. *Comentarios...* *op. cit.* pág. 131.

<sup>83</sup> La doctrina mayoritaria parece apartarse de una doctrina ya consolidada judicialmente en Francia que, en aras de la libre circulación, considera discriminatoria la solicitud de documentación basada en las características raciales, lingüísticas o de vestimenta.

2. El derecho al recurso y, en un marco más amplio que el privilegio de ejecutividad, la introducción de otras medidas que refuercen.
3. La *eficacia* de la actuación administrativa, especialmente en el procedimiento de expulsión.

Mayor especificidad adquiere, pero en refuerzo del punto de vista de la Administración, la regulación ofrecida respecto de la ejecutividad inmediata de la resolución administrativa y demás garantías del principio de eficacia administrativa en orden a asegurar la ejecución material de las resoluciones, en particular las relativas a la expulsión. En relación al privilegio de ejecutividad inmediata (reconocimiento de efectos jurídicos desde la producción) de los actos administrativos en el ámbito de la extranjería, el artículo 21.2.º de la LOExIS comienza con la misma cláusula de remisión formal a la legislación administrativa común (arts. 56, 57, 93, 94, 111, 138.2.º de la LRJAP-PAC). Sin embargo, introduce una excepción que, aludida en la versión precedente, tiene la virtualidad de devolver vigencia -otra cosa será la validez- a uno de los capítulos más negros de la legislación de extranjería: del procedimiento de expulsión de urgencia o preferente ex artículo 30 de la LOEx/1985, prácticamente transcrito literalmente en el artículo 63 de la LOExIS (recoge el plazo perentorio de 48 horas para alegaciones) <sup>84</sup>.

## 2) Las garantías de tutela judicial efectiva.

El desconocimiento por parte de la Administración de estas garantías, como por lo demás ha sido frecuente, abre la vía de la tutela judicial contemplada en el artículo 20.1 de la LOExIS en relación con el artículo 24 de la CE. En un Estado de Derecho la última garantía de tutela de los derechos e intereses legítimos de las personas corresponde, a tenor del artículo 24.1 de la CE, a los jueces. Sin embargo, esta sencilla cláusula garantista contenida en nuestra Norma Fundamental ha venido encontrando fortísimas resistencias en el ámbito de la extranjería, confirmando una vez más su tendencia a situarse peligrosamente más allá del Derecho (extranjería -frontera del derecho o legalidad al límite del derecho-).

El artículo 20.1 de la LOExIS reconoce, en coherencia con una consolidada doctrina constitucional (STCo. 99/1985) y un amplio catálogo de normas internacionales (art. 10 del DUDH; art. 14 PIDCP; art. 6 de la CEDH, interpretado en sentido amplio por una abundante jurisprudencia del TEDH -S. 12-10-1992-), el derecho a la tutela judicial efectiva a todos los «extranjeros», sin más aditamento relativo a su situación administrativa -como pretendía originariamente el Gobierno, aunque tuvo finalmente que claudicar-. No obstante, a renglón seguido introducirá, a efectos de su ejercicio, algunas significativas distinciones en relación a ciertos contenidos prestacionales incluidos en

<sup>84</sup> Con carácter general, sin duda la cuestión más significativa en este ámbito será la de determinar los casos en que procede la suspensión del acto administrativo, si bien esta cuestión adquiere especial sentido en el marco del proceso judicial posterior. *Vid.* artículo 111 de la LRJAP-PAC. En todo caso, el acuerdo de suspensión podrá acompañarse de la adopción de las debidas medidas cautelares necesarias para asegurar la protección del interés general y la eficacia de la resolución impugnada. *Vid.* STCo. 14/1992, de 10 de febrero, 148/1993, en relación a la tutela judicial efectiva. Previsiones en este sentido en el artículo 58.3 de la LOExIS, respecto de la resolución de devolución cuando se formalice una solicitud de asilo, hasta la inadmisión a trámite de la petición, como establece la Ley de 1984, modificada en 1994.

este derecho fundamental <sup>85</sup>. A este respecto, si el artículo 24.1 de la CE contiene un amplio elenco de garantías para el acceso a la jurisdicción, que se extienden a todas las personas, el artículo 24.2 enumera una serie de garantías procesales igualmente aplicables a los extranjeros, lo que resulta especialmente significativo cuando se trate de procedimientos administrativos sancionadores (SsTCo. 22/1994; 181/1999; 179/2000).

Entre las principales garantías contempladas, cuatro merecen un especial comentario:

a) El derecho a acceder a la jurisdicción ordinaria en igualdad de condiciones que los nacionales <sup>86</sup>.

Al margen de las cuestiones de índole social -laborales y de protección social- es claro que los mayores problemas se suscitan, por regla general, en relación a la tutela judicial frente a los actos administrativos en materia de extranjería que, a tenor del artículo 24 de la LOPJ, corresponde, como es obvio, a la jurisdicción contencioso-administrativa, lo que no plantea especiales problemas. Pero esta atribución de competencia sigue realizándose en los términos contemplados para el resto de ciudadanos, sin prever un sistema de control judicial realmente efectivo de garantías frente a las resoluciones administrativas, mucho más rápido y eficaz. No obstante, como ha puesto de relieve un significativo sector de comentaristas de la legislación <sup>87</sup>, una adecuada aplicación por parte de estos jueces de importantes mecanismos existentes ya podían no sólo paliar esta carencia, que nos diferencia de buena parte de las experiencias de países europeos receptores de inmigración, sino incluso compensar las desventajas de una excesiva proliferación de órganos judiciales especializados <sup>88</sup>.

<sup>85</sup> Para la amplitud del ámbito subjetivo de este derecho *vid.* STCo. 64/1988, que lo refiere a «todo tipo de personas, tanto físicas como jurídicas, públicas cuanto privadas, españolas o extranjeras». Lo genérico de la expresión permite extender el derecho a todos los extranjeros, independientemente de que se hallen o no en España en el momento de ejercitar la acción y continuarla, por un lado, y de su situación administrativa, por otro. Es una constante del Derecho Internacional, a través de la técnica convencional, en virtud de la cual se han venido estableciendo vías que facilitarían el acceso al derecho, ej. reglas particulares sobre formas de representación (ej. consulares); erradicación de barreras (fianzas y cauciones de arraigo); reconociendo derechos (derechos de información jurídica); técnicas de cooperación (instrumentos de auxilio judicial eficaces)... *Vid.* artículo 21 de la LOPJ.

<sup>86</sup> Una de las líneas de tendencia más características del proceso evolutivo de la legislación de extranjería, en la dirección de construir un auténtico «Derecho» -hasta ahora esta normativa se ha movido en los límites o frontera del «Derecho»-, es la eliminación de los principales obstáculos tradicionalmente opuestos al acceso de los extranjeros a los tribunales, cualquiera que sea el orden en que actúen y cualquiera que sea la posición procesal que asuman -ej. excepción dilatoria de caución de arraigo en juicio (*cautio iudicatum solvi*), hoy eliminada tanto en nuestra LEC/2000 cuanto en el Convenio de La Haya sobre procedimiento civil, así como a través de un amplio número de Convenios bilaterales, y por supuesto por el Derecho Comunitario (STJCE 1-7-1993, Asunto C-20/1992); o el embargo preventivo contra deudores extranjeros por el mero hecho de no ser nacionales-. *vid.* M. A. LARA. «Derecho a la tutela judicial efectiva». Aa.Vv. (Coord: M. Moya). *Comentarios... op. cit.* pág. 719 y ss.

<sup>87</sup> Para la referencia a los mecanismos previstos en otros países en orden a la creación de órganos judiciales especializados con plazos perentorios de decisión *vid.* Aa.Vv. *La nueva regulación... op. cit.* pág. 202 y ss.

<sup>88</sup> Máxime cuando se trata precisamente de hacer efectivo el principio de igualdad de trato jurídico nacional, sin perjuicio de reconocer la utilidad, en aras del principio social que inspira nuestro ordenamiento, también el procesal (*vid.* STCo. respecto de los trabajadores). Sin embargo, tampoco la versión originaria aprovechó convenientemente las posibilida-

La competencia debe reconocerse en favor de los Juzgados de lo Contencioso que garantice la inexcusable celeridad en estos procedimientos, superando las incertidumbres iniciales. En este sentido, la reducción de la discrecionalidad administrativa, las cláusulas sobre la recurribilidad de la denegación de los visados son especialmente significativas, si bien ahora sólo se prevén para los visados de trabajo y por reagrupación familiar <sup>89</sup>.

b) *Derecho a la asistencia jurídica gratuita* en igualdad de condiciones que los españoles para litigar en cualquier jurisdicción (art. 22).

Al analizar el artículo 22.1 ya vimos cómo este derecho adquiere hoy una doble dimensión, extrajudicial, esto es, en los procedimientos administrativos de extranjería, y judicial, esta última considerada tradicionalmente en la normativa internacional, si bien hoy hay que considerar de gran trascendencia la primera. El apartado 2 del artículo 22 reconoce el derecho a la asistencia jurídica gratuita, en igualdad de condiciones que los españoles, sea cual sea la jurisdicción en la que litigue, pero tan sólo a los «extranjeros residentes», siempre que acrediten insuficiencia de recursos económicos, salvo lo ya visto para todos los «extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes» en relación a los «procedimientos judiciales» que puedan implicar una medida de alejamiento o una decisión en materia de asilo. En la versión originaria, en cambio, aquel derecho pleno de asistencia jurídica gratuita se atribuía igualmente a los inmigrantes en situación irregular pero empadronados, de modo que sólo los no empadronados quedaban excluidos, respecto del orden contencioso-administrativo, de todos aquellos procesos no incluíbles en el apartado 1, así como respecto de los demás órdenes jurisdiccionales: penal, civil y laboral.

Si esta diferenciación de niveles de protección a la situación administrativa, acogida por la versión originaria, ya planteaba importantes problemas de adecuación constitucional, dada la inherencia de la tutela judicial a la dignidad humana, la versión actual se revela más restrictiva y, por tanto, más lesiva aún del derecho fundamental ex artículo 24 de la CE, como hemos concluido más arriba. Las razones que llevaron al Defensor del Pueblo a recurrir la Ley 1/1996 adquieren, hoy, mayor actualidad. A este respecto, conviene recordar que la Ley 1/1996, de 10 de enero, establece como presupuesto para el disfrute de este derecho en el orden civil, por parte del extranjero, la condición de residente legal <sup>90</sup>. Por su parte,

---

des reconocidas por la Ley 30/1992 para mejorar sensiblemente la garantía de los derechos de los ciudadanos extranjeros, que se presentaban como una alternativa más pragmática y viable que la de una reforma del sistema ordinario de tutela judicial. Así, no se hizo uso de la cláusula del artículo 107.2 de la LRJAP-PAC para crear un órgano administrativo especializado en la resolución de los recursos de alzada contra las actuaciones en este ámbito.

<sup>89</sup> En realidad era un desplazamiento de la discrecionalidad administrativa desde la concedida al funcionario competente hasta la discrecionalidad reglamentaria, pues al Reglamento incumbe establecer las causas de denegación. Como se sabe, discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad, de modo que aquélla es plenamente posible en un marco de control judicial efectivo, justamente para evitar el deslizamiento hacia la arbitrariedad, prohibida en el artículo 9.3 de la CE pero tantas veces producida en materia de extranjería.

<sup>90</sup> La Ley fue recurrida por el Defensor del Pueblo por RI n. 1555/1996, admitido a trámite por Providencia de 21 de mayo de 1996 -BOE n. 132, de 31 de mayo-.

la privación de la tutela en el ámbito penal de este derecho, cuando la propia Ley 1/1996, lo atribuye a todos los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa en España, se revela extremadamente incoherente y contradictoria con el artículo 119 de la CE <sup>91</sup>.

Respecto del orden laboral, la genérica fórmula utilizada por la Ley 1/1996 para atribuir el derecho de asistencia jurídica gratuita -«trabajadores» o beneficiarios de la Seguridad Social-, plantea el problema de su extensión a aquellas personas inmigrantes que, al margen de su situación administrativa, tengan la condición material de trabajador. La distinción parece responder a la doctrina constitucional que diferencia claramente entre el orden penal, y el resto de órdenes jurisdiccionales para la extensión de la asistencia jurídica gratuita (STCo. 51/1996, de 26 de marzo) <sup>92</sup>. Ahora bien, la exclusión absoluta de una categoría de personas del beneficio en la totalidad de determinados ámbitos judiciales no parece compadecerse bien con el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, que tiene entre sus garantías el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en términos razonables y proporcionales <sup>93</sup>.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita, acompañado en su caso de la asistencia de intérprete, aunque tiene una dimensión eminentemente prestacional de naturaleza social, forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por lo que difícilmente puede entenderse la exclusión del derecho para todos los extranjeros. Ni la potestad legislativa del Estado ni, todavía menos, la práctica seguida en esta materia por los propios sujetos institucionales obligados legalmente, pueden privar a la persona inmigrada, cualquiera que sea su situación administrativa, de esta garantía de efectividad (derecho de prestación de un servicio social de asistencia jurídica) de un derecho inherente a la persona como es el artículo 24 de la CE <sup>94</sup>.

c) Apertura hacia un *renovado sistema de medidas cautelares*.

Los efectos derivados del carácter ejecutable de los actos administrativos en materia de extranjería, en particular en medidas de rechazo, seguridad y alejamiento, unido a la insostenible lentitud de la maquinaria de Administración de Justicia de nuestro país, ha hecho

<sup>91</sup> En este aspecto nuestra ley puede considerarse de las más avanzadas, pues incluso va más allá de las obligaciones asumidas en el concierto internacional por España, pues los Convenios de Derecho Humanitario Internacional ratificados por nuestro país, sólo reconocen a los acusados de un delito el derecho a ser asistido gratuitamente por un defensor de oficio (art. 14 del PIDCP o art. 6.3 del CEDH), mientras que la Ley 1/1996 no distingue si se trata de la posición de demandante o la de demandado.

<sup>92</sup> En todo caso, lógica diferenciadora en atención a la naturaleza del orden jurisdiccional de que se trate ha sido objeto de fortísimas críticas. Con la reforma de la LOExIS volvemos a esta diferenciación entre el orden penal, por aplicación de la propia Ley 1/1996, no del artículo 22.2, respecto del cual habrá de hacerse una interpretación reductora conforme a su inmanencia teleológica o plan de la ley. Vid. K. LARENZ. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Ariel. 1994.

<sup>93</sup> El referido Recurso de Inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra la Ley 1/1996, y los nuevos presentados, que incorporan esta cuestión, daran lugar a un pronunciamiento del TCo. en esta materia, que ya se dilata en exceso con clara lesión del artículo 24 de la CE.

<sup>94</sup> En esta línea la Proposición de Ley Orgánica de Reforma de la LO 4/2000 en su versión de la LO 8/2000, presentada por el GPS el 6 de abril de 2001, aunque resulte más voluntarista que efectiva ante la actual mayoría parlamentaria del GPP.

que el tema de las medidas cautelares en el marco del proceso judicial haya centrado buena parte de la atención de los analistas jurídicos sobre estas cuestiones. El desarrollo de una importante práctica jurisprudencial, comparada, comunitaria y nacional, en favor de un auténtico derecho a la justicia cautelar, como contenido propio del derecho a la tutela judicial efectiva, se ha recibido en la Ley de la Jurisdicción de 1998, constituyendo una de las principales novedades de la ley, tal y como vienen entendiendo la mayor parte de los comentaristas de la misma, si bien en algún aspecto puede considerarse que se ha producido un cierto retroceso <sup>95</sup>.

d) *Las acciones colectivas en materia procesal en favor de los inmigrantes.*

Del mismo modo que el artículo 20.3.º de la LOExIS reconoce un supuesto de intervención de las organizaciones representativas de los inmigrantes en los procedimientos administrativos, el apartado 4.º reconoce una regla de intervención colectiva en los procesos contencioso-administrativos en materia de extranjería, para lo que se remite formalmente a la regulación del artículo 19. 1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción y que, en realidad, no es sino una expresión del principio más general reconocido en el artículo 7.3 de la LOPJ. Aunque en la versión originaria no se establecía una previsión específica de este tipo, parece claro que la técnica utilizada, una vez más la de la remisión a la normativa común, relativiza en buena medida el alcance efectivo de la novedad, pues ya resultaba aplicable precedentemente por aplicación de nuestro sistema de fuentes <sup>96</sup>. Aunque ha de saludarse positivamente esta mención específica, ha de criticarse que no se haya aceptado una fórmula mucho más correcta, avanzada y comprometida, a través de la cual establecer un auténtico supuesto de *sustitución procesal por un tercero de carácter colectivo* <sup>97</sup>.

<sup>95</sup> Una vía alternativa al recurso ordinario contencioso-administrativo es el relativo a la protección jurisdiccional otorgada mediante el procedimiento preferente y sumario del artículo 53 de la CE, recogido en la Ley 62/1978, de 26 de diciembre -hoy en los arts. 114 y ss. de la LJCA-, considerado como una suerte de «interdicto administrativo» que, a diferencia del procedimiento ordinario, había permitido una inversión de la regla en materia de suspensión: procederá la suspensión siempre salvo que concurren razones suficientes, acreditadas por la Administración, que aconsejen la no suspensión en aras de la tutela del interés público afectado. El efecto erosivo de esta medida en la suerte de «relación de sujeción especial» en que se encuentra el extranjero frente a la Administración ha sido destacado de forma amplia. *Vid.* M. CARRILLO. «La tutela de los derechos fundamentales por los Tribunales ordinarios». *CEC*. Madrid. 1995. pág. 39 y ss. Sin embargo, esta principalísima aportación ha sido formalmente suprimida por la LJCA, pues dentro de las «Disposiciones Comunes» a ambos procedimientos, el preferente y el ordinario, incluye en sus artículos 129 y ss. un régimen de medidas cautelares sustancialmente uniforme, en particular en materia de suspensión. Aunque hay diferentes opiniones al respecto, debe saludarse negativamente esta regla unificadora y si bien no borra toda ventaja de este procedimiento, como la inmediatez, sí reduce sus beneficios. Hemos de esperar que una vez más orden jurídico y enunciado legislativo no se equiparen y se imponga una interpretación más favorable a la efectividad del derecho fundamental, en este caso la libre circulación del extranjero. *Vid.* J. C. FERNÁNDEZ ROZAS. «Derecho Sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales». En *Aa.Vv. Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*. Colección Escuela Diplomática. n. 3. 1998.

<sup>96</sup> Ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia constitucional que obliga a una interpretación amplia de todas aquellas fórmulas legislativas que atribuye legitimación procesal activa (STCo. 24/1987).

<sup>97</sup> Una crítica que ha de confirmarse a raíz de la supresión del supuesto de intervención de las organizaciones representativas de los inmigrantes previsto en el antiguo artículo 59.2 *in fine*.

### 3. La dimensión de control de la LOExIS: El estatuto jurídico-administrativo del inmigrante en España.

#### 3.1. Entrada y permanencia de los extranjeros en territorio español.

##### a) Entrada y «pretensión» de entrada en la Ley de Extranjería tras la reforma por LO 8/2000.

La actual Ley de Extranjería, tras la modificación por LO 8/2000, no diferencia entre la «pretensión de entrada» y la «entrada», con la finalidad de otorgar consecuencias jurídicas diferentes a una y otra cuando se han llevado a cabo de forma ilegal. De conformidad con el antiguo artículo 49 d) de la LO 4/2000, la entrada irregular (esto es, la que se ha producido sin estar en posesión de la documentación o los requisitos exigibles de entrada, se ha llevado a efecto por puestos fronterizos no habilitados, o contraviniendo una prohibición de entrada), podía ser sancionada con la expulsión. En cambio, la «pretensión de entrada» ilegal era sancionada con la medida de alejamiento que la ley denominó «retorno» [art. 54, párr. 1.º, b)]. Por tanto, la explicación de la diferencia entre uno y otro supuesto tenían enorme interés en el caso concreto, dado que la expulsión (a diferencia de la devolución) lleva aparejada, en todo caso, una medida de alejamiento del territorio español (prohibición de entrada) durante el período de tiempo indicado en la orden de expulsión.

Tras la reforma, la «entrada» ilegal sólo puede sancionarse con la devolución, con independencia del tiempo que el extranjero lleve en territorio español en situación de irregularidad, ya que ninguna de las nuevas disposiciones relativas a las infracciones menciona específicamente el supuesto de entrada (consumada) ilegal. Este cambio obedece a una visión (idealista) del legislador en la reforma de la LO 4/2000, que parte del presupuesto de que los extranjeros no pueden encontrarse ilegalmente en territorio español como consecuencia de que la entrada se haya producido de forma irregular, pues tal entrada no debe (o no debió) haberse producido, ya que la Ley prevé los mecanismos para evitar esta situación.

La entrada del extranjero en España tiene lugar de forma legal si concurren las siguientes circunstancias, que recoge el artículo 25, párrs. 1.º y 2.º: en primer extremo, es preciso disponer de la documentación o título de viaje válido (esto es, pasaporte, documento nacional de identidad u otros que acrediten la identidad de la persona). En segundo extremo, será exigible el visado para la entrada, en caso de que no exista ninguna causa que justifique su inexistencia (convenios de supresión de visados u otros motivos -estar en posesión de una autorización de residencia u otro documento análogo-) <sup>98</sup>. En tercer extremo, es preciso que el extranjero entre al territorio español por los puestos fronterizos destinados a tal fin y, por último, en el momento de la entrada, al efectuar la declaración de entrada, deberá presentar los justificantes que le sean requeridos por la policía para acreditar los motivos que alega para acceder al territorio español, así como que dispone de medios económicos de vida o estar en condiciones de obtenerlos legalmente (art. 25, párr. 1.º, tras su modificación por la LO 8/2000).

<sup>98</sup> Véase lo dispuesto en el artículo 25, párrs. 2.º y 3.º de la LO 4/2000, tras su modificación por la LO 8/2000.

Tras la entrada en vigor del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, España se convirtió en la frontera exterior del espacio schengeniano, en el que se pretende que no existan fronteras internas, sino que las personas circulen libremente. Para evitar que los extranjeros decidan cuál es la frontera externa por la que les resulta más ventajoso entrar en el espacio comunitario, se fijaron criterios comunes, relacionados inicialmente con la unificación de los visados<sup>99</sup>. En el momento actual, el llamado «acervo Schengen» ha sido comunitarizado como consecuencia de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, el día 1 de mayo de 1999. A través del Protocolo n. 2, anejo al Tratado de Amsterdam, se ha comunitarizado el citado acuerdo Schengen para trece de los quince Estados comunitarios, quedando fuera Reino Unido, Irlanda y Dinamarca<sup>100</sup>.

Las modalidades de visados que expiden las autoridades españolas para la entrada de extranjeros en nuestro territorio está determinada por lo dispuesto en los artículos 19 y ss. del citado Acuerdo de Aplicación, en el que se prevén tanto las modalidades de visados como su duración<sup>101</sup>. Los tipos de visados a los que se refiere la nueva Ley de Extranjería (art. 27, párr. 5.º) tienen validez territorial.

El visado es imprescindible para los nacionales de los terceros Estados relacionados en el Anexo del Reglamento 574/1999 del Consejo, de 12 de marzo, cuando pretendan cruzar las fronteras exteriores del espacio comunitario<sup>102</sup>. Cuando no sea necesario el visado para la entrada, el acceso al territorio español se producirá con la sola presentación del título de viaje válido, que, además, servirá para justificar la situación de estancia (véase *infra*).

Si el extranjero no cumple con alguno de los requisitos de entrada o le ha sido prohibida la entrada (art. 26, párr. 1.º), no tiene lugar la entrada, sino que le es «denegada» (art. 26, 2.º). Por tanto, la **denegación de entrada** tiene lugar por motivos de dos órdenes: en primer lugar, porque el extranjero tiene prohibida la entrada, como consecuencia de que se mantiene la vigencia de alguna sanción anterior (p.ej., fue previamente expulsado del territorio español); o, en segundo término, como consecuencia del incumplimiento de alguno de los requisitos (formales y materiales) necesarios para la entrada (p.ej., documentación defectuosa, no haber entrado por el puesto habilitado, etc.). La denegación de entrada se diferencia de la devolución, en que en el primer caso el extranjero no llega a entrar en territorio español, sino que permanece en el límite físico de la frontera por la que pretende entrar.

<sup>99</sup> Véase la Recomendación del Consejo de 4 de agosto de 1996, relativa a la cooperación consular local en materia de visados (DOCE, serie C, n. 80, de 18-3-1996).

<sup>100</sup> Para el gradual proceso de comunitarización de las materias de asilo e inmigración véase, C. ESCOBAR HERNÁNDEZ: «Extranjería y ciudadanía de la Unión Europea» en, C. ESCOBAR HERNÁNDEZ (ed.): *Extranjería e Inmigración en España y la Unión Europea*, Colección Escuela Diplomática, Madrid, 1998, pág. 120 y ss.

<sup>101</sup> Véase la Circular 3/1995, de 3 de marzo, de la Secretaría de Estado e Interior, relativa a la modificación de los visados de entrada al territorio español tras la entrada en vigor del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990.

<sup>102</sup> DOCE L 72, de 18 de marzo de 1999, págs. 2-5.

En cambio, la idea de «devolución» indica que el extranjero cruzó (de algún modo) la frontera española. El artículo 58 de la Ley de Extranjería utiliza una ficción para designar los supuestos que «sanciona» a través de la **medida limitativa de la devolución**, ya que se refiere a los extranjeros que «pretendan entrar ilegalmente en el territorio español» o los que «tengan prohibida la entrada». Tanto en uno como en otro caso, el extranjero ya ha entrado en España y, por tanto, no puede considerarse que, de hecho, pretenda entrar. Sin embargo, la Ley utiliza esta ficción para indicar que no contempla los supuestos de entrada ilegal de extranjeros en España, dado que -desde la visión «ideal» de la nueva Ley de Extranjería- se supone que ha puesto todos los medios para eliminar la inmigración ilegal <sup>103</sup>.

Por tanto, la denegación de entrada sanciona la pretensión de entrada cuando ésta no se produce cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley de Extranjería. Ha de ser motivada, con información de los recursos que pueden interponerse, del plazo, así como de la autoridad ante quien deban presentarse. El extranjero tiene derecho a asistencia letrada en el mismo puesto fronterizo. En cambio, la devolución sanciona la entrada, que se ha producido de forma ilegal, como consecuencia de que el extranjero ha realizado alguna de las conductas siguientes: ha cruzado la frontera por un puesto no habilitado, ha desembarcado de una patera en la costa o ha pretendido entrar ilegalmente a través de cualquier otro medio de transporte. Por tanto, la diferencia real entre la denegación de entrada y la devolución no se encuentra en la intención del sujeto (de entrar legalmente o ilegalmente en el territorio español), sino en el momento en que se haya producido su localización, dado que la denegación de entrada presupone, en todo caso, que el extranjero se ha presentado ante un puesto fronterizo terrestre solicitando la entrada.

En el momento actual, tras la entrada en vigor en su totalidad del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, sólo hay cuatro puestos fronterizos terrestres: Ceuta, Melilla, La Seo de Urgel y La Línea de la Concepción, como consecuencia de la ratificación y entrada en vigor para España del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 1990 <sup>104</sup>. A través de la Resolución de 21 de marzo de 1995 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores se anunció públicamente la obligatoriedad de las disposiciones del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, que supuso la supresión de las fronteras interiores -inicialmente en siete de los quince países comunitarios- <sup>105</sup>.

El artículo 26 de la LO 4/2000, ya analizado, hace referencia a las prohibiciones de entrada (pár. 1.º) y a la denegación de entrada (pár. 2.º). Ambos apartados no tienen una correspondencia simétrica, dado que la denegación de entrada puede producirse tanto cuando pesa sobre el extranje-

<sup>103</sup> Puede interpretarse que cuando el extranjero se encuentre de forma ilegal en territorio español, como consecuencia de que la entrada se ha producido de forma ilegal (esto es, no se trata de un supuesto de ilegalidad sobrevenida), la única medida posible para procurar su salida del territorio español es la devolución y no la expulsión.

<sup>104</sup> BOE de 5 de abril de 1994 y BOE de Corre. de err. de 9 de abril. Cfr. , A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: «Régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros: Comentario al Título II de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero», P. AGUELO NAVARRO/A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: *Ley de Extranjería*, Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza, marzo de 2000, pág. 113, nota 9.

<sup>105</sup> BOE de 24 de marzo de 1995.

ro una prohibición de entrada como cuando se presenta en la entrada y la documentación es defectuosa. En ambos casos, se le deniega la entrada. La Ley de Extranjería prevé otra medida, que tiene la misma finalidad que la denegación de entrada, esto es, no permitir que el extranjero entre en territorio español, pero que denomina **retorno** (art. 60) para diferenciarla de la anterior, porque está pensada para otros supuestos, en los que la pretensión de entrada no tiene lugar a través de una frontera terrestre, sino marítima o aérea, y, por tanto, cuando la presencia del extranjero es detectada por la policía ya se encuentra físicamente en territorio español <sup>106</sup>.

Puede decirse que la diferencia entre la «denegación de entrada» y el «rechazo en frontera» en la nueva Ley de Extranjería sólo se refiere al distinto modo a través del que el extranjero pretende entrar (legalmente) en el territorio español. Si pretende entrar por un puerto fronterizo terrestre y concurre alguna prohibición de entrada o no tiene la documentación adecuada, se le deniega la entrada. Si ha llegado al territorio español por vía aérea o marítima, pero no se ha presentado con la documentación exigida (al ser defectuosa o insuficiente) o tiene prohibida la entrada, se le aplica la medida del retorno prevista en el artículo 60 de la Ley de Extranjería.

A su vez, la denegación de entrada y el rechazo en frontera también se diferencian en un aspecto significativo, dado que cuando llega el avión al aeropuerto o cuando arriva el buque en el puerto, el extranjero ya no se encuentra en el puesto fronterizo, sino en territorio español y, por tal motivo, el retorno es también (junto con la devolución y la expulsión) una vía de salida. La denegación de entrada, en cambio, no conlleva la necesaria salida del extranjero, dado que aún no ha cruzado la frontera terrestre española. En los supuestos de rechazo en frontera puede ser acordado el internamiento del extranjero como medida cautelar para que se haga efectivo el retorno (art. 60), sin perjuicio de respetar los imperativos del derecho a la libertad personal ex artículo 17.1 de la CE (STCo. 179/2000) <sup>107</sup>.

#### b) Situación de estancia (art. 30).

El visado, en cuanto técnica de control de acceso a nuestro territorio, aparece como principal documento justificativo de la situación de estancia. Los artículos 29, 30, 31 y 32 de la LO 4/2000 constituyen el marco de referencia de la entera Ley de Extranjería, pues en ellos se delimita la frontera entre la «legalidad» y la «ilegalidad» de la situación del extranjero en territorio español. Cuando el extranjero ha accedido al territorio español a través de un puesto habilitado a tal efecto y con la

<sup>106</sup> En tales casos, el extranjero es retornado a su punto de origen en el plazo más breve posible. A diferencia de la denegación de entrada, en el retorno sí es posible hacer que el extranjero regrese a su punto de origen, pues bastará con que realice el mismo viaje (esto es, que tome el mismo barco o avión), pero en dirección contraria. Por este motivo, la Ley de Extranjería habla de «punto de origen» y no de «Estado de procedencia».

<sup>107</sup> Véase también en relación a esta polémica «zona de rechazados» aeroportuarias la STCo 174/1999, que corrige así una deficitaria práctica judicial. Los Acuerdos de readmisión de personas en situación irregular están pensados tanto para los supuestos de devolución, esto es, para los casos en que los extranjeros ya han entrado en el territorio español, como para llevar a efecto la salida en los casos de rechazo en frontera a través del retorno. En la actualidad, existen convenios de readmisión con Marruecos, Portugal, Francia, Bélgica, Rumanía, Italia, Eslovaquia, Estonia, Letonia y Lituania.

documentación necesaria, la policía lo está autorizando no sólo para que entre en territorio español, sino para que permanezca en él en situación de legalidad durante el tiempo de vigencia del visado. En el momento en que el extranjero entra al territorio español, la documentación de entrada (fundamentalmente, el visado) ha cumplido su función y el extranjero es autorizado a entrar.

Sin embargo, lo cierto es que el visado será el documento que justifica o que sirva para probar que el extranjero se encuentre en territorio español en situación de estancia, salvo que sea necesario que se acredite su estancia a través de una autorización de estancia, con la finalidad, p.ej., de que desarrolle una actividad lucrativa en nuestro territorio. Si no ha necesitado visado de entrada, el documento que prueba la situación de estancia es el propio título de viaje. En este caso, en el pasaporte se habrá puesto una marca en la que se indique la fecha de entrada y la fecha de salida, que se producirá, en todo caso, antes de los tres meses, a partir de la fecha de la entrada.

El artículo 36.1.º de la LO 4/2000, tras su modificación por la LO 8/2000, se refiere a la «autorización de estancia». La finalidad de dicha autorización está relacionada con el trabajo de los extranjeros que se encuentran en situación de estancia, pues, en la actual normativa de extranjería, a diferencia de la regulación anterior, el extranjero puede trabajar cuando está en situación de estancia. Por este motivo, y dado que la situación de estancia puede justificarse a través de una pluralidad de documentos (visado, en su caso, pasaporte, etc.), si el extranjero quiere trabajar cuando está en situación de estancia debe tener la pertinente «autorización de estancia». Es de esperar que este tipo de autorización sea regulada en el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería, en la que se indique cuándo, en qué condiciones y qué requisitos se exigen para conceder tales autorizaciones de estancia.

En todo caso y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36.3.º de la LO 4/2000, tras su modificación por la LO 8/2000, el extranjero que cuenta con la citada autorización de estancia y realice una actividad laboral, está protegido por el ordenamiento jurídico, esto es, el contrato es válido y despliega todos sus efectos desde el momento de su nacimiento. Ahora bien, la nueva Ley de Extranjería impone al empresario la obligación de solicitar la autorización para trabajar correspondiente, incurriendo, en su defecto, en las infracciones y sanciones que prevé la Ley de Extranjería. La autorización para trabajar, por tanto, ha de ser previa a la contratación del extranjero, pero la disposición en cuestión deja abiertas un conjunto de preguntas, que deberían ser resueltas por el Reglamento de desarrollo, ya que no queda claro si tal autorización para trabajar corresponde al empresario (por cada uno de los trabajadores que desee contratar o en bloque, para un conjunto de personas) o si corresponde al trabajador, con los efectos que pueden conllevar cada una de estas posibilidades <sup>108</sup>. Además, tampoco se indica si la concesión de dicha autorización para trabajar se sujeta (al igual que las demás) a la situación nacional de empleo (art. 38).

<sup>108</sup> Si la autorización corresponde al empresario, se dificulta el tránsito de la situación de estancia a la situación de residencia, dado que el extranjero no puede justificar que está en posesión de una autorización para trabajar, tal y como exige el artículo 31, pár. 2.º de la LO 4/2000 (*vid. infra*).

c) Situación de residencia temporal.

A pesar de la claridad con la que el artículo 29 de la actual Ley de Extranjería enuncia las situaciones en las que pueden encontrarse legalmente los extranjeros en territorio español (estancia, residencia temporal y residencia permanente), cuando se van analizando las disposiciones siguientes (arts. 30-32, básicamente), en las que se explica el modo y los requisitos exigidos por la ley para que el extranjero goce de alguna de ellas, se comprueba que no están relacionadas, esto es, que cuando finaliza la situación de estancia no comienza necesariamente la situación de residencia temporal. Por el contrario, su desvinculación, especialmente cuando se trata del paso de la estancia a la residencia temporal, es querida de propósito por el legislador, que no quiere facilitar que el extranjero que ha llegado al territorio español de forma temporal, permanezca de forma indefinida.

Por este motivo, las situaciones de estancia y de residencia se configuran desde el momento en que el extranjero entra en el territorio español. Esto es, un extranjero se encuentra en situación de estancia cuando entró en España con la finalidad de regresar a su país al cabo de tres meses y, por tanto, presentó en la frontera un visado de estancia (art. 30) <sup>109</sup>. En cambio, puede gozar de la situación de residencia temporal si entró en el territorio español con la finalidad de residir, habiendo debido justificar previamente tal intención ante la Embajada española en su país de procedencia para que le concedieran un visado de residencia. El legislador ha considerado que, en determinadas ocasiones, la residencia del extranjero en España es un derecho fundamental vinculado por tanto con el artículo 19 de la CE (pese a la limitación inicial que esta disposición contiene, al referirse exclusivamente a los españoles).

El carácter fundamental del derecho de residencia se deduce de lo previsto por la disposición final primera de la LO 4/2000, tras su modificación por la LO 8/2000, al indicar el carácter orgánico del artículo 31.2.º. Esta disposición se refiere a tres supuestos, en los que se considera que el extranjero tiene derecho a residir en territorio español: cuando acredite que dispone de medios de vida suficientes para atender sus gastos de manutención y estancia, incluyendo los de su familia, durante el período de tiempo por el que la solicite sin necesidad de realizar actividad lucrativa; cuando se proponga realizar una actividad económica por cuenta propia o ajena y haya obtenido la autorización administrativa para trabajar a que se refiere el artículo 36 de la Ley; y cuando sea beneficiario del derecho a la reagrupación familiar. En estos tres casos, el extranjero tiene derecho a residir en nuestro territorio, siendo el disfrute del derecho anterior a su documentación a través de un permiso de residencia (u otro tipo de autorización de residencia), que es sólo el justificante o prueba de que el extranjero se encuentra en situación «legal» de residencia temporal.

<sup>109</sup> La estancia por un período superior a dichos tres meses sólo se autoriza cuando concurren circunstancias excepcionales (art. 30, párr. 4.º). La referencia que hace el artículo 30, párr. 2.º a la duración de la estancia cuando se ha entrado con visado, que «en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis», alude a la posibilidad de que el extranjero pueda realizar la estancia en España de forma discontinua. En tales supuestos, la duración máxima de la estancia, que sigue siendo de tres meses, debe realizarse en un período máximo total de seis meses.

Existen otros supuestos, en los que la situación de residencia sólo llega a disfrutarse (de conformidad con lo que prevé el artículo 29.3) cuando el extranjero está en posesión de un permiso de residencia, cuya concesión es una potestad de la Administración, que, por tanto, está sujeta a un criterio de oportunidad y a una valoración discrecional. Así, la Administración «podrá» conceder el permiso de residencia (art. 31.3 y 4) en los siguientes supuestos: en primer lugar, a los extranjeros que hubieran obtenido un permiso, pero no lo hubieran podido renovar; en segundo extremo, a los que acrediten una permanencia en territorio español durante un período mínimo de cinco años; y cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo, en los supuestos previstos reglamentariamente <sup>110</sup>.

Uno de los tradicionales límites que la normativa de extranjería ha impuesto a la entrada y permanencia de extranjeros en territorio español tiene que ver con la conducta del extranjero. Un requisito común para «autorizar» la residencia en España es la carencia de antecedentes penales, por delitos cometidos en España o en sus anteriores países de residencia por delitos existentes en el Derecho español y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un acuerdo en tal sentido (señaladamente, Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen).

El propio extranjero debe aportar la certificación negativa de antecedentes penales, expedida por la comisaría de policía española. En caso contrario, no se le concederá el permiso de residencia, aunque concurra alguno de los motivos previstos en los apartados 2.º, 3.º y 4.º del artículo 31 de la LO 4/2000, tras su modificación por LO 8/2000 <sup>111</sup>. La verificación de la ausencia de tales antecedentes puede resultar complicada, salvo entre los países integrantes del espacio Schengen y, en especial, entre aquéllos que forman también parte del Sistema Informatizado de Schengen (art. 96 del Convenio de Aplicación).

En segundo extremo, para autorizar la residencia es necesario que el extranjero no se encuentre en la lista de «no admisibles» (o de «rechazables»), a la que ha dado lugar el SIS en el espacio Schengen. El inciso segundo del apartado 5.º del artículo 31 de la Ley de Extranjería se refiere de forma más genérica a cualquier otro país con el que España tenga firmado un Convenio en tal sentido, porque, hasta el momento, todos los Estados comunitarios no forman parte del SIS. No obstante, la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, el 1 de mayo de 1999, ha supuesto la «comunitarización» de las materias relativas a inmigración <sup>112</sup>.

<sup>110</sup> Por tanto, en los casos previstos en los apartados 3.º y 4.º del artículo 31 el extranjero no tiene derecho (ni fundamental ni subjetivo) a residir en territorio español, sino que la situación de residencia se supedita a la oportuna concesión por la Administración cuando concurren las condiciones que prevén las citadas disposiciones. Las facultades de la Administración, a diferencia del supuesto anterior, son más importantes, pero las decisiones administrativas pueden controlarse en todo caso, de conformidad con alguna de las técnicas de control utilizadas: control a través de los principios generales, control de los conceptos jurídicos indeterminados, control por los hechos determinantes, etc. *Cfr.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, 10.ª ed., Madrid, Civitas, 2000, 472.

<sup>111</sup> Véase la STSJ de Cataluña, de 14 de mayo de 1999 (*Act. Adm. Aranz.* 2000-1, @ 59).

<sup>112</sup> Sin embargo, todos los Estados comunitarios no han firmado el Protocolo por el que se integra el acervo de Schengen en el marco institucional y jurídico de la Unión Europea, ya que Dinamarca, Reino Unido e Irlanda han expresado su intención de quedar fuera. La entrada en vigor del Protocolo (al producirse la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam), ha supuesto que el Consejo de la Unión Europea sustituya al Comité Ejecutivo del Convenio de Aplicación y decidirá por unanimidad y el Secretario Schengen ha sido integrado en el Secretariado General del Consejo.

Hasta que no se apruebe el Reglamento de desarrollo de la LO 4/2000 no se sabe, salvo para los casos de residencia por la causa del artículo 31.3, cuál podrá ser la duración de la residencia temporal del extranjero <sup>113</sup>. Sin embargo, cabe considerar que podrán existir distintos períodos de duración de la residencia en función del distinto motivo por el que se haya llegado a alcanzar tal situación (p.ej., duración del contrato de trabajo, etc.). La única referencia que realiza la Ley de Extranjería a la renovación de los permisos de residencia es en el artículo 31.3. Sin embargo, la disposición adicional primera de la LO 4/2000 alude a la prórroga del permiso, que deberá resolverse en el plazo máximo de tres meses, pues, en caso contrario, ha de considerarse el silencio administrativo en sentido positivo. Por tanto, la propia ley parece diferenciar la prórroga y la renovación del permiso de residencia. La «prórroga» puede presuponer que la situación por la que se concedió el primer permiso de residencia era, en sí misma, susceptible de perdurar en el tiempo <sup>114</sup>.

d) La situación de residencia permanente.

La Ley de Extranjería considera que un extranjero que esté en **situación de residencia permanente** puede permanecer en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles (art. 32.1.º de la LO 4/2000, tras su reforma por la LO 8/2000). Por tanto, dicho extranjero no necesita autorización administrativa para trabajar, esto es, para que pueda ser contratado y su contrato de trabajo sea válido a todos los efectos. Además, dicho extranjero no está sujeto a las sucesivas renovaciones o prórrogas de los permisos de residencia para poder permanecer en España de forma legal. Como puede observarse, el legislador ha configurado la situación de residencia permanente de distinta forma a la que prevé el artículo 52 del RD 155/96, en el que el citado estatuto consistía en la concesión al extranjero de un «permiso de residencia permanente».

Se obtiene la situación de residencia permanente cuando el extranjero ha residido legalmente y de forma continuada en territorio español durante cinco años. Por tanto, la residencia no sólo ha de ser legal, sino continuada. Este último requisito dificulta el disfrute de la situación de residencia permanente, dado que no se computarán en el plazo de los cinco años los períodos de situación irregular en los que haya estado, de tal forma que cada vez que no le sea renovado un permiso, deber comenzar el cómputo de los cinco años <sup>115</sup>. El estatuto de residente permanente otorga al extranje-

<sup>113</sup> El artículo 40, letra k) de la Ley de Extranjería prevé que la concesión del permiso de residencia temporal al extranjero en el supuesto previsto en el artículo 31.3.º, tendrá una duración de un año. Dicho extranjero necesitará obtener un permiso de trabajo si pretende realizar una actividad laboral en nuestro territorio, pero su concesión no está supeditada a la verificación de la situación nacional de empleo.

<sup>114</sup> En cambio, la «renovación» es indicativa de que sólo tiene lugar si concurren las mismas u otras circunstancias, para que pueda otorgarse otro permiso (renovado y, por tanto, distinto) del primero.

<sup>115</sup> En todo caso, la única situación que contempla el artículo 32 de la Ley de Extranjería es la de previa residencia legal. Si el extranjero tenía un permiso de residencia, cuya validez expira al año, debe solicitar la renovación y, en caso de que le sea denegada, debe interponer recurso administrativo y, posteriormente, recurso contencioso-administrativo. Durante todo este tiempo, el extranjero está amparado por el derecho fundamental a residir y circular libremente por el territorio español. Cabe pensar que la resolución de estos recursos tarde más de cinco años, en cuyo caso el extranjero podrá demostrar que ha estado residiendo en España de forma continuada durante cinco años y se le deberá conceder la situación de residencia permanente.

ro una situación muy parecida a la de nacional, pero con algunos límites, que todavía hoy existen y cuya pervivencia se justifica por tratarse de derechos políticos, como sucede con del derecho de voto, cuyo goce sólo puede corresponder a los nacionales del Estado, salvo que existan tratados que prevean un trato de reciprocidad <sup>116</sup>.

El extranjero residente permanente tiene derecho subjetivo al trabajo. Por este motivo, ha desaparecido la modalidad de permiso de trabajo permanente, que se preveía en el artículo 35 de la LO 4/2000. Esta modalidad de permiso se ha suprimido en el actual artículo 38 de la Ley de Extranjería, tras la reforma. El nuevo artículo 41, pár. 3.º («no tendrán que solicitar la obtención del permiso de trabajo los extranjeros en situación de residencia permanente establecida en el art. 32») es indicativo de que no existe el permiso de trabajo permanente, sino el derecho al trabajo sin necesidad de permiso.

En el ámbito comunitario también está tomando cuerpo el estatuto de residente permanente, produciéndose una difuminación entre el binomio nacionalidad-extranjería en determinados contextos, presidida por la idea de integración del extranjero en el territorio en el que tiene su residencia de forma permanente <sup>117</sup>. Prueba de este fraccionamiento es que el estatuto de derechos conformado en torno al concepto de ciudadanía no se ciñe exclusivamente a los nacionales de un Estado parte, sino que derechos como el de Petición al Parlamento Europeo o el derecho de dirigirse ante el Defensor del Pueblo son reconocidos no sólo en favor de los nacionales de los Estados miembros, sino en favor de los nacionales de terceros Estados residentes en la comunidad (arts. del TUE tras su modificación por el Tratado de Amsterdam, art. 21 -ex art. 8D-, art. 138D -ex art. 194- y art. 138E -ex art. 195).

#### e) Situaciones especiales de residencia.

Una mínima mención merece la previsión de las denominadas «situaciones especiales» de residencia. La normativa española de extranjería, tanto la actual como la anterior, ha mantenido tradicionalmente la diferencia entre situaciones de extranjería sujetas a un «régimen general» y las situaciones «especiales» de extranjería, aludiendo con estas últimas a las que no se ajustan al régimen previsto con carácter general para la entrada, estancia, permanencia, trabajo, etc., de extranjeros en el territorio español, sino que en alguno de estos extremos la normativa de extranjería dota a estas personas de un régimen distinto.

<sup>116</sup> Cfr. G. ESTEBAN DE LA ROSA. «El derecho de sufragio de los extranjeros en España», *Rev. Fac. Der. Univ. Granada*, 1998, n. 1, pág. 135 y ss. Véase, no obstante, la Proposición de Ley del Grupo Mixto, relativa al reconocimiento de los derechos de sufragio activo y pasivo a determinados ciudadanos extranjeros (BOCG núm. 57, de 29 de mayo de 2000), en virtud del cual se propone que puedan votar en España tanto los residentes con más de tres años de duración como las personas que gocen del estatuto de residente permanente. Otra de las limitaciones del extranjero es la relativa al acceso a cargos públicos, dado que tradicionalmente se ha considerado que se trata de un aspecto que afecta a la soberanía del Estado y que, por tanto, tales puestos han de estar reservados a los propios nacionales. Sin embargo, *ya hemos puesto de relieve que a nuestro juicio esta legislación resulta hoy discriminatoria y, por tanto, contraria a la CE.*

<sup>117</sup> Vid. la Resolución de 4 de marzo de 1996, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países que son residentes de larga duración en el territorio de los Estados miembros (DOCE C-80, de 18-3-1996, págs. 2-4).

Sin embargo, las situaciones especiales de extranjería eran enfocadas en la LOEx/1985 desde una perspectiva de excepcionalidad más que desde una perspectiva de especialidad, dado que su interpretación se realizaba de forma estricta, de conformidad con la excepcionalidad del supuesto. Esta visión es frecuente cuando la óptica desde la que se analiza la situación de los extranjeros en territorio español es la pura de «extranjería», entendiendo por tal el mero control de la presencia de extranjeros en nuestro territorio. En la actualidad, tales situaciones especiales de extranjería no sólo han aumentado (p.ej., el reconocimiento de especialidades a la situación de las mujeres embarazadas, menores extranjeros, trabajadores desplazados, etc.), sino que han de ser consideradas «auténticas» situaciones especiales, en el sentido más técnico del término: expresan los programas de realización de derechos previstos en la Constitución o en los Convenios internacionales.

Lo que significa que tales situaciones especiales conducen a realizar una (re)interpretación de la entera normativa de extranjería, entendiendo por tal, el conjunto de disposiciones relacionadas con la situación de los extranjeros, de conformidad con los principios constitucionales o contenidos en los convenios internacionales de los que son expresión y desarrollo. El catálogo de situaciones especiales puede ser muy amplio, unas son tradicionales, otras son objeto de atención reciente por el legislador, como consecuencia de los acontecimientos que han tenido lugar recientemente, que afectan a tales colectivos de extranjeros (ej. menores -art. 35 LOExIS- y mujeres embarazadas -arts. 57 y 58- en virtud del principio de protección de la familia ex art. 39 de la CE; los extranjeros demandantes de asilo -art. 34; Ley de Asilo- <sup>118</sup>; los extranjeros «indocumentados» -art. 34-...).

### *3.2. La dimensión económica del estatuto administrativo: el nuevo régimen jurídico de los permisos de trabajo.*

El mantenimiento del régimen clásico de extranjería (control de flujos), no excluido ni tan siquiera durante la efímera etapa de vigencia de la LO 4/2000, se traduce para el inmigrante en la necesidad de obtener, ya logrados el visado y la autorización de residencia, una tercera autorización administrativa: el permiso de trabajo. La movilidad para la búsqueda de un empleo, con el objetivo de mejorar las condiciones de su existencia, así como la de su familia, representa hoy, como en los inicios del sistema económico capitalista, el factor más determinante de las migraciones de cientos de miles de personas, por lo que su pretensión de acceso y permanencia en los Estados receptores o de empleo queda muy estrechamente condicionada por la «demanda» de estos mercados nacionales de trabajo (mercantilización de los flujos migratorios). Más aún: las condiciones de acceso a este mercado se convierten en el eje cardinal sobre el que tiende a girar todas las regulaciones nacionales en materia de extranjería e inmigración, si bien son frecuentes las situaciones desvinculadas de la pretensión de realizar una actividad lucrativa, al menos en sentido estricto.

Aunque buena parte de los comentaristas de la nueva regulación introducida por la versión originaria de la LO 4/2000 coincidían en señalar una sustancial continuidad del modelo precedente,

<sup>118</sup> Vid. Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y su reglamento de desarrollo, aprobado por RD 203/1995.

parece claro que el legislador de la reforma no lo entendía así, presuponiendo una apertura del marco normativo hacia la inmigración económica que ha considerado oportuno limitar. En este sentido, la LO 8/2000 ha introducido importantes modificaciones en el régimen jurídico de los permisos de trabajo (arts. 36 a 43), cuyo sentido general es, sin duda <sup>119</sup>, marcadamente restrictivo, por lo que dificultará el acceso «regular» al mercado de trabajo a través del correspondiente permiso, por lo que se revelaría como un grave paso atrás <sup>120</sup>.

En obligada síntesis, los elementos más característicos de la versión originaria serían:

a) *Sustancial continuidad del sistema de acceso al mercado de empleo español* (preferencia de mano de obra residente a través de un régimen administrativo autorizatorio que actúa, a su vez, como técnica de control de flujos):

- Se mantenía el sistema de permisos conjuntos establecido en la LOEx/1985, no obstante la apariencia de su ruptura en la redacción del antiguo artículo 33.1 de la LOExIS, sin perjuicio de introducir un cierto cambio en la concepción del permiso de trabajo <sup>121</sup>. La ordenación del régimen de los permisos se hace descartando algunas innovaciones especialmente significativas (ej. no se recoge el permiso de estancia para la búsqueda de empleo, concebido como solución para evitar situaciones de irregularidad) <sup>122</sup>.

<sup>119</sup> No obstante la confesión del legislador, en la EM, respecto al objetivo de articular un régimen documental «que facilite que el extranjero que desee trabajar en nuestro país lo pueda hacer con todas las garantías y derechos».

<sup>120</sup> Sin embargo, el recientemente aprobado Plan GRECO asume el carácter positivo de la inmigración para el desarrollo de nuestro país por lo que, en buena lógica, permite augurar una interpretación nuevamente más abierta y flexible del régimen vigente, probablemente más en la línea de recuperar el sentido de la redacción originaria de la LO 4/2000 que en la de restaurar la vigencia del pereclitado modelo de la LOEx/1985, hoy absolutamente alejado de nuestra realidad socio-económica. La propia apertura unilateral por parte del Gobierno de un «período transitorio» de inaplicación de la LOEx/2001, así como la revisión de la política de acuerdos internacionales en esta materia, en la línea de fomentar una inmigración económica regular desde los países de origen, son buena prueba del cambio de actitud.

<sup>121</sup> El artículo 33.1 sólo exigía expresamente la obligación de obtener «una autorización administrativa para trabajar o permiso de trabajo». Sin embargo, de diversos preceptos de la propia LOExIS parecía deducirse la continuidad de la situación anterior, que precisaba la exigencia tanto de permiso de residencia cuanto, simultáneamente, de permiso de trabajo. En todo caso, si algo se ha discutido respecto a los requisitos de acceso al empleo no es la exigencia de un permiso de residencia -o autorización de estancia- sino, justamente, el permiso de trabajo. Para la transformación del permiso de trabajo, en la versión originaria, en una «mera» forma para controlar la composición del mercado de trabajo español, pero sin implicación sustancial, como acreditaría la imposibilidad de expulsar al extranjero que carezca de él, *vid* G. ESTEBAN. «Derecho Fundamental a la libre circulación y residencia y trabajador extranjero». Aa.Vv. (ed: F. Morente). *Inmigrantes, claves para el futuro inmediato*. Universidad de Jaén-Cruz Roja Española. 2000.

<sup>122</sup> Se descarta, así, una vía para facilitar que el extranjero que no acredita medios de vida suficientes pueda acceder al territorio español para acceder a un empleo. La nueva ley italiana sobre inmigración (Ley n. 40, 5-3-1998, en GU n. 59, de 12 de marzo) sí recoge esta posibilidad de inmigrar al país sin el requerimiento de disponer de oferta de empleo, con la finalidad de que el extranjero disponga de cierto tiempo para buscarlo. Una crítica, desde el plano sociológico, en M. PAJARES. *La inmigración en España. Retos y propuestas*. Icaria. Barcelona. 1998. págs. 226, 234-235.

- Mantenimiento de la política de contingentes practicada desde 1993, admitiéndose incluso la «desviada» utilización como técnica de regularización (art. 37): para «trabajadores extranjeros no residentes en España». Es la vía preferencial, aunque no exclusiva de acceso al mercado de trabajo, formalizando en el plano legislativo una práctica ya consolidada y que tiene con un dudoso fundamento reglamentario.

b) Aplicación de esta normativa, sin embargo, desde una lógica de favor hacia la inserción en nuestro mercado (*estrategia institucional pro regularización*):

- Supresión del régimen de preferencias y ampliación de las excepciones a la necesidad de obtener el permiso de trabajo (art. 39).
- Permiso especial para supuestos de regularización permanente (art. 3.1).
- Apertura hacia la contratación nominal al margen de los contingentes (art. 38.1).
- Introducción de una «nueva», al menos aparentemente, autorización administrativa a cargo del empresario, previa a la contratación de un trabajador extranjero, cuya carencia no invalidará el contrato de trabajo respecto de los derechos del trabajador extranjero. Por lo que se ha considerado a modo de una técnica de regularización individualizada.
- Supresión de la posibilidad de adoptar una medida de expulsión por carecer del correspondiente contrato de trabajo (art. 57).

Aunque la escueta regulación que la nueva ley aporta respecto de las autorizaciones para trabajar, sea por cuenta propia sea por cuenta ajena (permisos de trabajo), como por lo demás viene siendo habitual en este ámbito legislativo, hace de los permisos una cuestión remitida básicamente a la regulación reglamentaria (extremada amplitud de las remisiones que realiza a esta norma, que difiere en gran medida a su promulgación el alcance de la reforma), sí es posible constatar algunas claves importantes para la comprensión del régimen actualmente vigente. Entre las modificaciones más relevantes fijadas por la reforma, que persiguen tanto una corrección técnica (las enormes imprecisiones de este tipo, generadoras de importantes dudas interpretativas, han sido ampliamente reconocidas) como de sentido (limitar el objetivo de inserción por el empleo para las personas inmigradas en situación irregular), de la redacción precedente están:

a) Se abandona, con buen criterio, aunque todavía de forma algo confusa, la distinción entre «autorización administrativa para trabajar», exigible en actividades por cuenta propia, y «permiso de trabajo», correspondiente a la realización de actividades por cuenta ajena.

Partiendo de la correcta consideración de los «permisos» como efecto o consecuencia de la solicitud y obtención de una previa «autorización administrativa» para ejercer una «actividad remunerada», el artículo 36.1 de la LOExIS vuelve al sistema vigente bajo la

LOEx/1985, por lo que unifica las técnicas de autorización <sup>123</sup>, diferenciadas por la versión originaria, que de este modo retomaba la técnica, sin duda defectuosa, de los Decretos de 1968 y 1974. Aunque, como es habitual, el régimen jurídico sí aparezca notoriamente diversificado, tanto en la regulación normativa como en la práctica administrativa generada por aquella, sin perjuicio de fijar algunas reglas comunes. La progresiva convergencia de regímenes jurídicos, al menos en relación a ciertos mínimos de protección, entre trabajadores por cuenta propia y trabajadores por cuenta ajena, y el protagonismo que actualmente adquiere el desarrollo de políticas de autoempleo, individual y colectivo, prestan nuevos fundamentos a esta opción aproximadora entre ambos regímenes, también para los extranjeros, si bien la situación actual dista de ser coherente con este proceso, pues adolece de excesos y rigideces <sup>124</sup>.

- b) Se pretende clarificar la diferencia entre el permiso de trabajo y la situación de residencia legal, si bien no se lleva hasta sus últimas consecuencias, que hubiera supuesto una modificación del concepto de permiso de trabajo, y adolece de graves contradicciones.

La supresión formal de la referencia a la obligación de obtener un permiso de residencia de duración simultánea a la del permiso de trabajo, que para algunos comentaristas determinó un cambio sustancial del régimen precedente, se mantiene en la nueva versión, sin embargo, ello no quiere decir que exista una total desvinculación o desconexión entre ambas técnicas de control de flujos migratorios. Así, el nuevo artículo 36.1 aclara la exigencia de obtener tanto el permiso de residencia -o autorización de entrada- como el permiso de trabajo para poder ejercer válidamente una actividad lucrativa o remunerada (expresión más acertada del artículo 10 de la LOExIS), con lo que la mejora técnica en su redacción es manifiesta, al haber corregido un factor de incertidumbre y confusión del texto anterior <sup>125</sup>. Esta conexión entre la situación de residencia, al menos la temporal, y la autorización administrativa para trabajar se recoge también en el artículo 31.2 de la LOExIS, si bien ya no cabe sostener para todos los casos la necesidad de que se soliciten conjuntamente <sup>126</sup>.

<sup>123</sup> En ambos casos estamos ante un «acto de la Administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad inicialmente prohibida, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente». Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ. *Curso de Derecho Administrativo*. Tomo I. Civitas. Madrid. 2000.

<sup>124</sup> De ahí que se abogue por mantener el tratamiento normativo separado entre ambos permisos de trabajo, a fin de facilitar la comprensión y aplicación de las normas respectivas en relación a su gestión, al tiempo que se pide un desarrollo reglamentario que refleje una regulación más simple, ágil y flexible. Todo ello bajo el telón de fondo de la coherencia con un sistema de libre mercado. Vid. M. L. TRINIDAD. «El trabajo... *op. cit.* pág. 1 y ss.

<sup>125</sup> El artículo 36.1 de la LOExIS, en su versión originaria, relativo a los permisos especiales de trabajo, recogía igualmente esta exigencia de obtener conjuntamente el permiso de residencia y el de trabajo. En virtud de esta y otras referencias, en particular el régimen sancionatorio [el art. 48 c) recogía como infracción leve trabajar sin haber solicitado el permiso, cuando se cuente con permiso de residencia temporal, o cuando éste se le haya denegado].

<sup>126</sup> En todo caso, es claro que si ya no es posible sostener la simultaneidad de situaciones, en lo que refiere al otorgamiento, denegación o caducidad de las autorizaciones de residencia y trabajo, de forma general, si será la regla para las situaciones más típicas de las personas inmigradas, aquellas que acceden a nuestro territorio para realizar una actividad remunerada. La crítica por confusa respecto de la versión originaria y la afirmación de una sustancial continuidad, quizás excesiva, en M. RAMOS QUINTANA. «Trabajadores extranjeros... *op. cit.* pág. 49.

Ahora bien, conviene igualmente tener en cuenta que ni todos los que acceden y residen en nuestro territorio requieren autorización administrativa para trabajar -ej. beneficiarios del derecho a la reagrupación familiar; personas que cuentan con medios económicos sin necesidad de realizar actividad lucrativa-, ni para trabajar válidamente se necesita en todo caso el permiso de trabajo sino, en realidad, el permiso de residencia, como sucede con aquellos que se benefician de un permiso de residencia permanente <sup>127</sup>. Consecuentemente, no todos los trabajadores extranjeros situados en el ámbito aplicativo de la LOExIS precisan autorización administrativa para trabajar. Del mismo modo que, en relación al plazo de duración, no existe ya una estricta vinculación entre las vigencias de ambos permisos en aquellas situaciones en las que ambas técnicas de control concurren, a diferencia de lo que establecía expresamente la anterior regulación (art. 15.2 de la LOEx/1985) <sup>128</sup>.

- c) La Administración recupera la facultad de establecer un sistema de criterios especiales en virtud del principio de reciprocidad (art. 36.4).

Entre los criterios que la LOEx/1985 establecía para la concesión inicial del permiso de trabajo -también para la renovación- ocupaba una posición destacada el denominado régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero [art. 18 c) de la LOEx/1985; art. 80.2 del RELOEx/1996]. Este principio, que resume el conjunto de reglas (reciprocidad legal) y prácticas (reciprocidad de hecho) que determinan el concreto trato de un nacional español en relación al acceso y desenvolvimiento de sus actividades remuneradas en el mercado de trabajo de otros países, se ha instrumentalizado tanto para conceder, si en el país de origen existe un trato equiparador (reciprocidad favorable), como para denegar, si existe un trato discriminatorio (reciprocidad peyorativa), un determinado permiso <sup>129</sup>. La

<sup>127</sup> Claro es el artículo 32.1 de la LOExIS que recoge el derecho a la igualdad de trato a partir de este momento (ha de entenderse en el acceso al empleo, pues de lo contrario carecería de sentido, pues la igualdad de trato se aplica a todo trabajador extranjero en situación regular ex art. 3 y 23 de la LOExIS). En atención a la excepción contemplada por el artículo 41.3 de la LOExIS será, pues, el permiso de residencia permanente el presupuesto para permitir un acceso directo al empleo, actuando como autorización de trabajo. Por su parte, el artículo 53 b) de la LOExIS considera como infracción grave encontrarse trabajando sin haber obtenido el permiso de trabajo pero, como sucedía en la versión originaria y a diferencia de la LOEx/85, *tan sólo cuando se carezca de «autorización de residencia válida»!* El carácter no invalidante de la falta de autorización administrativa previa por parte del empresario respecto de trabajador no autorizado, previsto en el artículo 36.3 de la LOExIS, no hace sino confirmar este cambio, ciertamente importante, en la concepción del permiso de trabajo.

<sup>128</sup> Esta regla de desconexión o desvinculación de las vigencias de ambos permisos es muy significativa si se tiene en cuenta que, a tenor de la experiencia precedente, la automaticidad en la pérdida de la residencia legal por la pérdida del empleo y, consecuentemente, del permiso de trabajo, se reveló como una de las causas más frecuentes de irregularidad de las situaciones de los inmigrantes. El ejercicio del derecho al trabajo se vincula a otro tipo de autorizaciones administrativas, tales como las colectivas (art. 74.1 del RELOEx/1996); autorización para refugiados y sus familiares y extranjeros con especial consideración de desplazados (art. 34 de la LOExIS); autorizaciones para extranjeros con permisos de residencia por circunstancias excepcionales (OM 19-11-1997); permisos de extranjeros enrolados en buques españoles (Resolución 3-5-1990; Resolución DGOM 21-6-1999, en el marco de la Ley 27/1992, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante); autorización para trabajar a estudiantes (art. 33 de la LOExIS), que no gozan de una situación de residencia sino de estancia y que, en principio, tienen una prohibición relativa para trabajar; permiso de trabajo para la realización de prácticas profesionales (Resolución 10-10-1988, de la Dirección General del Instituto Español de Emigración sobre tramitación de solicitudes de trabajo para realizar prácticas profesionales -BOE, 4-11-1988-).

<sup>129</sup> Vid. SsTS 3 de junio de 1997, ar. 5177; 16 de diciembre de 1997, respectivamente. La comparación de los tratamientos afecta no sólo a las reglas de acceso y ejercicio de actividades laborales o profesionales, sino también a los plazos de vigencia o duración de los permisos otorgados a los españoles. Vid. Acuerdo con el Reino de Marruecos en materia de permisos de residencia y trabajo, 6 de febrero de 1996 -BOE 28-5-1996-.

versión originaria de la nueva LOExIS suprimió esta referencia, salvo lo previsto en determinados Convenios Bilaterales (reciprocidad convencional). La versión reformada, sin embargo, vuelve a conceder a la Administración la posibilidad de fijar criterios especiales en atención al principio de reciprocidad, si bien remite a lo dispuesto en la regulación reglamentaria.

- d) Se clarifican, por lo general en sentido restrictivo, algunas de las incertidumbres generadas por la defectuosa redacción anterior en relación al trabajo por cuenta propia, cuyo régimen, sin embargo, apenas sí experimentó modificación relevante alguna <sup>130</sup>.
- e) La nueva LOExIS suprime la excepción al régimen de contingentes concretada en la posibilidad reconocida a los empresarios de realizar ofertas singularizadas de empleo.

La novedad del antiguo artículo 38.1 de la LOExIS no estaba, respecto a la situación ya existente, en el establecimiento de dos regímenes distintos para la tramitación de ofertas de trabajo, sino en el hecho de que el régimen de contingentes pasaba a ser el habitual y preferente, mientras que el procedimiento tradicional, el de las ofertas nominales e individuales de trabajo, pasaba a ser excepcional. Aunque la supresión formal de esta vía es congruente con la voluntad de reforzar la instrumentalización del contingente al servicio de una política de gestión de flujos basada en el control del acceso y la flexibilidad del mercado de trabajo, su configuración como único camino de acceso a nuestro mercado supone un entendimiento rígido de la ordenación de la política de inmigración económica que, además de contradecir otros preceptos de la propia LOExIS y otras disposiciones legislativas (incoherencia), puede resultar contraproducente (ineficaz). Por lo tanto, a nuestro juicio, *debe entenderse subsistente el sistema dual o mixto de acceso -vía contingente, preferencial, vía oferta nominal, excepcional-, si bien ahora la segunda vía será mucho más difícil y residual* <sup>131</sup>.

- f) La nueva LOExIS pretende un giro sustancial en el funcionamiento práctico de la técnica de contingentes, volviendo a su configuración como técnica de canalización de flujos migratorios en situación legal y no como técnica de regularización encubierta.

<sup>130</sup> Si en la LOEx/1985 los permisos de trabajo por cuenta propia exigía que la concesión del permiso «implique la creación de nuevos puestos de trabajo o signifique la inversión o aportación de bienes susceptibles de promover el empleo nacional o de mejorar las condiciones en que se preste» [art. 18.2; art. 76.II, a) del REELOEx/1996], lo que puede estar en la base del constante descenso de solicitudes de permisos de este tipo, ahora ha desaparecido este criterio valorativo, sin que quepa posibilidad, al menos inicialmente, de reintroducirlo por vía reglamentaria, dado el carácter especialmente restrictivo de esta exigencia. La LOExIS, en ambas versiones, se aleja de la opción de política migratoria presente en la Sección A4 de la Resolución de 30 de noviembre de 1994, del Consejo de la Unión Europea, relativa a la limitación del acceso de nacionales de terceros países en los Estados miembros para ejercer una actividad profesional por cuenta propia. Vid. M. L. TRINIDAD. «El trabajo por cuenta propia de los extranjeros en España: recorrido por un camino que se estrecha». R. J. *La Ley*, 28 de septiembre de 2000, pág. 1 y ss.

<sup>131</sup> En realidad, ni la versión originaria ni la versión reformada introduce modificación sustancial respecto del funcionamiento práctico actual, más aún, lo que hace es dar cobertura legal a la anterior práctica jurídica de un sistema compuesto o mixto en la que existen dos vías para obtener el permiso inicial.

Pero sin duda, uno de los aspectos clave -pieza angular de la nueva política migratoria- de la nueva regulación en materia de permisos de trabajo de las personas inmigradas es la relativa a la técnica de los contingentes, en la que además de recibir en vía legislativa la práctica iniciada en 1993, pretende introducir importantes cambios <sup>132</sup>. Entre estos cambios destacan (art. 39):

- Periodicidad del contingente: previsión del carácter anual -anteriormente no contemplaba una periodicidad concreta, aunque en la práctica era anual-.
- Sujeto promotor o competente para la fijación: el Gobierno con la participación de otras AA.PP., sobre todo a través del Consejo Superior de Política de Inmigración (órgano constituido el 6 de mayo de 2001) -hasta ahora la acción concertada se llevaba a cabo con la Comisión Interministerial de Extranjería-, y con los interlocutores sociales.
- Sujeto destinatario de los contingentes: su pretensión de volver a ser una técnica de canalización de nuevos flujos y no ya vía de regularización ha llevado a clarificar que los destinatarios son, a diferencia de la versión originaria («trabajadores extranjeros no residentes en España») y la práctica precedente, sólo las personas «que no se hallen» en España <sup>133</sup>.

g) La versión reformada recupera la técnica de las preferencias en la obtención el permiso de trabajo, sustituida en la versión originaria por la técnica de las excepciones al contingente <sup>134</sup>.

<sup>132</sup> Un instrumento de canalización y organización de flujos migratorios de carácter legal y por razones ocupacionales -complementario de la acción de las demás técnicas de control, como son la exigencia de visado en los controles de frontera, las medidas de alejamiento-, para lo cual se procede a la fijación, por parte de la Administración en régimen de concertación, de un número de permisos de trabajo o cupo, que se otorgarán para la cobertura de un número igual de demandas de empleo no satisfechas ni por la mano de obra disponible en el ámbito nacional, tanto española, como comunitaria residente, ni por el procedimiento general de concesión de permisos de trabajo (basado en ofertas individuales de trabajo ofrecidas por personas o empresas empleadoras). Los criterios son: necesidad de mano de obra del mercado español y la capacidad de acogida de nuestra sociedad (Acuerdo del Pleno del Congreso de 1991). Son las leyes del mercado y la iniciativa de los empleadores, y sus organizaciones, las que indirectamente determinan el volumen, orientación y reparto de los flujos inmigratorios por razones económicas. A tal fin aparece mediada por una doble operación estimativa: una de carácter técnico (valoración de la demanda de empleo no satisfecha por la mano de obra ya residente), por un lado, otra de política de empleo (instrumento de racionalización del mercado de trabajo, bien flexibilizando bien reforzando los requisitos de acceso), por otro, según las concretas circunstancias.

<sup>133</sup> Junto a los procesos de regularización extraordinaria y de carácter colectivo, no selectivo, la política de contingentes se convirtió en una técnica de regularización encubierta, selectiva y periódica, de carácter anual, a través de los cuales se pretendió dar salida al déficit regulador existente: *reglas de normalización social, incoherentes desde el punto de vista formal pero adaptadas a la realidad -crecimiento imparable de la población extranjera en situación irregular-*. Uno de los absurdos de funcionamiento, luego lamentablemente escenificado con mayor dosis de esperpento, fue el obligar a los incluidos en el contingente a regresar a sus países para obtener el correspondiente visado y, después, volver a España, con el agravante de que la duración seguía siendo anual, con lo que volvían a recaer, en un buen número de casos, en situación irregular. Esta obligación de retorno, sin embargo, aparecía en diferentes supuestos exceptuada.

<sup>134</sup> La ampliación del régimen de excepciones a la necesidad de obtener permiso de trabajo fue entendida como una de las novedades más significativas de la versión originaria de la LOExIS/2000, en la medida en que era reveladora de una opción de política legislativa decididamente favorable a la eliminación de obstáculos para la inserción ocupacional de determinados colectivos, en particular de los llamados *inmigrantes de segunda generación*.

La versión inicial de la LOExIS, con la intención de resolver algunos de los problemas que se habían planteado ante el desarrollo de un sistema de doble vía de acceso de trabajadores extranjeros a nuestro mercado de trabajo (sistema mixto, integrado por la vía extraordinaria y colectiva del contingente y la vía ordinaria e individualizada del permiso de trabajo), sustituyó el precedente régimen de preferencias por el de excepciones al contingente, con lo que se introducía un régimen más favorable para el acceso del inmigrante al mercado <sup>135</sup>. La versión reformada vuelve, sin embargo, a reconducir determinadas excepciones, las previstas en el antiguo artículo 38.2, con el consiguiente efecto de exención del permiso, hacia meras preferencias, que significa tan sólo la exención del análisis de la situación nacional de empleo para la concesión del permiso de trabajo <sup>136</sup>.

Desaparece, así, un amplio elenco de excepciones a la necesidad de permiso de trabajo, ya en atención a la actividad a desarrollar en España, ya por razones subjetivas, en virtud de la especial vinculación del extranjero con nuestro país. Ahora bien, en la medida en que el nuevo artículo 40 vuelve a calificar como preferencias de empleo supuestos considerados originariamente en la LOExIS como excepción al contingente, de este dato se desprende con toda claridad, a nuestro juicio, la imposibilidad de que todos los puestos de trabajo a ocupar por los extranjeros puedan estar previstos -y por tanto sometidos- al régimen de contingentes. La existencia de concretos desempleados nacionales -o ya residentes en nuestro país- no será ya impedimento definitivo para el acceso al mercado de inmigrantes <sup>137</sup>. No se recogen, sin embargo, las preferencias tradicionalmente concedidas a los extranjeros provenientes de países con los que España ha mantenido vínculos particularmente intensos a lo largo de la historia, y con los que en gran medida ha contraído una «deuda histórica de solidaridad» que ahora parece negarse a reconocer y «pagar», aunque la política migratoria comunitaria permita y favorezca esta diferencia de trato <sup>138</sup>.

<sup>135</sup> Vid. M. A. BALLESTER PASTOR. *El trabajo de los extranjeros...* op. cit. págs. 87 y ss.

<sup>136</sup> No afecta a las incluidas en el artículo 39.1 de la LOExIS 4/2000, versión originaria, pero en realidad no son sino las previstas como tales en la LOEx/1985 (art. 18). Aunque excluye unas -ej. preferencias por razón del país de procedencia-, e incluye otras -ej. facilitación de la inserción de determinados colectivos (menores extranjeros en edad laboral ex art. 35 de la LOExIS, obtención del permiso de residencia por arraigo ex art. 31.3 de la LOExIS)-. Las únicas excepciones reales al permiso de trabajo se recogen en el artículo 41 de la LOExIS, que viene a coincidir prácticamente con el artículo 16 de la LOEx/1985, si bien se suprime alguna y se adicionan otras. Se añade el requisito formal de crear, por vía reglamentaria, un procedimiento para acreditar la concreta excepción (art. 41.2 de la LOExIS, versión actual; OM 8-5-1997 -BOE de 13 de mayo-, Resolución de 12-1-1998, de la DGOM -BOE de 7 de febrero-).

<sup>137</sup> La identificación de este criterio con la situación global del mercado de trabajo y no respecto a una determinada actividad choca con una consolidada jurisprudencia, a tenor de la cual la denegación del permiso sólo podrá producirse cuando se acredite la realidad de la existencia de trabajadores nacionales -o comunitarios- con la suficiente capacidad para desempeñar la actividad concreta de que se trate: pese a informar el INEM que la actividad pretendida pertenece a un «sector laboral saturado con un elevado número de demandantes de empleo», no queda acreditado que tales demandantes tuviesen «esa formación especializada ... por lo que la resolución administrativa impugnada carece de datos fácticos... de lo que se infiere que la concesión del permiso de trabajo solicitado no lesiona el empleo interno, dadas las características específicas del trabajo, para el que se interesa el oportuno permiso» Vid. STS 14 de enero de 1998, ar. 597.

<sup>138</sup> Así debería haber sucedido respecto de peruanos, chilenos y ecuatorianos en virtud de los Convenios de Doble Nacionalidad entre estos países y España (vid. 1959 -BOE 19-4-1960-, 24-5-1958 -BOE de 14 de noviembre-, 4-3-1964 -BOE 13-1-1965-, respectivamente), en los que se excluía la valoración de la situación nacional de empleo o el efecto beneficioso en el país de acogida o empleo. Aunque el TS ha reconocido la obligatoriedad de estos compromisos en reiteradas oca-

h) En todo caso, es claro que existe una disparidad de tratamiento entre las situaciones de solitud inicial del permiso y la de renovación de los mismos, donde cuenta con mayor seguridad jurídica.

Una de las críticas más certeramente realizadas al sistema precedente era, precisamente, la excesiva temporalidad de los permisos, con el consiguiente efecto de precarización de las situaciones de los trabajadores inmigrantes, para los cuales el clásico principio de estabilidad en el empleo no ha jugado nunca mínimamente. Con la nueva regulación, se establece un derecho a obtener la renovación del permiso de trabajo -presupuesto necesario para el ejercicio de una actividad retribuida o remunerada- siempre y cuando continúe el contrato de trabajo, o sea objeto de renovación, sin perjuicio de las situaciones producidas cuando se es beneficiario de la prestación por desempleo o, según ampliación de la LO 4/2000 no reformada, cualquier otra prestación asistencial de carácter público para lograr su inserción o reinserción laboral <sup>139</sup>.

La concesión del permiso inicial sigue estando condicionada a la valoración por la Administración del criterio relativo a la «situación nacional de empleo», que expresa el principio de preferencia de la mano de obra desempleada (STSJ Andalucía, 7-7-1999). La versión originaria descartaba que este criterio pudiera ser utilizado por la Administración para denegar una renovación, como confirmaba su consideración como excepción al contingente, sin embargo la nueva regulación introduce una mayor ambigüedad.

En todo caso, conocida es la posición jurisprudencial según la cual, en coherencia con la inexistencia de potestades absolutamente discrecionales, la potestad para conceder o denegar el permiso de trabajo no sería propiamente una facultad discrecional, sino una potestad atribuida a la Administración en virtud de la denominada técnica de los conceptos jurídicos indeterminados, como es el relativo a la situación nacional de empleo, cuya función sería más que el control la reducción de la discrecionalidad <sup>140</sup>. Aunque no hay específicos

---

siones (SsTS 25-2-1992, ar. 1034; 5-9-1998, ar. 6917, 15-9-1998, ar. 8803), el amplio volumen de trabajadores en situación irregular procedentes de estos países parece evidenciar una práctica diferente. La firma del Protocolo modificativo del Convenio entre la República de Ecuador y el Reino de España, que entró en vigor el 5 de julio de 2000, aunque se concluyó en Quito el 25 de agosto de 1995 -BOE 16-8-2000-, evidencia este giro restrictivo. Una idea análoga inspira la situación de la Administración en relación a los Acuerdos de establecimiento y asociación entre la Comunidad Europea y sus Estados miembros con Terceros Estados. *Vid.* entre una abundantísima jurisprudencia SsTJCE, 30 de septiembre de 1997, Caso ERTANIR; 19 de noviembre de 1998, Caso Haydar Akman. *Vid.* P. CHARRO BAENA. Autorizaciones para trabajo. *op. cit.* pág. 70 y ss. En definitiva, estos Convenios *no reconocen una excepción de obtener permiso de trabajo sino que, constatado el cumplimiento de los requisitos de acceso a nuestro territorio, según la normativa común de extranjería, la concesión del permiso de trabajo debe ser automática, esto es, se trata de una potestad estrictamente reglada en este caso.* *Vid.* STS 27 de julio de 1992, ar. 6246, 13 de febrero de 1996, ar. 1118.

<sup>139</sup> *Vid.* SsTS 21 de diciembre de 1994, ar. 10349; 21 de septiembre de 1995, ar. 6787. La propia pendencia de una decisión de regularización supone una posición más sólida para el inmigrante, en la medida en que no podrá ser expulsado en tanto en cuanto no haya un pronunciamiento expreso al respecto. *Vid.* STS, Sala 3.ª, 22 de julio de 2000, ar. 7160.

<sup>140</sup> *Vid.* SsTS, de 21 de marzo de 1997, ar. 2175, de 15 de julio de 1997, ar. 5187; de 3 de febrero de 1998; de 14 de septiembre de 1998, ar. 7237; de 17 de diciembre de 1998, ar. 10216. Con carácter general, para la diferencia *vid.* STS, Sala 3.ª, de 19 de julio de 2000, ar. 7428. En todo caso, ha de tenerse en cuenta también la doctrina según la cual todo acto tiene siempre elementos reglados, en particular el procedimiento. Una de las cuestiones que ha generado un mayor inte-

controles es claro que habrá de entenderse vigente la doctrina jurisprudencial restrictiva que exige, también para la concesión inicial, la motivación y la verificación de hechos, comprobados y reconducibles a un criterio legal (STCo. 32/1996).

- i) Eliminación del «permiso especial» de trabajo para todos aquellos extranjeros que obtuviesen el permiso de residencia temporal por el procedimiento previsto en el antiguo artículo 29.3 de la LOExIS 4/2000.

De esta manera, junto a la exclusión de otra vía prevista en la versión originaria para favorecer la regularización individualizada (técnica de regularización permanente y singular) de inmigrantes <sup>141</sup>, ahora esta situación aparece, sin embargo, además de mucho más limitada (el período de «arraigo» pasa de 2 a 5 años de estancia ininterrumpida en el nuevo y más restrictivo art. 31.3), desplazada en su tratamiento hacia las simples preferencias [art. 40, letra k)].

- j) Además, se prevé por vez primera en el plano legislativo un permiso de trabajo permanente <sup>142</sup>.

Una interpretación literal del antiguo artículo 35.5 de la LOExIS/2000 podría hacer pensar en la existencia de un auténtico «permiso de trabajo permanente» como consecuencia de la conversión de los precedentes permisos temporales en otro definitivo. Ahora bien, una adecuada interpretación sistemática y teleológica de la regulación actual evidencia que, en realidad, la situación de residencia permanente determina la exención de la necesidad de soli-

---

rés es el relativo a la exigencia o no, en el proceso de toma de decisiones, de Informes previos de los Servicios Públicos de Empleo, en orden a determinar si la oferta de empleo puede ser satisfecha o no por trabajador español, comunitario o extranjero residente. *Vid.* SsTS de 3 de febrero de 1998, ar. 2083, de 21 de marzo de 1997, ar. 2175; o del Ministerio correspondiente cuando se trate de trabajo por cuenta propia (el art. 93 del RELOEx/1996, hablaba del M. de Comercio y Turismo). Para los efectos, se ha entendido bien la nulidad de actuaciones y retroacción de las mismas (23-4-1991, ar. 3319; 4-6-1992, 4773; 15-7-1997, ar. 6223), bien, aunque minoritariamente, el reconocimiento del permiso de trabajo, por virtud de los principios de seguridad jurídica y economía procesal. *Vid.* STS de 9 de mayo de 1997, ar. 4184, no sólo minoritaria sino anterior a la LRJCA, de 13 de julio de 1998, cuyo artículo 71.2 prohíbe a los órganos judiciales «determinar el contenido discrecional de los actos anulados».

<sup>141</sup> El «derecho al permiso de trabajo» se reconocía a todos aquellos que, en virtud del artículo 29.3 de la LO 4/2000, obtuvieran un permiso de residencia como consecuencia de una estancia previa en territorio español durante dos años y estuviese empadronado. Este permiso no estaba condicionado, por propia coherencia con su finalidad regularizadora y con la situación del inmigrante -que cuenta con medios económicos para atender a su subsistencia-, ni por la situación nacional de empleo ni por la exigencia del contingente. Su régimen de renovaciones era el mismo que el vigente para los demás permisos iniciales.

<sup>142</sup> Cabe recordar que el RELOEx/1996, a consecuencia de la Resolución de la UE de 4 de marzo de 1996, introdujo el permiso de trabajo permanente [(art. 77.1 g)], al que se podía acceder tras la obtención del permiso inicial de un año (permiso tipo b), la primera renovación por 2 años (permiso tipo B) y la segunda por 3 años más (permiso tipo C), lo que significaba la constatación de 6 años ininterrumpidos de trabajo en España. La propia inestabilidad del mercado de trabajo español, que incide con mayor fuerza en determinados colectivos, uno de ellos, sin duda los inmigrantes, hacía más formal que real esta posibilidad. Es la máxima expresión de un modelo, ampliamente denunciado, de inmigración de tendencia rotativa acorde a las propias preferencias del modelo de contratación vigente en este período con carácter general, introducido por las leyes de reforma laboral socialistas.

citar el permiso de trabajo, de modo que sólo aquella situación es la determinante o presupuesto de atribución de la titularidad de un genuino derecho subjetivo a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles. En estos casos, por tanto, se excluye cualquier diferencia de regímenes en el acceso al empleo -nótese que en la relación el principio de igualdad de trato ya viene reconocido a todos los trabajadores extranjeros, aun con permisos temporales-.

- k) Se clarifica que la autorización administrativa previa para contratar a trabajadores extranjeros exigida al empresario por el artículo 36.3 de la LOExIS no es una nueva autorización, adicional a la solicitada por el trabajador.

En principio, junto al permiso de trabajo, la nueva LOExIS impone también al empleador una obligación de obtener, con carácter previo a la contratación de un trabajador extranjero, una autorización administrativa (art. 36.3). Es evidente el efecto disuasorio que pretende tener, respecto de la contratación ilegal de mano de obra inmigrante, un nuevo requisito administrativo como éste, puesto a cargo del empleador y sin efectos negativos respecto del trabajador, pues su falta no invalida el contrato, aunque sí determinaría la existencia de una infracción administrativa [(art. 54 1. d)] <sup>143</sup>. Los debates parlamentarios evidenciaron la doble interpretación del mismo:

- O bien era una nueva vía para permitir que personas sin permiso pudieran obtener la autorización para trabajar, por tanto, con efectos convalidatorios de la carencia del permiso propio. El permiso de trabajo se convierte así en un presupuesto de acceso al empleo que obliga directamente a los empleadores, sujeto obligado a solicitar y obtener la autorización previa de la autoridad laboral, aunque el beneficiario sea el trabajador que de esta manera se encontrara legalmente habilitado para trabajar. No obstante, la inactividad del empleador o su negligencia no le perjudicará.
- O era una exigencia adicional referida ahora a los empresarios, de modo que se trata de una autorización distinta a la del permiso de trabajo, por lo que empleador y empleado vendrían obligados a solicitar y obtener autorización para poder ejercer la actividad por cuenta ajena.

La enmienda presentada por el PP, ahora recogida en el texto legal, precisaba que se trataba de una enmienda técnica, esto es, de clarificación y no de modificación del sentido del mismo, por lo que se convierte en una vía alternativa, diferente al régimen general de permisos, por la que una persona inmigrante puede incorporarse de modo legal al mundo del trabajo. Por lo que estaríamos ante un «permiso especial» cuya duración se vincula a la

<sup>143</sup> Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el empresario es sujeto pasivo de la obligación del pago de las tasas por la expedición del permiso de trabajo por cuenta ajena (art. 46.1 de la LOExIS), lo que viene a confirmar la implicación directa del empleador en la regularidad del trabajo de los extranjeros, declarando nulo todo pacto por el que el trabajador asuma la obligación de pagar las tasas derivadas de la solicitud de permisos concedidos en su favor (art. 46.2 de la LOExIS).

duración del contrato, por lo que se abre la vía de solución para situaciones no contempladas en la regulación general. Sin embargo, el sentido restrictivo actual hace dudar de esta interpretación por lo que la polémica está servida <sup>144</sup>.

- l) Aunque formalmente no aclara las consecuencias derivadas de la falta de permiso de trabajo, una interpretación sistemática y teleológica, avala una corrección de la interpretación jurisprudencial precedente, de modo que **la falta de permiso no invalida el contrato de trabajo, del mismo modo sólo podrá ser sancionado cuando carezca al mismo tiempo de autorización para residir.**

Sin duda una de las cuestiones más relevantes de la nueva regulación, tanto de la versión originaria como de la reformada, es la relativa a determinar cuál es el efecto que produce en un contrato la carencia de permiso, puesto que son diversos los datos normativos que parecen apuntar hacia una revisión del criterio judicial mayoritario, según el cual debía calificarse como nulo el contrato suscrito por el extranjero sin tener permiso de trabajo. *Razones estrictamente jurídicas, a tenor de la nueva configuración del permiso de trabajo, cuanto de coherencia axiológica* <sup>145</sup>, avalan una revisión de la jurisprudencia precedente, con el consiguiente cambio de rumbo radical en orden a afirmar el efecto no invalidante ex artículo 36.3 de la LOExIS <sup>146</sup>. Aunque no es el momento de profundizar en ello, si conviene dejar claro que probablemente estemos ante una transformación de la concepción del permiso de trabajo, que pasa a ser un mero control formal del volumen de ocupación extranjera en nuestro mercado, una norma imperativa debe sancionarse con la nulidad radical <sup>147</sup>.

<sup>144</sup> Incluso aquellos que defienden la interpretación más favorable, remiten al desarrollo reglamentario la debida concreción de un régimen que, usado de forma desviada, puede hacer de esta figura, considerada en todo caso como «excepcional», un instrumento para incrementar las prácticas de contratación precaria de inmigrantes (ej. contratos repetidos de corta duración, sin que pueda entrar en el régimen general y más estable de permisos). Aa.Vv. *La nueva regulación...* op. cit. pág. 116. Una posición intermedia, orientada a discriminar los supuestos en los que cabría aceptar la nulidad del contrato por falta de permiso y aquellos en los que no se debería declarar, convalidando sus efectos, en F. PEDRAJAS. «Derecho al trabajo». op. cit. pág. 188.

<sup>145</sup> La práctica judicial ha acreditado los enormes perjuicios que se derivan para los trabajadores extranjeros sin permiso de la calificación de nulidad -falta de derechos laborales, ausencia de relación jurídica de Seguridad Social, privación del derecho a la asistencia jurídica gratuita con la consiguiente neutralización de su legitimación procesal, que para determinados supuestos se le niega...-).

<sup>146</sup> Discrepamos de la posición sostenida, respecto de la versión originaria, por la profesora M. RAMOS QUINTANA. «Trabajadores Extranjeros e Integración Social». *TL*. n. 54, pág. 54. A juicio, excesivamente radical en nuestra opinión, según la cual la construcción de origen jurisprudencial y recibida en el debate científico sobre la nulidad del contrato celebrado sin permiso de trabajo «se mantiene intacta en la nueva Ley Orgánica 4/2000», de modo que el artículo 33. 3.º -actual art. 36.3- mantendría la nulidad pero le otorgaría un «efecto diferente». Los argumentos contrarios en la anterior redacción podían encontrarse en la falta de sanción administrativa, luego no podía entenderse como estrictamente imperativo; la posibilidad de continuar con su ejecución ante la inexistencia de una sanción de expulsión; la afectación tan sólo al empleador que no pide autorización, de modo que no tendría efectos respecto del trabajador.

<sup>147</sup> La fundamentación de la nulidad en la falta de capacidad del extranjero para concluir un contrato de trabajo en España es una tesis que, afirmada por el TCT y el TS en la década de los años 80, a raíz de la promulgación del Estatuto de los Trabajadores, hoy cuenta con más detractores que partidarios, aunque algunos TTSSJ (Galicia, 19-2-1997; Canarias 10-6-1997...) han vuelto a esgrimir este argumento para oponerse a la validez del contrato celebrado sin permiso de trabajo. Para el mayoritario sector doctrinal, las normas de extranjería no inciden en la capacidad del extranjero, que no se ve afectada por la legislación prohibitiva al respecto, sino en la ejecución del mismo, que se imposibilita por incumplir una

- ll) Retorno al régimen de silencio administrativo negativo: si a los 3 meses no se ha concedido el permiso (inicial) solicitado se entenderá negativo, salvo que se trate de solicitud de prórroga (permiso renovado), en cuyo caso el silencio operará de forma positiva (D.A.1.<sup>a</sup>) -régimen de renovación por silencio-.
- m) Sólo cabe -no se impone sino que es facultad de la Administración- la expulsión para el trabajador que realice su prestación sin permiso de trabajo cuando no cuente, al mismo tiempo, con permiso de residencia válido.

De esta manera, se vuelve parcialmente al régimen de la LOEx/1985: si antes era causa de expulsión inmediata el «no haber obtenido permiso de trabajo y encontrarse trabajando, aunque cuente con permiso de residencia válido» [art. 26.1 b) de la LOEx/1985], ahora sólo lo será cuando no cuente con permiso de residencia válido. Mucho más correcta era la regulación de la versión originaria, que descartaba completamente la posibilidad de expulsión por trabajar sin permiso, sancionándose tan sólo con falta leve.

Si estas son las principales cuestiones relativas al régimen general de permisos de trabajo, es obligado terminar haciendo alguna observación respecto de lo que podemos considerar situaciones especiales. A este respecto cabe subrayar:

- a) Régimen especial de los trabajadores de temporada (art. 42)<sup>148</sup>.

Son aquellos que no pretenden su integración en nuestro país sino tan sólo trabajar durante un tiempo determinado y después volver a su país, por lo que plantean problemas diferentes a los de la integración, aunque no menos importantes ante la necesidad de garantizar la prestación de adecuados servicios de acogida durante su estancia o residencia temporal por razones de empleo. El tratamiento particularizado que esta situación tenía en el RELOEx/96 no sólo carecía de cobertura legal sino que, como acredita una amplia experiencia práctica acumulada en estos últimos años, se ha revelado notoriamente insuficiente para las características de esta inmigración temporal (temporeros), que aúna a los problemas de este tipo de relaciones laborales de temporada (fijos discontinuos) los de la condición de extranjero: permiso de trabajo, situaciones de necesidad durante su estancia o residencia temporal,

---

norma imperativa del país de foro (Estado de empleo), pero que no impediría la aplicación de la ley nacional del extranjero, en virtud de las normas de conflicto que rigen esta cuestión (art. 9.1 del Cc). A raíz de la nueva LOExIS, se ha considerado que esta norma «no supone ninguna innovación real a estos efectos aunque sí técnica... El precepto contenido en el artículo 36. 3 no aporta nada nuevo a las normas e interpretación jurisprudencial existente en lo que se refiere al permiso inicial. Sí aporta en los supuestos de renovación, y en aquellos donde el trabajador extranjero tuviera residencia legal en nuestro territorio». *Vid.* M. MOYA. «Autorización para la realización de actividades lucrativas». Aa.Vv. (coord: id). *Comentario... op. cit.* pág. 223. En esta línea L. GIL SUÁREZ. «Validez e Invalidez del contrato de trabajo». *REDT*. n. 100. marzo-agosto 2000.

<sup>148</sup> La política comunitaria y la nacional coinciden en este doble objetivo: cauce para dar respuesta a la demanda de empleo en determinadas zonas y sectores de actividad de carácter estacional, por un lado, fomento de un modelo de inmigración de retorno y no de asentamiento (compromiso de regreso), por otro.

canalización de su retorno. Pese al convencimiento generalizado de su importancia, así como la insuficiencia de la normativa anterior, está pendiente de desarrollo reglamentario y de la culminación de una adecuada política de convenios internacionales que ordenen estos flujos de mano de obra temporal, especialmente en el sector agrario.

La nueva regulación debería alejarse sustancialmente de la contemplada en el artículo 75.I.1 del RELOEx/1996, que los situaba en el marco de los contratos de duración determinada ex artículo 15 de la LET, para reconducirlos a las figuras contractuales previstas para los nacionales cuando de actividades estacionales o de temporada se trata, como son los contratos fijos discontinuos, que acaban de experimentar un cambio de cierto alcance tras el RD-Ley 5/2001, sobre reforma urgente del mercado de trabajo para el incremento del empleo y su calidad. En esta dirección ya se están produciendo importantes correcciones de la situación anterior a través de una vía reguladora llamada a tener creciente importancia en la ordenación de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores inmigrantes, la negociación colectiva <sup>149</sup>.

b) El régimen de los trabajadores transfronterizos (art. 43.1).

No son propiamente inmigrantes pues residen en un país limítrofe, por lo que no plantean problema de residencia, ni siquiera de estancia, sino tan sólo la facilitación del acceso a un permiso de trabajo para realizar una actividad remunerada durante la jornada de trabajo y, después, regresar diariamente a su lugar de residencia habitual <sup>150</sup>. La concesión de este permiso no supone, pues, el otorgamiento simultáneo de un permiso de residencia, pues ésta se sitúa, por definición, en el país vecino (*vid.* Marruecos, Gibraltar, Portugal, Andorra,

<sup>149</sup> *Vid.* artículo 13 del CC del Campo para la provincia de Almería -BOP n. 19, 28-1-2000). En este sentido F. PEDRAJAS. «Derecho al trabajo». Aa.Vv. (coord: Mercedes Moya). *Comentario sistemático... op. cit.* pág. 174. Este objetivo de garantizar una mínima continuidad de las relaciones de trabajo de temporada aparece ya en la Instrucción 10.<sup>a</sup> de la Resolución de 11 de enero de 1999, por la que se dictan Instrucciones Generales sobre la determinación de un contingente de autorizaciones, el último hasta el momento, -BOE de 21-1-1999-, según la cual en las provincias en que se hubiesen tramitado autorizaciones para el empleo temporal de trabajadores extranjeros, las Direcciones Provinciales de Trabajo «llevarán un registro especial de los mismos que permita reiterar las ofertas para las siguientes campañas». Por su parte, las Instrucciones de 15 de diciembre de 1999 de la DGOM sobre el procedimiento de tramitación de permisos de temporada para trabajadores extranjeros residentes en el exterior están permitiendo articular un sistema de permisos más adecuado, aunque complejo. Estas instrucciones se dictan en el contexto del Convenio Marco firmado por el MTAS y las Organizaciones Agrarias, Sindicales y la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP), en diciembre de 1997, para planificar las campañas agrícolas de temporada o estacionales. Este Convenio se amplió el 21 de septiembre de 1999 con un Protocolo Adicional, para la contratación de extranjeros en los países de origen, si bien con carácter subsidiario (una vez agotadas las posibilidades de contratar trabajadores españoles, comunitarios o extranjeros legalmente establecidos).

<sup>150</sup> Ampliando notoriamente el concepto comunitario de trabajador fronterizo, definido como aquella persona que realiza una actividad en un país con posibilidad de retornar diariamente a su lugar de residencia habitual, la versión originaria de la LO 4/2000 admitía igualmente las situaciones de retorno semanal. Esta posibilidad, sin embargo, ha sido eliminada con el artículo 43.1 de la LO 4/2000, versión reformada, por lo que se vuelve a estricto concepto comunitario. No obstante, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 20 de junio de 1994 -y la de 30-11-1994-, relativa a las limitaciones de la admisión de nacionales provenientes de países terceros para trabajar en los Estados miembros, abría la posibilidad al retorno semanal (DOCE, C-274, 19-9-1996).

Francia). Sin embargo, la nueva LOExIS en vez de flexibilizar y facilitar al máximo el otorgamiento de este permiso, sin embargo, lo reconduce a la tramitación correspondiente a las autorizaciones de régimen general <sup>151</sup>.

c) El permiso de los trabajadores transnacionales (art. 43.2).

Auténtica novedad de la versión reformada, el artículo 43.2 de la LOExIS habilita al titular de la potestad reglamentaria para establecer las condiciones que deberán cumplir los trabajadores desplazados a nuestro país, en el marco de prestaciones transnacionales de servicios, para obtener el correspondiente permiso de trabajo, siempre que se trate de trabajadores no comunitarios -o beneficiarios de un régimen asimilado-. A diferencia del colectivo anterior, éste está integrado por personas que no buscan empleo sino que persiguen realizar una prestación como forma de cumplir con un contrato de trabajo ya existente, por lo que el desplazamiento implica la continuidad del vínculo laboral precedente. Esta situación, para los desplazamientos realizados en el marco de la Unión Europea -y los países que integran elEEE-, cualquiera que sea la nacionalidad del trabajador desplazado, ha sido recientemente regulada por la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, en transposición de la Directiva Comunitaria 71/1996, si bien expresamente se deja a salvo el régimen de permisos cuando se trate de trabajadores procedentes de Terceros Estados (disp. adic. 5.<sup>a</sup>) <sup>152</sup>.

Aunque no existe una práctica común en los diversos países comunitarios -se ha presentado ya un Proyecto modificado de Directiva sobre desplazamiento de trabajadores de terceros países en el marco de la prestación transnacional de servicios (2000)-, y aunque la jurisprudencia del TJCE no resulta definitiva al respecto, por el momento, la eliminación de los controles de acceso al territorio y al mercado de trabajo para este tipo de trabajadores, como podría derivarse de un entendimiento amplio de la prohibición de restricciones a la libertad de prestación de servicios, *nos parece más coherente y más eficaz la supresión de la necesidad de permiso de trabajo, rigiéndose por la misma normativa todos los trabajadores de empresas comunitarias. En cambio, sí tiene sentido requerir el permiso de trabajo cuando la prestación transnacional no se mueva en el marco de la libertad de prestación de servicios* <sup>153</sup>.

<sup>151</sup> En el modelo de la LOEx/1985 y del RELOEx/1996 era el permiso de trabajo F.

<sup>152</sup> Vid. nuestro comentario en esta misma Revista, n. 205, abril 2000. También de interés el riguroso análisis realizado por el profesor G. PALAO, en la Revista GJ de la Comunidad Europea, julio-agosto de 2000, pág. 43 y ss.

<sup>153</sup> De ahí que la indeterminación y ambigüedad que el nuevo texto legal introduce nos parezca criticable, si bien el desarrollo reglamentario parece ir en la línea que aquí se propone, en cuanto que deja al margen de la exigencia del permiso la prestación transnacional realizada en el ejercicio de la libertad comunitaria de prestación de servicios, para regular tan sólo las efectuadas fuera de este marco. En el mismo sentido aperturista apuntaría la STS de 31 de diciembre de 1991, que rechaza la argumentación de la empresa relativa a la nulidad del contrato por falta del correspondiente permiso de trabajo, precisamente argumentando el Tribunal la unidad de relación, aun en el marco del grupo multinacional. Vid. C. MOLINA-G. ESTEBAN-M. GARCÍA. «Art. 43». En Aa.Vv. (dir: J. L. Monereo-C. Molina-M. N. Moreno). *Comentarios... op. loc. cit.*

- d) Una breve consideración respecto del «régimen laboral especial» de estudiantes extranjeros (art. 33), cuya ubicación ha cambiado en la versión reformada.

La inicial ubicación de este régimen dentro del Capítulo dedicado a los «permisos de trabajo» llevó a una parte de los comentaristas a explicar las peculiaridades del mismo en atención a la configuración de un «régimen laboral especial», lo que explicaría su particularidad respecto de otro tipo de situaciones, en particular en relación a la típica autorización de residencia, situación tradicionalmente negada<sup>154</sup>. Debería ser, por enésima vez, el desarrollo reglamentario el que procediera a la delimitación definitiva de su situación, pudiendo optar entre estas dos posibilidades: o es un régimen especial por razón de la actividad, a medio camino entre el empleo y la formación, o es una situación de residencia.

Pues bien, la nueva regulación, que ha introducido cambios importantes, no sólo en lo referente a su ubicación, parece optar por una reconstrucción intermedia. Ni es un régimen laboral especial ni es una situación de residencia sino que, a tenor de lo establecido en el artículo 40.2 de la LOExIS, estaríamos ante una «autorización de estancia» especial, por cuanto su duración va más allá de la prevista en el artículo 30.1 de la LOExIS, coincidiendo su vigencia con la duración del curso para el que esté matriculado el extranjero. Asimismo, podrá prorrogarse anualmente en los términos del apartado 3 (mantenimiento de los requisitos que motivó la autorización inicial). No podemos entrar aquí en los múltiples interrogantes que genera la nueva versión de este régimen, pero sí conviene dejar constancia de la mayor complejidad y confusión que presenta, pues se ha ampliado notablemente el campo de aplicación, en cuanto que contempla también la realización de «trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente» (apartado 1), con lo que aflora en este ámbito problemas ya presentes en el ámbito interno, como por ejemplo la difícil delimitación entre relaciones laborales y relación de beca; la precariedad de la contratación de jóvenes, incluida la contratación temporal en la Administración Pública<sup>155</sup>.

#### 4. La dimensión sancionadora: el «nuevo» código administrativo sancionador tras la contrarreforma de la LO 8/2000.

El mayor cambio de una versión legal respecto de la otra se presenta, al menos aparentemente, en la propuesta de retornar, si bien no de forma plena como veremos, al nefasto modelo imperante durante la existencia o vigencia de la LOEx/1985 en esta materia, período en el cual la reacción a una situación irregular sobrevenida del inmigrante fue, en la práctica administrativa sancionadora, la expulsión gubernativa. Además, esta sanción se actualizaba a través de un procedimiento singu-

<sup>154</sup> Más generosamente STSJ Castilla y León, Sala Contencioso-Admva., 2 de septiembre de 1997, ar. 1751.

<sup>155</sup> Se desborda el ámbito de la Resolución adoptada por el Consejo de la Unión Europea el 30 de noviembre de 1994, relativa a la admisión de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros con el fin de realizar estudios, entre cuyos principios está el fomento del regreso de los estudiantes a sus países de origen, como instrumento de la política de codesarrollo, por un lado, y la desincentivación del establecimiento permanente en el país de acogida de estos estudiantes.

larísimo, cuando no lisa y llanamente de excepción, manifiestamente incoherente con los principios y reglas establecidos para el procedimiento sancionador común: sus características eran la sumariedad y la aplicación inmediata, con escaso o nulo respeto a las garantías de seguridad jurídica y defensa que, en otros ámbitos, son constitucional y legalmente exigidas. La pervivencia de este negativo sistema sancionador y, sobre todo, la abusiva y arbitraria aplicación práctica del mismo, en gran medida «convalidada» por cierta línea jurisprudencial, constituía una afrenta al orden constitucional de valores representado por los derechos fundamentales de las personas <sup>156</sup>.

La LO 4/2000 trató claramente de invertir los términos, tanto en lo relativo a la ordenación sustancial del sistema de infracciones y sanciones en materia de extranjería e inmigración, cuanto en lo referente a las garantías de procedimiento: frente a una situación de presencia irregular del inmigrante en nuestro país la respuesta debería ser la regularización (antiguo art. 53.1), al menos como regla general, de modo que sólo en casos excepcionales procederá la expulsión del territorio español, que en todo caso deberá seguirse con las garantías para el ciudadano comunes. No obstante, conviene advertir también que la regulación finalmente resultante adolece de algunos planteamientos conceptuales y normativos especialmente criticables, si bien han venido siendo silenciados en el debate en aras de una mayor firmeza en el rechazo de la reforma que, al contrario, se presenta de forma claramente interesada como lineal y monolíticamente peyorativa respecto de la establecida en su versión originaria <sup>157</sup>.

El sistema vigente mantiene la novedad legal introducida con la versión originaria de la LO 4/2000, que a su vez responde a la «normalización» del régimen de infracciones en materia de extranjería e inmigración respecto del modelo clásico del Derecho Administrativo Sancionador «común» (art. 50 de la LOExIS). Nos referimos a la clasificación tripartita de las infracciones y sanciones en leves, graves y muy graves (art. 51 de la LOExIS), olvidada incomprensiblemente por la LOEx/1985 y que en vía reglamentaria, con el consiguiente vicio de legalidad, se intentó corregir en 1996. Pese al avance que supone esta elevación del rango normativo, sin embargo, la versión originaria todavía adolecía de importantes defectos, tanto en la tipificación de un importante número de infracciones, que en cierta medida seguía el método precedente de utilizar definiciones extremadamente genéricas (excesos de tipificación), cuanto en la adecuada ponderación de la sanción a aplicar, pues todavía permitía supuestos de aplicación de la máxima sanción administrativa, la expulsión gubernativa, para tipos infractores definidos tan sólo como graves y no como muy graves (excesos de sanción).

<sup>156</sup> Tales como la libertad personal (art. 17) -uso indiscriminado y abusivo del internamiento-, libertad de circulación (art. 19) y derecho a la tutela judicial efectiva. La concurrencia de ciertos factores, unos jurídicos, los más extrajurídicos, impulsaron una evolución «flexibilizadora» de este régimen, determinantes de una aplicación más «humanizada» y socialmente tolerable, pero el extraordinario peso de la «ley de la inercia policial» llevó a mantener sustancialmente inmodificado el régimen pese al intento del RELOEx/1996 de introducir significativas reformas. La complejidad del problema ante una legislación escasamente respetuosa con un modelo garantista de derechos constitucionales para los extranjeros, en especial si sobre ellos pesaba alguna «sospecha» de «irregularidad», las dudas y contradicciones judiciales en esta materia, y la timidez de la reforma -además de su inadecuación técnica- generaría en los servicios de policía una imagen de inmunidad que ha permanecido largo tiempo, incluso todavía perdura. *Vid.* STCo. 13/2001.

<sup>157</sup> Ambas versiones, sin embargo, ofrecen un amplio cuadro de luces y sombras que aquí no pueden ser abordadas, aunque es cierto que la versión reformada, al ampliar el número de supuestos en que es posible -no obligatoria- la expulsión introduce más sombras que la versión originaria.

Algunos de estos excesos, paradójicamente, se han corregido con la reforma, que en este punto revela su finalidad de mejora técnica, si bien otros permanecen e, incluso, se han incrementado, con lo que confirma la otra finalidad restrictiva y «represiva» igualmente evidenciada. Por tanto, si a la versión reformada cabe reconocerle el mérito de resolver algunos de los problemas interpretativos y de aplicación que podrían presentarse tras la nueva regulación operada en la versión originaria, al mismo tiempo genera otros nuevos y, lo que es peor, reabre algunas de las más polémicas cuestiones aplicativas que habían surgido como consecuencia de la penosa técnica seguida por la LOEx/1985. Nos centraremos en el comentario de los tipos más relevantes a efectos laborales, sin hacer referencia a otros tipos infractores recogidos en los artículos 52 (infracciones leves), 53 (infracciones graves) y 54 (infracciones muy graves).

Entre las **infracciones de tipo laboral o de orden público socio-económico**, es obligado realizar una distinción en atención a la gravedad de los tipos de infracción administrativa. Así, entre las *infracciones leves* se recoge la siguiente:

- a) «Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con permiso de residencia temporal» [art. 52 c)].

Este precepto modifica sensiblemente el tipo del derogado artículo 48 c) de la LO 4/2000, pues por un lado limita el tipo a los trabajadores por cuenta propia que no hayan solicitado la autorización administrativa correspondiente para realizar su actividad. Por otro, suprime el inciso final de la redacción precedente, en la que se tipificaba también como sancionable la denegación del permiso de residencia temporal. Aunque como consecuencia de la «negociación parlamentaria», a través de Enmiendas aceptadas por el PP en la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma, la nueva redacción resulta más garantista en este punto que la anterior, en la medida en que se destipifica el trabajo por cuenta ajena sin permiso de trabajo cuando se tiene permiso de residencia temporal, antes considerada como situación sancionable con falta leve.

En cambio, como *infracción grave específica*, imputable al trabajador extranjero, se tipifica la siguiente:

- «Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida» [art. 53 b)].

Hasta la LO 4/2000 había sido tradicional la previsión de una expulsión gubernativa como medida sancionadora para aquellas situaciones de presencia ilegal en España, por no haber obtenido los correspondientes permisos, o bien por haber caducado los obtenidos, y no solicitar renovación o no obtener la prórroga. Sin embargo, una de las claves de lectura del modelo de la LOExIS, en su versión originaria, era la no tipificación como infracción susceptible de ser sancionada con la expulsión de trabajar ilegalmente en España sin contar con las autorizaciones administrativas corres-

pondientes de residencia o de trabajo. La LO 8/2000 ha vuelto parcialmente al sistema anterior, de modo que al trabajador inmigrante ilegal pende de nuevo la Espada de Damócles de la expulsión, salvo que pueda ser aplicable alguna de las excepciones («personas inexpulsables») previstas en el artículo 57.5 de la LO 8/2000, que presenta nueva redacción <sup>158</sup>.

Sin embargo, esta infracción plantea múltiples problemas. Así, por un lado, es reiterativo del tipo previsto en el artículo 53 a), pues uno de los requisitos constitutivos del tipo es la carencia de autorización de residencia válida. Por otro, se muestra desproporcionado, pues a una infracción de naturaleza puramente económica y laboral le corresponde una sanción excesiva, sin que, al menos en su redacción literal, se atiende a otros criterios exigibles -gravedad del bien lesionado, grado de culpabilidad-. En todo caso, deberán tenerse en cuenta las exigencias de este principio en atención al artículo 55.3 y 4 de la LOExIS. Finalmente, resulta claramente incoherente con la situación de una persona que evidencia un cierto arraigo en España al estar trabajando en nuestro país y, por lo tanto, susceptible de inserción o regularización <sup>159</sup>.

Entre las *infracciones muy graves* se tipifican:

- a) «La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados» [art. 54.1 d)].

Este tipo, aun manteniendo en lo sustancial la infracción tipificada en el antiguo artículo 50 e) de la LO 4/2000, contiene algunas novedades dignas de ser resaltadas <sup>160</sup>. En primer lugar, simplifica la redacción técnica del supuesto de hecho, por cuanto suprime la dualidad mantenida en la anterior redacción, en la que, con una cierta confusión, se refería tanto a la «contratación» -situación jurídica- cuanto a la «utilización habitual» -situación fáctica-. El derogado artículo 35.1 de la LISOS recurría al término «utilizar» en vez de al de «contratación». Aunque a los efectos de la relación jurídico pública sancionadora no tiene efectos, sancionándose toda situación de este tipo, en cambio, en la relación jurídico-privada, entre trabajador y empresario, sí puede tener consecuencias en orden a reforzar la tesis actual de los efectos no invalidantes del contrato del trabajo sin permiso. Además, se cambia la expresión «autorización para contratarlos» por la del «correspondiente permiso de tra-

<sup>158</sup> Al menos tres de las excepciones contempladas implican residencia legal en España, en cuanto beneficiarios de prestaciones por accidentes de trabajo; por desempleo o una prestación económica asistencial. Por lo tanto, las situaciones de irregularidad que puedan beneficiarse de una excepción de este tipo se limitan a aquellos que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española. Lo que hace residual esta excepción.

<sup>159</sup> Conviene tener en cuenta que, a tenor del artículo 62.1, no cabe en estos casos internamiento en los Centros de Internamiento para Extranjeros, salvo que pueda concurrir la situación de estancia ilegal ex artículo 53 a), para la cual sí se prevé internamiento, aunque el Juez deberá ponderar esta circunstancia de realización de actividad para proceder al reconocimiento de esta medida cautelar.

<sup>160</sup> Art. 50 e): «La contratación o utilización habitual de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo la correspondiente autorización para contratarlos».

bajo», lo que no sólo implica confirmación del cambio de denominación, sino que deja claro que no alude a la inexistencia de la autorización adicional introducida por la LO 4/2000, y mantenida tras su reforma, sino a la falta de permiso del trabajador contratado <sup>161</sup>.

Por otro, se realiza un significativo agravamiento del tipo infractor, sea a través de una supresión -ya no se precisa que la contratación sea habitual-, cuanto de una precisión o adición: cada trabajador «ocupado» o empleado en estas condiciones constituye una infracción independiente. Consecuentemente, no sólo se sanciona la contratación de un sólo trabajador en situación irregular, ya presente al suprimir el requisito de «habitualidad», que implicaba un comportamiento reiterado y sistemático, sino que se admite la aplicación de una sanción autónoma por cada uno de los trabajadores contratados, lo que supone un factor desincentivador de prácticas de este tipo presentes en un creciente número de zonas de nuestro país -ej. Almería, Murcia, Huelva...-.

b) «La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito» [art. 54.1 c)].

Aunque no se trata de una infracción propiamente laboral es claro que admite una aplicación básicamente o preminentemente laboral, puesto que uno de los ámbitos donde más se producen este tipo de conductas es en el seno de las relaciones de trabajo. La propia remisión al artículo 23 evidencia esta conexión. También destaca el mayor cuidado técnico respecto de la versión anterior, pues se preocupa por respetar el principio de *non bis in idem*, en la medida en que esta infracción sólo será establecida cuando «el hecho no constituya delito». En este sentido, nos encontramos con uno de los temas hoy más conflictivos y relevantes en el Derecho Sancionador, las relaciones entre los tipos penales y los tipos administrativos, evidenciándose una creciente tendencia a desplazar la sanción de conductas infractoras del orden público socio-laboral hacia el tradicional ámbito administrativo, con la consiguiente ineffectividad de los tipos penales -ej. materia de prevención de riesgos laborales; acoso sexual; libertad sindical...-. Igualmente se ha puesto en duda su eficacia práctica, evidenciando su sentido más simbólico que normativo, si bien es claro que ello dependerá de la voluntad aplicativa de las autoridades administrativas, tanto policiales como laborales, en particular a través de una acción más decidida y coordinada de la Inspección de Trabajo.

Aun dentro del apartado de la tipología de infracciones, una consideración aparte, novedosa respecto de la versión originaria, ha merecido la fijación de un régimen de responsabilidades para las denominadas *empresas transportistas* de personas, cuyas infracciones en esta materia se califican directamente como muy graves en todo caso. Aunque es la primera vez que aparece formulado en nuestro ordenamiento un régimen tan severo de responsabilidad, en realidad, no hace sino dar cumplimiento a un compromiso asumido con la aceptación del Acuerdo de Schengen. Aunque esta

<sup>161</sup> En realidad, la diferencia puede resultar incomprensible pues la reforma aclara que la autorización adicional tan sólo se precisa para el caso de que se trate de trabajadores sin permiso, siendo objeto de sanción el incumplimiento de esta autorización por parte del empleador (art. 36.3), no la contratación de trabajadores extranjeros sin permiso, que se autoriza expresamente.

regulación goza de un amplísimo respaldo por su utilidad para mejorar la eficacia de la lucha contra la inmigración clandestina, sin embargo, tanto su concepción como su puesta en práctica suscita muchísimos interrogantes, incluso en relación a sus repercusiones respecto determinados derechos de la persona, como el derecho de asilo ex artículo 13.4 de la CE, pese a la cautela, en la práctica insuficiente, del artículo 54.3 de la LO 4/2000, versión reformada <sup>162</sup>.

No cabe duda de que el artículo 54.2 de la LO 4/200, en relación al artículo 66 del mismo Cuerpo Legal, al desplazar la responsabilidad de una actuación claramente pública, como es el control de fronteras [art. 12.1 b) LOFCSE, LO 2/1986, 13 de marzo], a un sujeto empresarial, en otro tiempo público igualmente pero hoy en su mayoría privado, se revela como un ejemplo ilustrativo del desarrollo de un proceso más amplio: la proliferación de situaciones de colaboración organizada de empresas con la Administración para el desempeño de funciones públicas. La aparición de diferentes vías de concreción de esta «idea de colaboración» de la empresa privada en el Derecho Administrativo, incluso garantizada mediante la previsión de técnicas sancionadoras, ha permitido incluso evidenciar un cierto proceso de privatización de la seguridad considerada, al menos antaño, como un «indiscutible» monopolio público, en el que no cabrían las razones económicas que mueven a las empresas <sup>163</sup>. El personal al servicio de las empresas de transporte, pues, se convierten por imperativo legal en un servicio de policía de fronteras, lo que significa agravar la responsabilidad contractual de los trabajadores de estas empresas.

En lo que concierne a la *ordenación de las sanciones* conviene establecer una afirmación que evite los equívocos en que están incurriendo los primeros comentaristas de la reforma, quizás excesivamente condicionados por el debate político y por el temor a reeditar la perniciosa práctica precedente. En efecto, pese a lo que se suele afirmar críticamente, *en un plano estrictamente legislativo*, la opción realizada por la versión originaria de la LO 4/2000, claramente favorable a la configuración de la sanción pecuniaria (multa), en otro tiempo puramente residual, como regla general y la expulsión obligatoria, en otro tiempo sanción ordinaria, como regla excepcional, *no ha cambiado, por lo que persiste la voluntad legislativa de invertir el modelo regulador propio de la LOEx/1985*. A este respecto, conviene subrayar que la estructura del precepto sigue siendo exactamente la misma: «...podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión..» <sup>164</sup>.

Lo que sí ha cambiado, sin embargo, es el margen de apreciación que a tal fin se concede a la Administración, pues es claro que la ampliación de supuestos que admiten tal opción aumenta notoriamente la discrecionalidad en el ejercicio de esta potestad, más contenida en la versión originaria porque las infracciones graves susceptibles de admitir la expulsión se relegaban a situaciones margi-

<sup>162</sup> Hasta el punto de proponerse, desde determinadas interpretaciones, su manifiesta inconstitucionalidad.

<sup>163</sup> Vid. S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ. *El Derecho Administrativo Privado*. Madrid. 1996. pág. 177 y ss. A diferencia de las empresas de seguridad, cuyo objeto mercantil es, justamente, la prestación de servicios de esta naturaleza (STCo. 42/1994, de 15 de febrero), las empresas de transporte tienen un objeto mercantil diferente, ajeno en principio a la seguridad, si bien por su trascendencia deben adquirir, *ex bona fidei* y por imperativo legal, especiales compromisos de seguridad en sentido amplio. El carácter empresarial de aquellas empresas, no obstante, ha sido confirmado por el TJCE, que ha obligado a una reforma de la Ley de Seguridad Privada, LO 23/1992, de 30 de julio.

<sup>164</sup> El párrafo 3 del artículo 57 explicita, a diferencia de la versión originaria, la imposibilidad de imponer conjuntamente las sanciones de expulsión y multa.

nales o anómalas dentro de la propia inmigración, no para los supuestos típicos: inmigrantes en situación irregular por carecer de las autorizaciones necesarias, pero en buen número trabajando incluso en nuestro país. Consecuentemente, *no es la norma legal la que determinará la reversión del sistema desde la consideración de la expulsión como **última ratio** a su entendimiento, en línea con lo sucedido en 1985, como sanción ordinaria, sino la concreta **práctica administrativa** que se lleve a cabo.*

Aunque la influencia de la ley de la inercia administrativa y el intento de reducir controles procedimentales -ej. «resurrección» del denostado procedimiento preferente y de ejecutividad inmediata-, quizás pueda hacer pensar que la actual regulación promueve una práctica restrictiva de este tipo, no debe olvidarse el control de la discrecionalidad que deriva del mandato legislativo de atender a los principios constitucionales de proporcionalidad, culpabilidad y capacidad económica (teoría gradualista ex art. 55.3 y 4) <sup>165</sup>. En todo caso, es claro que la nueva regulación debería haber establecido pautas más precisas para guiar o conducir el ejercicio de esta potestad discrecional, así como para facilitar la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Administración, y para el propio juez llamado a controlar los excesos de un ejercicio poco acorde con los principios constitucionales y el procedimiento administrativo sancionador común (art. 131 de la Ley 30/1992, LRJAP-PAC).

Por lo que refiere al procedimiento, y dejando al margen otras medidas de alejamiento distintas a la expulsión propiamente dicha pero con el mismo efecto de salida obligatoria de nuestro territorio -ej. retorno (art. 60) y devolución (art. 58)- <sup>166</sup>, el elemento más destacado sin duda es la recuperación para nuestro ordenamiento de una figura que había dado lugar a una práctica administrativa sobre la que pesa una de las más estremecedoras leyendas negras de la legislación de extranjería (art. 30 de la LOEx/1985): el procedimiento preferente (art. 63 de la LO 4/2000). Sin embargo, un análisis riguroso de su régimen jurídico tanto en relación a la jurisprudencia constitucional como a la propia regulación legislativa de las garantías de tutela judicial determinan, a nuestro juicio, que esta normativa *no resista mínimamente el juicio comparativo con este orden jurídico supra-legislativo por lo que, o bien se reconduce en los términos de los procedimientos de urgencia del artículo 50 de la Ley 30/1992, o bien es declarado lisa y llanamente inconstitucional*. La interpretación de las normas conforme al principio de efectividad de la tutela judicial ex artículo 24 de la CE obligará, en tanto se produce este pronunciamiento anulador del TCo., a salvar los aspectos más negativos, evitando incurrir en la práctica administrativa de tramitación sumarísima y ejecutividad inmediata que ha hecho tan tristemente célebre este procedimiento <sup>167</sup>.

<sup>165</sup> La virtualidad del control de la discrecionalidad por los principios generales del Derecho es hoy ampliamente recogida en la jurisprudencia.

<sup>166</sup> Las diferencias entre los distintos tipos de medida de alejamiento, así como las diferencias entre las medidas de seguridad que se puedan adoptar en su tramitación, en especial las relativas al internamiento, presenta hoy una notoria complejidad y requiere un análisis en profundidad que aquí no se puede hacer. En todo caso, conviene recordar tanto la ampliación del recurso a las medidas de internamiento, como medidas de seguridad o cautelares, ya no limitado a la expulsión, cuanto la doctrina constitucional sobre el control de estas medidas por parte del juez (STCo. 115/1987; 179/2000, de 26 de junio). A tenor del artículo 57.4 la expulsión, en todo caso, «conllevará... la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado», así como la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de 3 años y máximo de 10 (art. 58.1).

<sup>167</sup> La propia regulación del artículo 35 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, respecto de las medidas cautelarísimas, se revela más garantista.

En definitiva, la EM presenta esta corrección de rumbo, ciertamente una de las más rectificaciones operadas en la LO 4/2000, si bien en los términos ambivalentes aquí brevemente recogidos, como ejemplo de esta prioridad en la lucha contra la inmigración ilegal, así como garantía de efectividad del cumplimiento de las normas sobre entrada y permanencia en España, dando cumplimiento a los compromisos comunitarios. Sin embargo, esta regulación es tan radical como inefectiva, como acredita la práctica actual, pues ni política ni jurídica ni económicamente es viable una expulsión masiva como la que debería haberse producido de aplicar con rigor la LO 8/2000 lo que, afortunadamente, no ha sucedido. Encontramos aquí una de las principales paradojas y de los más lamentables errores de la ley hoy existente -aunque como decíamos inefectiva-: la apuesta por normas de policía y por una perspectiva de orden público para controlar y reprimir la inmigración irregular se ha revelado siempre como ineficaz y, al mismo tiempo, contraproducente, porque condena a las víctimas a seguir dependiendo de los «delincuentes», a seguir dependiendo los «siervos» de sus «amos», a engrosar la ya amplia lista de trabajadores en el sector informal de la economía (economía sumergida) <sup>168</sup>.

## 5. La dimensión institucional de la política migratoria: organización y coordinación administrativas y sociales.

El paso de la entrada en vigor o vigencia formal de la LO 4/2000 a su aplicación efectiva, a su realización práctica, tanto en la versión originaria como la versión reformada, viene básicamente condicionada, no obstante su aplicabilidad formalmente inmediata, a un ingente conjunto de actividades por parte de los poderes públicos. La articulación de un adecuado sistema institucional y convencional de gestión interadministrativa y de concertación social de la política migratoria ha sido, hasta la fecha, una de las principales asignaturas pendientes, como acreditan los permanentes excesos de coyunturalidad, improvisación e informalidad existentes en esta materia, lo que ha hecho de estos imperativos de coordinación, cooperación y participación fórmulas más proclamadas que practicadas. Aunque la aprobación y puesta en funcionamiento del denominado Plan GRECO -BOE 27-4-2001- y la efectiva constitución del Consejo Superior de Política de la Inmigración -6-5-2001; RD 344/2001, de 4 de abril, de creación del mismo-, deben tener la virtualidad de poner fin a esta insatisfactoria situación, la regulación contenida en el Título IV de la LOExIS no invita, ni en su versión originaria ni en su versión reformada, al optimismo <sup>169</sup>.

<sup>168</sup> Ciertamente, de la expulsión se hace depender la eficacia de la política de inmigración y la efectividad de sus normas reguladoras, pero sus enormes costes evidencia no sólo la inviabilidad sino el patetismo de una regulación que se obsesiona en el enfoque represivo, chocando una y otra vez con una tozuda realidad. El problema es que esta obsesión tiene un precio elevado: además de incurrir en situaciones próximas al ridículo (*vid.* viaje organizado de ecuatorianos para su regularización), incrementa la inseguridad y vulnerabilidad de los colectivos «más débiles».

<sup>169</sup> Ni las carencias de medios organizativos en este ámbito, en particular respecto de las denominadas Oficinas de Extranjeros, ni la falta de presupuestos significativos que sustenten los múltiples programas de integración de inmigrantes puestos en marcha por las CC. AA en colaboración con la Administración Central -política de cooperación convencional interadministrativa-, ni la relatividad de la acción representativa de las asociaciones de inmigrantes en los diferentes foros en que se enmarcan, en particular en el ámbito autonómico y local, ni la coordinación interadministrativa, no obstante la previsión de las nuevas Subcomisiones Bilaterales, están aseguradas en el plano legislativo. Por tanto, una vez más, la eficacia de este entramado ha quedado fuera de la ley por lo que en gran medida queda en la voluntad del Gobierno y de los correspondientes Ejecutivos Autonómicos la correcta articulación de un sistema más institucional y coordinado.

A nuestro juicio, una lectura literal de esta regulación hace en gran medida inaprensible, por confuso, el Título IV, en la medida en que junto a la falta de una estructura gubernativa adecuada de gestión de la extranjería, a través de la cual articular los necesarios mecanismos de coordinación entre las diferentes AA.PP. con competencias, incluso en el ámbito Central, que en gran medida han quedado fuera de la ley, por lo que cabe detectar dos modelos diferentes, uno legal descentralizado y otro en la práctica centralizado - ej. nuevo Delegado del Gobierno en materia de Extranjería e Inmigración-, nos encontramos con la multiplicación de órganos colegiados y de carácter consultivo, cuyas competencias no son siempre fácilmente diferenciables. El Título IV por tanto hace poco honor a su nombre, por cuanto reza de la Coordinación de los Poderes Públicos, pero sin embargo pocos son los resortes que contiene para garantizar su efectividad, ante la doble e incluso triple competencia funcional -Interior, que domina, Trabajo y, ahora el Ministerio de Asuntos Exteriores- <sup>170</sup>.

Mucho más problemática es aún la coordinación interadministrativa, esto es, entre las tres AA.PP. territoriales implicadas -Central, Autonómica y Local-. A tal fin la nueva previsión respecto a la posibilidad de crear Subcomisiones de Cooperación de carácter bilateral entre el Estado y las CC.AA. no parece suficiente para hacer frente al reto de la coordinación interadministrativa, tan importante o más que la coordinación en el seno de los múltiples Departamentos Ministeriales con competencias en la materia (disp. adic. segunda).

Además de alguna previsión relativa al Consejo Superior de Política de Inmigración (art. 68), órgano de concertación social en materia de inmigración ya constituido <sup>171</sup>, y la incorporación de las organizaciones empresariales en la carrera por las «subvenciones» en materia de extranjería (art. 69), la principal novedad de la ley en este punto es la devolución del nombre del Foro para la Integración Social de los Inmigrantes, cuya función se enfoca ahora hacia la definición de un instrumento de consulta, información y asesoramiento estrictamente orientado hacia las políticas de integración de los inmigrantes que se encuentran en España, según una de las razones inspiradoras de la ley (art. 70).

<sup>170</sup> El carácter programático del artículo 67 salta a la luz. En este precepto se refiere la actuación tanto del Observatorio Permanente para la Inmigración (art. 67.1) cuanto de las Oficinas de Extranjeros (art. 67.2), mientras que el apartado 3 establece un mandato al Gobierno para que elabore planes, programas y directrices sobre la actuación de la Inspección del Trabajo previa al procedimiento sancionador, como instrumento para luchar contra la discriminación laboral y la inmigración ilegal.

<sup>171</sup> Por lo que refiere a las estructuras y técnicas de gobierno concertado interadministrativamente, en el plano institucional multilateral, el organismo más importantes es el Consejo Superior de Política de la Inmigración, en el que también tienen participación las Entidades Locales, a diferencia de las Conferencias Sectoriales. No es un simple órgano de información del Estado a las CC.AA. y a los municipios, y de discusión de éstos entre sí respecto de la ejecución de políticas y reparto de medios financieros puestos por el Estado, sino un auténtico órgano de participación en las decisiones fundamentales en esta materia, estatales o autonómicas, por lo que ha de informar todo proyecto normativo o de planificación en materia de inmigración: sometimiento de la fijación de las bases de la política de inmigración a la intervención del Consejo (no implica un desplazamiento de competencias sino un condicionante en la forma de ejercicio, intervención preceptiva, aunque por lo general no vinculante, del resto). Mayor importancia tiene su participación en la fijación de los contingentes anuales. No desplaza la competencia de decisión, pues la titularidad de la competencia sigue perteneciendo al Estado, C. A. o Ente Local, pero sí la orienta en una dirección unitaria, al objeto de diseñar una política global y coherente en todo el territorio, si bien atenta a la desigual distribución del fenómeno migratorio en las diferentes zonas.

Fuera ha quedado también, no obstante la indicación en la EM de perseguir una política global de inmigración, uno de cuyos pilares es la cooperación interestatal, esto es, entre los países emisores de inmigrantes y los receptores de los mismos. No es la ley, pues, tampoco en este punto muy proficua, incluso es todavía más parca que respecto de otros instrumentos y cauces de cooperación, cuando se refiere al Tercer Pilar de la Política de Inmigración: la cooperación internacional. Junto a vagas referencias, como la de la EM o la relativa al compromiso de estímulo de los derechos de participación política de los extranjeros residentes en sus países de origen, destaca la existencia de mecanismos de relación a propósito de la definición de uno de los principales ejes de la política migratoria, la denominada política de contingentes (art. 39). Así, en un plano más coyuntural y de oportunidad, destaca la búsqueda de Convenios de entrada, contingentes y readmisión de extranjeros <sup>172</sup>, por un lado, y, en un plano más institucional, obligado es proceder a la incorporación de razones de política de inmigración en la actividad de cooperación al desarrollo, por otro <sup>173</sup>.

## 6. Las normas de cierre de la LOExIS: el período transitorio, la ordenación competencial y el proceso de regularización.

Finaliza este amplio y denso Cuerpo Legislativo, como es habitual, con un conjunto de Disposiciones que pretenden resolver algunos problemas técnicos importantes de la versión originaria, al menos parcialmente. Así, cabe destacar, además de la disposición adicional primera de la LOExIS/2000, relativa a la regulación del plazo máximo para resolución de expedientes y determinación del sentido de la inactividad administrativa (reglas de silencio positivo y negativo), y la nueva disposición adicional segunda, que recoge las también referidas Subcomisiones de Cooperación <sup>174</sup>, la disposición adicional primera de la LOExIS/2001, abre la vía a una ampliación y agravación de los delitos «conexos» o vin-

<sup>172</sup> Supone concluir acuerdos internacionales con los países de los que proviene la inmigración a España en virtud de los cuales se garantice: una consideración preferente de sus nacionales en el momento de selección; participación de las autoridades nacionales del país de origen en el proceso de divulgación, gestión del acceso; obligaciones de readmisión de los extranjeros que sean devueltos, retornados o expulsados; compromiso de lucha eficaz contra la inmigración ilegal. En definitiva, la eficacia del régimen actual de extranjería e inmigración pasa por reorientar y desarrollar una política exterior de conciertos, en la línea con lo que ya se está haciendo con Ecuador, Colombia, Polonia...

<sup>173</sup> Ni la legislación genérica, ni la legislación específica para disciplinar la política de cooperación para el desarrollo, a través de la Ley 23/1998, de 7 de julio, ha tomado en cuenta mínimamente en serio estos objetivos, por lo que lejos de concentrar parte de sus objetivos en estos países los ha prácticamente ignorado. El Plan GRECO, tiene, sin embargo, la finalidad de reorientar esta deficiente situación legislativa, ya iniciada e impulsada en el ámbito europeo: ej. planes de acción sobre asilo e inmigración para concretos países -mandato del Consejo de Ministros de enero de 1999, asumido por el Consejo Europeo de Tampere-, y en el que se incorpora, a petición de España, Marruecos en el grupo seleccionado (Afganistán, Albania, Irak, Somalia, Sri Lanka y Turquía), para lo que están previstas específicas asignaciones presupuestarias con objeto de materializar las iniciativas ahí contempladas.

<sup>174</sup> En este sentido, creemos que adquiere una especial significación la previsión contenida en la D.A. 2.ª, en la que se recoge la posibilidad de crear Subcomisiones de Cooperación, y que en cierta medida trata de reflejar una innovación del modelo italiano. Así:

«En atención a la situación territorial y a la especial incidencia del fenómeno migratorio y a las competencias que tengan reconocidas en sus respectivos Estatutos de Autonomía en materia de ejecución laboral y en materia de asistencia social, y en concordancia con los mismos, se podrán constituir subcomisiones en el seno de las Comisiones Bilaterales de Cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en concordancia con lo que prevean sus respectivos Estatutos de Autonomía, para analizar cuestiones sobre trabajo y residencia de extranjeros que les afecten directamente».

culados con el tráfico de inmigrantes, mientras que la disposición adicional segunda modifica el artículo 89 del Código Penal, añadiendo un nuevo apartado. Igualmente contiene la nueva LOExIS disposiciones dirigidas a establecer el Derecho Transitorio y fijar la tabla Derogatoria, si bien evidencian los mismos problemas y límites que las contenidas en las homólogas de la versión originaria.

Comentario aparte merece la disposición final primera de la LOExIS/2001, pues con ella se produce la eliminación de los excesos de reserva del carácter orgánico evidenciados por la versión originaria, del mismo modo que se mejora algo la cuestión relativa a la delimitación competencial, si bien todavía sigue adoleciendo de importantes problemas. La disposición final cuarta de la LO 4/2000, versión originaria, consideraba que los artículos no declarados orgánicos son normativa básica, por haber sido dictados en atención al título competencial en materia de «nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo» [art. 149.1.2.<sup>a</sup>) de la CE]. Surgían así las dudas sobre el hecho de que ese título competencial permita realmente al Estado adoptar una normativa que afecta a las condiciones en que las AA.PP. autonómicas puedan desarrollar su propia política de integración social de los inmigrantes. Pues bien, la nueva disposición adicional primera mantiene la misma opción de calificar todos los preceptos no calificados de orgánicos como básicos, si bien ahora aporta un nuevo título competencial, más genérico que el anterior, cual es el recogido en el artículo 149.1.1.<sup>a</sup>.

Finalmente, un breve comentario merece la regulación legislativa y, sobre todo, la situación práctica, del proceso de regularización abierto por la disposición transitoria primera de la LOExIS, según una tradición de largo expresada por las leyes de extranjería, y culminado hace unos días, una vez cerrado el que podemos denominar proceso extraordinario de regularización «por repesca de oficio». En efecto, aunque, por vez primera, una Ley de Extranjería pretendía no incorporar proceso de regularización alguno, no obstante el cambio normativo, el Gobierno, abriendo unilateralmente una suerte de «período transitorio» de inaplicación de la ley, ha acudido a un mecanismo peculiar para producir efectos análogos a la técnica de regularización: todos aquellos inmigrantes que hayan quedado fuera del proceso de regularización que se fijó, con fundamento en la referida disposición transitoria primera, a través del RD 239/2000, de 18 de febrero, tendrán una segunda oportunidad, sin realizar actuación alguna, mediante una revisión de oficio por la Administración de aquellos expedientes denegados pero que, hoy, con una lectura generosa, podrían recibir una respuesta diferente <sup>175</sup>.

---

Particular atención se dedica, en el párrafo 2.º, a la «situación geográfica del archipiélago canario, a la fragilidad de su territorio insular y a su lejanía con el continente europeo», por lo que, de acuerdo con lo establecido en su Estatuto de Autonomía (art. 37.1), se establece imperativamente la creación de una Subcomisión de este tipo en la Comisión Bilateral de Cooperación Canarias-Estado, a diferencia de las anteriores que se recogen con un carácter potestativo. Es claro de esta manera que se persigue atender a dos objetivos básicos: cooperación entre AA.PP. en un problema global que afecta a todas ellas, incluso a las Entidades Locales, si bien éstas suelen quedar fuera de las disposiciones en materia, para introducir su actuación fundamentalmente vía acuerdos de cooperación entre AA.PP. (vg. potestad convencional); y atención particularizada al problema de la inmigración en atención a la dimensión que adquiere en cada territorio, visto el desigual impacto que la inmigración tiene en cada Comunidad e, incluso, en cada Provincia o Zona específica dentro de la propia Comunidad Autónoma.

<sup>175</sup> La D. T. 4.<sup>a</sup> de la LOExIS/2001 establece que: «El Gobierno, mediante Real Decreto, establecerá los requisitos que permitan, sin necesidad de presentar nueva documentación, la regularización de los extranjeros que se encuentran en España y que habiendo presentado solicitud de regularización al amparo de lo previsto en el Real Decreto 239/2000, 18 de febrero, hayan visto denegada la misma, exclusivamente, por no cumplir el requisito de encontrarse en España antes del 1 de junio de 1999». El RD 142/2001, 16 de febrero, ha fijado estos requisitos, lo que ha supuesto la regularización de más de 60.000 personas que antes quedaron fuera, con lo que la cifra final supera los 200.000 inmigrantes en poco más de un año, lo que dobla las cifras de los más optimistas.

Aunque las Autoridades aseguraban que ni estaba abierto el proceso de regularización antes de la entrada en vigor de la LO 8/2000, no lo iba a estar después de su promulgación, la presión social llevó al Gobierno a buscar vías para llegar a resultado análogo, como por ejemplo la firma de Convenios Internacionales con los países de origen de la inmigración donde se incorporen *clausulas de devolución a los países de origen con pacto o compromiso de retorno a nuestro país, en cuanto Estado de Empleo*. Pues bien, esta misma finalidad tuvo la atípica vía abierta por la disposición transitoria cuarta de la LOExIS/2001, que ha llevado a reconsiderar un elevadísimo porcentaje de solicitudes denegadas precedentemente, y que evidencia a las claras la tozudez del hecho inmigratorio y la equivocación del Gobierno al empeñarse en llevar a cabo una estrategia represiva frente a la inmigración ilegal, debiendo rectificar en diversas ocasiones, todo ello con el consiguiente incremento del drama humano subyacente a este fenómeno y el deterioro de la seguridad jurídica. Mal favor para una LOExIS que pretende incentivar la inmigración regular frente a la ilegal <sup>176</sup>.

#### IV. BALANCE Y PERSPECTIVAS DE LA «NUEVA» LOExIS

Una vez que hemos realizado el comentario de los principales puntos críticos que suscita la nueva regulación en materia de extranjería e inmigración llega el momento de hacer un mínimo balance sobre el significado y alcance de los cambios legislativos, a la espera de la promulgación del Reglamento de Desarrollo que nos permitirá confirmar, o revisar, el análisis aquí sintéticamente realizado, si bien sobre todas las cuestiones de la ley, cuya densidad y complejidad justificará mayores profundizaciones en otro momento sobre aspectos concretos. Para realizar el balance de la reforma conviene, claro está, recordar sumariamente las cuestiones verdaderamente innovadoras de la versión originaria de la LOExIS, cuyos avances en la definición de la posición o estatuto jurídico-social del extranjero habrían sido en buena medida corregidos por la reforma, que asumiría, según la inmensa mayoría de los comentaristas, un sentido de auténtica contrarreforma, incluso de regresiva o involucionista. En realidad no se trataría más que de resucitar el modelo, que creíamos finiquitado, policial y represivo de la LOEx/1985. Ahora bien, la extraordinaria dimensión cualitativa y cuantitativa de los cambios introducidos por la LO 8/2000, y el exceso de demagogia y oportunismo político que existe en esta materia, quizás induzcan a una reflexión sobre la nueva LOExIS deformada y extremadamente condicionada ideológicamente, por lo que al final se confundiría voluntarismo con análisis jurídico.

En definitiva, se pretendía un cambio no sólo de régimen legal sino de enfoque o modelo de regulación, lo que ciertamente se ha producido. Aunque se escribe y se habla mucho de esta cuestión, en realidad hay una diferencia básica entre ambas versiones: frente a la regularización como regla general se opta por la represión de la inmigración ilegal. Ahora bien, el problema es que lo hace sancionando tanto a la víctima -el inmigrante (endurecimiento de sanciones, devaluación de su estatuto)- cuanto al victimario o verdugo (redes organizadas de tráfico ilegal de mano de obra). A tal fin, refuerza el punto de vista de la Administración, el principio de eficacia (ejecutividad inmediata, res-

<sup>176</sup> Además de los eventuales efectos discriminatorios que esta práctica habrá generado, es claro que constituye una medida poco edificante y, en todo caso, incoherente, en la medida en que se hace una ley para evitar el pretendido «efecto llamada» y luego, el propio Gobierno, genera la convicción entre los inmigrantes que España asume un «proceso de regularización permanente».

ponsabilidad de terceros -ej. empresas transportistas-, generalización de las medidas cautelares). Aunque desde este punto de vista formal pudiera pensarse que existe una cierta neutralidad de la ley, al perseguir los comportamientos ilícitos tanto desde un lado como del otro, en el plano material, la capacidad de evasión de los delincuentes y la extremada vulnerabilidad, por lo general, de las víctimas, hace que el resultado sea manifiestamente desigual, incluso diríamos que injusto.

Una lectura atenta de la LOExIS, de conformidad con el vigente sistema de fuentes, en particular a la luz de las normas constitucionales, normas internacionales y las construcciones jurisprudenciales, evidencia a las claras que la verdadera diferencia entre una versión y otra reside en el peor trato al colectivo de los inmigrantes irregulares (tratamiento de la situación del inmigrante irregular). Esta diferencia tiene una doble dimensión:

1.ª El reconocimiento de menos derechos para los irregulares (devaluación de la situación jurídica del inmigrante irregular):

- Se refuerza el control de flujos migratorios, fijando un nuevo régimen de condiciones de acceso y permanencia en el territorio más acorde con las exigencias del acervo Schengen.
- Se vuelve a introducir como criterio diferenciador esencial la situación administrativa del extranjero, no eliminada por completo en la anterior pero sí fuertemente relativizada (*vid.* empadronamiento). Frente a las garantías de los derechos de los «más debiles» se vuelve a primar el punto de vista de la Administración.

2.ª El régimen sancionador. Frente a la regularización como opción general se prima la represión de las situaciones irregulares con la posibilidad de acudir al expediente de expulsión, si bien no se impone a la Administración, pues formalmente la multa sigue siendo la regla general. Lo que ha sucedido, como vimos, es que la Administración tiene una facultad mucho más intensamente discrecional para optar por una u otra vía.

La razón de este cambio, evidenciada en la propia EM, se ha mostrado inmediatamente contestada por la realidad de la inmigración irregular. Apostar de forma inmediata por un modelo policial y represivo para la lucha eficaz contra la lacra de la inmigración ilegal, a la vista de los hechos, se ha revelado una auténtica falacia juricista, por cuanto la opción de estrechar el margen de acceso de los inmigrantes no se ha revelado eficaz para producir, de forma automática, un incentivo a aquellos para entrar legalmente, al tiempo que el endurecimiento del régimen de expulsiones no puede ignorar la realidad de más de 100.000 personas en situación irregular. De ahí que el propio Gobierno haya abierto un «período transitorio» para el cumplimiento de la LOExIS, del mismo modo que ha tenido que iniciar la búsqueda de caminos inspirados en una visión más realista y pragmática del fenómeno migratorio -Programas de Integración Social, Política de Acuerdos Internacionales sobre Inmigración...-.

A este respecto, un análisis equilibrado y sereno -que todavía está pendiente en esta materia- de la nueva regulación evidenciaría, en primer lugar, una **mayor relatividad de las novedades aportadas por la versión inicial de la LOExIS**. Al mismo tiempo, la regulación precedente evidencia-

ba múltiples deficiencias <sup>177</sup>, además de no regular mínimamente ciertos procedimientos, como por ejemplo el de devolución o retorno. Por otro lado, la nueva LOExIS no carece de avances importantes respecto de la LOEx/1985 por lo que la crítica, muy frecuente pero no adecuadamente fundamentada, de pura regresión al sistema de aquella ley, carece de respaldo serio cuando se hace para descalificar globalmente la nueva regulación. A la luz de estas consideraciones, pues, adquiere más importancia que nunca analizar la cuestión, que aquí sólo podrá ser esbozada, relativa a las *posibilidades de consolidación o continuidad de la nueva ley*.

Primero, ante la fortísima campaña llevada a cabo no sólo contra su legitimidad, puesta en duda desde múltiples perspectivas, sino incluso contra su validez, ya cuestionada en sede constitucional, por incoherente con la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de derechos de la persona. Segundo por el período transitorio abierto por el propio Gobierno para su aplicación, de modo que pese a la aplicabilidad inmediata desde su entrada en vigor -vigencia-, la necesidad de adoptar determinadas decisiones gubernamentales o administrativas para su puesta en marcha, se ha dejado en «suspense» la aplicación de los temas más polémicos, de ahí decisiones como la regularización de repesca o la intensificación de políticas de acuerdos internacionales. En tercer lugar, se pide al Reglamento que vaya más allá de la relación tradicional entre este tipo de norma y la ley, de modo que arregle o «desfaga» algunos de los entuertos de la ley: el incremento de las remisiones realizadas por la ley al Reglamento. Finalmente, como ya sucediera con la anterior, buena parte de la efectividad de esta normativa se juega en otro terreno, en el de la definición y puesta en marcha de una amplia secuencia de políticas y servicios públicos, adecuadamente organizados y financiados, para actualizar el contenido prestacional de este derecho, configurado, en todos los sentidos, como un Derecho Social de Extranjería e Inmigración.

Un régimen de garantías de efectividad adecuado y eficaz debe ser lo suficientemente articulado y diverso como para afrontar el problema desde todas sus vertientes: la lucha contra la inmigración ilegal, absolutamente necesaria e inexcusable, no puede poner su punto de vista o su mira de forma principal en el inmigrante, que es una víctima, sino en el responsable -oferta de mano de obra barata mediante un mercado de escalvos; demanda de mano de obra «servil»-. En cambio, la integración debe llevar a primar el punto de vista del inmigrante, como persona, ciudadano y trabajador, y no únicamente sobre la eficacia de la Administración «policial». Una vez más, debe alcanzarse el necesario equilibrio entre unos derechos, principios e intereses y otros. De ahí la necesidad de establecer una regulación que consiga un mayor consenso («pacto de Estado») de las fuerzas políticas y sociales <sup>178</sup>, hoy injustificada y peligrosamente roto en esta materia, sin perjuicio de reconocer en los diferentes gobiernos un margen de libertad que permita diferentes soluciones, pero sin la angustia e incertidumbre que hoy genera el proceder parlamentario y gubernamental -ej. bochornoso espectáculo del viaje organizado de ida y vuelta de peruanos de Murcia a Murcia, haciendo escala de unos días en Perú- <sup>179</sup>.

<sup>177</sup> Su preocupación por la mejora de las garantías no debe llevar a una acrítica convicción de que se tratara de una norma plenamente coherente, pues presenta múltiples deficiencias (tutela judicial no eficaz; falta de referencia a ciertos procedimientos, ausencia de criterios claros, falta de una estructura gubernativa adecuada...).

<sup>178</sup> La incertidumbre de los derechos de los inmigrantes en virtud de la mayoría parlamentaria constituye un rasgo presente en la práctica totalidad de los ordenamientos europeos. *Vid.* H. FULCHIRON. *Réforme du droit des étrangers*. París. 1999.

<sup>179</sup> En este sentido, la indudable tendencia a una convergencia significativa de las políticas en materia de inmigración no puede en modo alguno confundirse con la existencia de un permanente margen para la divergencia de concepciones.

La propia comunitarización de esta política exigirá una apertura de este tipo hacia una posición más aperturista, orientada hacia la integración socio-económica y cultural mediante acciones de inserción en el Estado miembro de empleo y acogida<sup>180</sup>. La Comisión Europea ha propuesto una flexibilización de los tradicionales regímenes de control rígido, al objeto de cubrir las necesidades de mano de obra y de viabilidad del sistema, de modo que, sin perjuicio de garantizar un adecuado control de estos flujos, se facilite y no se obstaculice su admisión<sup>181</sup>. Y es que los fenómenos migratorios desbordan cualquier dique de contención que se quiera levantar para frenar su paso, incluso aunque se adoptaran medidas «draconianas, contrarias a la libertad y a la dignidad humana», si bien medidas represivas de este tipo, en sus diferentes grados y modalidades, generan un injustificado y, en cualquier caso intolerable, «sufrimiento» y estimulan una «violencia» claramente contraria a los propios fundamentos de nuestro orden político y a la paz social (art. 10.1 de la CE)<sup>182</sup>.

En realidad, cualquiera que sea la opinión que se tenga, lo que es cierto es que existe un antes y un después en esta materia. La LO 4/2000, incluso más aún tras la reforma, aunque pueda resultar una vez más paradójico, representa un cambio importantísimo respecto de la tradicional ordenación. El paso del momento puramente regulador a su ejecución práctica, a través de un amplio despliegue de medios y estructuras administrativas, interadministrativas y de concertación social, supone la recepción de una nueva lógica en esta materia. Otra cosa es que la integración social evidencie tras las reformas algunas contradicciones importantes, significativas incertidumbres, así como algunos retrocesos. Pero mientras que los primeros deben resolverse a través de adecuados programas y políticas públicas, y con un compromiso más decidido por parte de todos los interlocutores sociales, los segundos cabe confiar en una significativa revisión a través del momento judicial del Derecho (Social) de Extranjería. A tal fin se precisa el compromiso necesario de jueces y doctrina, así como de los demás operadores jurídicos, en definir el paso ya definitivo de una pura legislación excepcional de extranjería a un auténtico y genuino Derecho Social de la extranjería e inmigración, hoy *in fieri*<sup>183</sup>.

180 Vid. REYNERI, E. «Le politiche per l'inserimento degli immigrati». *DLRI*. 1992. pág. 244 y ss. Para las diversas actitudes y modelos en los países de la Unión Europea vid. M. BIAGI (dir.). *Politiche per l'immigrazione e mercato del lavoro nell'Europa degli anni 90*. Rimini. 1992.

181 Vid. *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración*. *op. cit.* pág. 20.

182 Parafraseando la observación que hace años hiciera el profesor M. ALONSO OLEA respecto de la emigración. Vid. Prólogo al libro de J. SERRANO CARVAJAL. *La emigración española y su régimen jurídico*. *op. cit.* pág. X.

183 La integración debe ser sinónimo de inserción pero no de normalización, de asimilación forzada o impuesta, por lo que requiere no sólo el respeto a sus derechos sino a su cultura. Por tanto, para que la sociedad sea más abierta y reconozca derechos a la población inmigrada es necesaria una política de inmigración más abierta, para lo que la Administración habrá de cambiar ciertas legislaciones y ciertas prácticas: un sistema de acciones positivas en favor del inmigrante. Más allá de las normas de prohibición de discriminaciones, orientadas a luchar contra las prácticas o comportamientos «racistas» y xenófobos, estén donde estén, incluido el plano institucional (discriminación institucional).