

GLORIA ESTEBAN DE LA ROSA
CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado y Cate-
drático de Derecho del Trabajo, respectivamente. Universi-
dad de Jaén*

Extracto:

Nadie serio puede exigir que un Estado renuncie a establecer un adecuado sistema de control de sus fronteras, cualesquiera que éstas sean. No es sólo una garantía de seguridad ciudadana sino también de orden público económico y, sobre todo, de transparencia y bienestar para las personas, las que deciden trasladarse, con toda legitimidad, a otros Estados y las que ya residen y trabajan en el Estado y Sociedad de acogida. Ahora bien, por lo mismo, es exigible a ese Estado que sea capaz de diseñar y poner en práctica un ordenamiento jurídico coherente, equilibrado y justo para afrontar esta cuestión social de nuestro tiempo –y de otros ya lejanos pero que deberíamos recordar–. No es serio, sin embargo, afrontar estos procesos de forma episódica, fragmentada y a golpe de reveses, como ha sucedido con la LO 14/2003. Esta ley nació con un importante vicio de origen, muy poco edificante, cual es la neutralización de las decisiones judiciales que habían sacudido fuertemente las opciones gubernamentales seguidas con la anterior reforma, especialmente con su desarrollo reglamentario (STS, 3.^a, 23-3-2003). Sin embargo, y por vez primera, en su tramitación parlamentaria buena parte de este vicio se fue purgando, hasta el punto de ser objeto de un Pacto Político, al conseguir el voto favorable del mayor Partido de la Oposición.

Aunque esta «Ley Pactada» de reforma de la cuestionada, no ya por su unilateral sino por sus dudas de constitucionalidad y por sus incertidumbres reguladoras, LO 4/2000, a su vez modificada por la LO 8/2000,

.../...

.../...

no ha sido bien vista por el movimiento social pro inmigrantes, no pueden en modo alguno desdeñarse ciertas mejoras introducidas con la modificación. Si bien de nuevo con la confusión y deficiencias técnicas que suelen caracterizar la intervención normativa en materia de extranjería e inmigración, tanto el régimen de situaciones administrativas como la ordenación del procedimiento de gestión del acceso al mercado de trabajo presentan mejoras de relieve, en términos de simplificación y agilización del mismo. Igualmente, entre otros aspectos, el legislador ha aceptado la doctrina judicial mayoritaria favorable no sólo a mantener en vigor el contrato de trabajo pese a la carencia de autorización (STS 9-6-2003), de modo que, sin perjuicio de reforzar las responsabilidades del empleador por tales incumplimientos, se extienda al trabajador el entero sistema de derechos derivados del contrato, incluso aquellos vinculados a relaciones jurídico-públicas, como las prestaciones de Seguridad Social.

Pues bien, para dar cuenta de todos estos importantes cambios legislativos y jurisprudenciales, analizándolos de una manera detenida, para facilitar su aplicación práctica, pero también crítica, para permitir su comprensión global, se ha realizado este estudio. Al mismo tiempo se ofrece un recorrido, sintético pero ilustrativo, de la primera aplicación que se ha hecho de la reforma en materia de regulación del acceso al mercado de trabajo de los inmigrantes, como ha sido el Contingente 2004 –BOE 31-12-2003–. El análisis de este entramado normativo se sitúa igualmente en relación a otra ley que, si bien de modo parcial, afecta al sistema, como es la nueva Ley de Empleo (Ley 56/2003), objeto ya de comentario específico en este Monográfico.

Sumario:

- I. Introducción.
- II. Caracterización general: objetivos y estructura normativa.
- III. Las reformas en el estatuto jurídico-administrativo de los extranjeros: entrada, permanencia y salida.
 1. Incorporación al ordenamiento español de las recientes directrices comunitarias en materia de inmigración.

2. El visado como acreditación de una previa autorización de residencia en la LO 14/2003: principales puntos críticos.
 - 2.1. El nuevo artículo 25 bis de la LOExIS.
 - a) Entrada con visado obligatorio.
 - b) Entrada sin necesidad de visado.
 - 2.2. Posible incompatibilidad con la normativa comunitaria de la nueva función asignada al visado de residencia en la LO 14/2003.
 - 2.3. Supresión de la exención de visado y sus consecuencias en el ordenamiento español de extranjería e inmigración.
 3. Novedades relativas a la documentación de extranjeros.
 - 3.1. La tarjeta de identidad de extranjero como documento personal único y obligatorio.
 - 3.2. Autorizaciones de residencia o estancia: el nuevo 30 1.º de la LOExIS.
 4. Situaciones generales y especiales de los extranjeros en España y en el espacio comunitario.
 - 4.1. Modificaciones introducidas por la LO 14/2003.
 - 4.2. Estatuto del residente de larga duración.
 5. La apertura del Padrón Municipal al control policial: modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.
 6. Reformas en las medidas de alejamiento del territorio español y comunitario.
 - 6.1. «Efectos colaterales» de la caída de las Torres Gemelas: reforzamiento de la implicación de las compañías de transporte en el control de la inmigración.
 - 6.2. Modificaciones en el ámbito de la devolución –y retorno voluntario– de extranjeros.
 - 6.3. Transposición al ordenamiento español de diversas Directivas en materia de expulsión.
- IV. Las reformas en el régimen jurídico-laboral de los extranjeros: empleo, trabajo y protección social.
1. El acceso de los inmigrantes al mercado de trabajo y políticas activas: el visado para la búsqueda de empleo y el Contingente 2004.
 - a) Modificaciones en el régimen de la «autorización administrativa previa para trabajar»: ¿simplificación o confusión?

- b) Las novedades «menores» en el régimen del contingente de trabajadores extranjeros y el contingente 2004.
 - c) La novedad «mayor»: el nuevo visado para la búsqueda de empleo y la políticas activas de empleo.
2. Las consecuencias del contrato de trabajo del inmigrante sin autorización previa de la Administración.

V. Reflexión final.

I. INTRODUCCIÓN

El brusco crecimiento –no tanto por su número como por lo corto del tiempo en que se ha producido (tasa de crecimiento)– de la población inmigrante está generando una intensa actividad política e, incluso, judicial, lo que, por segunda vez en el año 2003 –primero fue la LO 11/2003, 29 septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e *integración social de los extranjeros* (BOE 30-9); ahora la LO 14/2003, básicamente, aunque no sólo, de reforma de la LO 4/2000, 11 de enero (LOExIS)–, ha impulsado una nueva iniciativa legislativa. Esta multiplicación de la actividad legislativa en esta materia, que insistimos va acompañada de una creciente intervención judicial, podría considerarse en abstracto una cierta anomalía en el tratamiento de una cuestión social de tanta relevancia como la inmigración; sin embargo, está en plena línea de coherencia con lo que está sucediendo en los diversos países comunitarios –y occidentales en general–, especialmente en los del Sur.

Este simple dato, revelador del extraordinario dinamismo y, por lo tanto, la extrema inestabilidad –además de incertidumbre– de que adolece el marco normativo de la «inmigración (económica) extranjera»¹, deja ya en evidencia una realidad incontestable, más allá de los maniqueísmos y tonos demagógicos que tanto afloran en esta cuestión. En efecto, el recurso a la promulgación de leyes que son objeto de reformas frecuentes, a veces varias en el mismo año, no deja ya de manifiesto las grandes dificultades que encuentran los Estados receptores para controlar –regular– los flujos inmigratorios, de marcado carácter socio-económico, sobre todo los movimientos «clandestinos» de entrada, sino la complejidad del problema en países que hasta hace poco tiempo tenían la etiqueta contraria, sociedades de emigración, como nos sucede a nosotros.

Sin embargo, esta manifiesta complejidad suele reducirse o simplificarse, de forma inapropiada, en los discursos dominantes al respecto, el «crítico» por un lado, y el «oficial», por otro. La posición crítica suele presentarse, poco más o menos, de esta manera: cada modificación legislativa se marcaría como horizonte regular el endurecimiento de las condiciones para la entrada, estancia y trabajo. A tal fin, su razón de ser se identificaría básicamente con la ampliación de los requisitos administrativos de acceso y la paralela reducción de derechos, tanto en el plano civil como en el económico y social.

¹ «... no todo extranjero que aparece en un recuento es consecuencia directa de la inmigración. Los hay que nacen en el país y siguen siendo extranjeros. Cuán pesada puede llegar a ser una herencia». Vid. A. IZQUIERDO (Dir.). *Inmigración: Mercado de Trabajo y Protección Social en España*. CES. 2003. Pág. 17). En un plano sociológico incluso se considera «inmigrante» a nacionales de un mismo Estado, cuando se desplazan de un ámbito territorial a otro –inmigración «interna»–, si bien en un plano jurídico es obvio que tal situación no puede generar diferencia de trato alguno, ni directa ni indirecta.

Desde esta perspectiva, cada nueva reforma legislativa, todas las categorías o grupos de flujos migratorios, sin distinción –trabajadores, familiares, solicitantes de asilo, estudiantes–, amanecerían sobresaltados con nuevos obstáculos para acceder, permanecer y, por lo general, trabajar «legalmente» en nuestro país. A tal fin se pondría el acento en animar los flujos migratorios de carácter temporal, según la marcada impronta del modelo de 1985, y en desincentivar los proyectos de presencia más duradera², entre otras cosas por la persistente comprensión de esta provisionalidad como presupuesto de la flexibilidad laboral.

Un rigor que adquiriría su máxima expresión, en la letra de la Ley y en la pretensión del Legislador, otra cosa será su eficacia práctica, respecto a la inmigración clandestina («en la oscuridad de la noche»), sin duda uno de los más importantes caballos de batalla de la política migratoria, hasta el punto de convertirse, en una auténtica «obsesión» que distorsionaría la entera política migratoria. Se reconoce, en todo caso, que la irregularidad es una característica especialmente relevante de la inmigración que reciben los países del Sur de Europa, por encima de la existente en los del Norte –con más tradición en este materia–, de modo que buena parte de la actividad económica se desarrolla en un marco paralelo y oculto, el trabajo clandestino (mercados «no regulados» o secundarios).

En una posición opuesta se sitúan, precisamente, las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea que, frente a esa crítica de la «Europa Fortaleza», de la Europa «insolidaria» y de la Europa de los «mercaderes» –instrumentalización de las políticas migratorias al servicio de las necesidades (cupos) de mercado– insisten en la necesidad de diferenciar netamente entre la «inmigración respetuosa con los cauces legales» y la «inmigración ilegal, cada vez más organizada y con mayores recursos para la consecución de sus objetivos» (EM LO 14/2003). La lucha sin cuartel «contra la inmigración ilegal y el tráfico de seres humanos» no se opone, para el discurso oficial, a la necesidad de «simplificación de los trámites administrativos» que integran el régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros, pero tampoco podría conseguirse al margen del reforzamiento sea de los instrumentos de control sea de los estrictamente sancionadores (objetivo 2 de la LO 14/2003). Desde esta perspectiva, no puede sorprender que el tan traído como equívoco proceso de «comunitarización» de la política inmigratoria se haya resuelto hasta el momento, y encuentra sus mayores logros normativos, y en mucho tiempo, en las materias de control de flujos –visados, control de fronteras, residencia de larga duración– y medidas de lucha contra la inmigración ilegal.

La radicalidad con que ambas posturas se enfrentan habitualmente no ayuda ni a comprender adecuadamente el fenómeno/conflicto inmigratorio, respecto del cual el propio Gobierno constata cambios de relieve –expresamente alude a las «formas en las que se produce el *hecho inmigratorio* del que nuestro país es receptor»–, ni para producir una regulación legislativa a la altura de la complejidad del hecho social inmigración, con visos de razonable estabilidad. Muchos menos servirá para sistematizar correctamente el complejo conjunto de piezas normativas que hoy enmarca esta realidad incontenible y básicamente beneficiosa, social y económicamente. Al contrario, la caracte-

² Los últimos datos muestran que la inmigración con fines temporales alcanza unos niveles muy superiores al promedio registrado entre 1995-1999, si bien es cierto que la inmigración permanente también crece.

rística central que sigue presidiendo este emergente subsistema jurídico es la más extrema de las incertidumbres, incluso desasosiego, que supone no saber si este entramado normativo es válido –principio de efectividad–, ante las dudas de constitucionalidad y de legalidad que pesa sobre todos y cada uno de los cuerpos legislativos en esta materia –los primeros pronunciamientos comienzan a dar la razón a la posición crítica y contraria significativamente la oficial–, pero tampoco cuál es el concreto régimen jurídico vigente.

Como siempre, las cosas son bastante menos lineales y mucho más ambivalentes. En este sentido, pese al más que evidente cambio de orientación producido, a raíz en gran medida de la ya mítica caída de las «Torres Gemelas» de Nueva York, sigue influyendo en la ordenación de los países comunitarios una doble concepción sobre el inmigrante. Por un lado, el ser un nacional de «terceros países» que, ajeno –«extranjero»– a los principios y derechos propios de la «ciudadanía comunitaria» –en gran medida aún por definir (rellenar) jurídicamente–, somete a prueba la soberanía de los Estados. Por otro, el ser *trabajador-cotizante*, según el doble saldo positivo evidenciado en los albores del siglo XXI ³.

En el primer plano, ningún Gobierno se atreve ya a negar, u ocultar, la conveniencia de los flujos migratorios para la reestructuración de los mercados de trabajo en la dirección flexibilizadora que demandan las nuevas condiciones del mercado económico y la competitividad empresarial, haciendo compatible la creciente demanda de inmigrantes con tasas de desempleo significativas. En el segundo plano, son ya legión los Informes y Estudios, nada sospechosos de militar en el movimiento pro derechos de los inmigrantes como personas, que valoran la aportación de la población extranjera a la débil demografía de la UE como clave para garantizar la viabilidad del Sistema de Pensiones. La consecuencia es clara: los imperativos del mercado de trabajo siguen siendo los mayores determinantes del hecho migratorio.

En consecuencia, es desde las necesidades de ordenación del mismo donde se marcan, unas veces de forma transparente o declarada otras, las más, oculta o encubierta, las condiciones de regulación y contratación. La hegemonía de la inmigración socio-económica y laboral es, por tanto, igualmente evidente ⁴. De ahí que las reformas, aún en la convicción de identificar muy heterogéneos modelos normativos de regulación del fenómeno migratorio en los diversos países comunitarios, cuestionando la credibilidad del proceso de comunitarización no ya hoy sino a medio y largo plazo, por tanto, tiendan a buscar el equilibrio transaccional entre la doble cara de la política de inmigración: control e integración ⁵.

³ La crítica directa a la política comunitaria de inmigración por sus excesos de control de fronteras y carácter represivo se hace desde los propios organismos comunitarios, como el Consejo Económico y Social Comunitario. Cfr. C. JIMÉNEZ PIERNAS. «La comunitarización de las políticas de inmigración y extranjería: especial referencia a España». *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 13, 2002.

⁴ Sin perjuicio del crecimiento, tanto del flujo por reagrupamiento, de ahí los nuevos condicionantes legales, cuanto el flujo de solicitantes de asilo, a raíz del crecimiento de los conflictos armados y enfrentamientos étnicos, así como de otras «lacrmas sociales»: violencia de género; catástrofes ecológicas, violencia étnica... Cfr. A. IZQUIERDO «La inmigración en Europa: Flujos, Tendencias y Políticas». *Id. Op. cit.*, pág. 16 y ss.

⁵ En este sentido la importante, aunque algo olvidada, Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento, sobre una política comunitaria de inmigración (COM, 2000, 757 final, de 22 de noviembre de 2000).

Esta lógica transaccional está presente en la nueva reforma de la LOExIS. Junto a elementos que ilustran claramente la lógica tradicional de «represión» del fenómeno de la inmigración ilegal y control administrativo-policial férreo de la legal –la inmigración como cuestión de seguridad ciudadana y de orden público interno–, vuelven a estar presentes aspectos que responden a una lógica de integración mediante el reconocimiento de derechos, especialmente de orden social y económico –la inmigración como cuestión social y de orden público económico–. Este carácter transaccional se ha escenificado o representado, incluso formalizado, a través del acuerdo previo alcanzado, ya en fase de tramitación, entre el Gobierno y el PSOE, lo que rompe, si quiera parcial pero significativamente, la lógica de enfrentamiento radical existente desde la misma versión originaria de la LOExIS –aprobada en contra del Gobierno, contrarreformada con el rechazo de la Oposición–.

El reconocimiento de figuras novedosas, y potencialmente de una relevancia extraordinaria para una canalización ordenada y eficaz de los flujos laborales, como el célebre ya «visado por búsqueda de empleo», o la recepción y generalización o reforzamiento de la jurisprudencia que reconoce también a los trabajadores en situación irregular todos los derechos derivados del contrato de trabajo, incluso los de Seguridad Social, se mezcla, así, con razones y elementos poco justificados en el plano de la política jurídica y claramente deficientes en el de la técnica. La impronta intensamente reglamentista introducido en la regulación legal, como respuesta al revés sufrido por el Gobierno con la STS, es un claro ejemplo de estos vicios, en el contexto de una reforma descuidada en el plano de la técnica legislativa y conflictiva desde ciertos planteamientos de política jurídica inmigratoria.

En consecuencia, a nuestro juicio, una Ley que nació con la exclusiva voluntad de neutralizar el varapalo recibido por el Gobierno en esta materia por mor de la nulidad de múltiples preceptos del Reglamento, declarada por la STS 23 de marzo de 2003, y mejorar la eficacia del control policial de los movimientos migratorios, ha admitido otras reformas que, como consecuencia del evidenciado pacto Gobierno-PSOE, admiten algunas lecturas más positivas. Una Ley que nació claramente orientada hacia aquellos objetivos poco reconfortantes, pese a que mantiene buena parte de los aspectos que justifican la crítica, no ya política –que aquí no nos interesa mucho– sino normativa –que es la que elegimos y nos interesa más–, al mismo tiempo puede abrir, si bien interpretada, algunas significativas expectativas de renovación y flexibilización del régimen jurídico de los extranjeros, en particular de los que –la mayoría– vienen a buscar y realizar una actividad remunerada y productiva –ej. «visado por búsqueda de empleo»; reconocimiento de todos los derechos laborales y de protección social a los trabajadores extranjeros, al margen del carácter regular o no de su situación...–.

Sobre la base de estas observaciones pretendemos ofrecer un estudio detenido de todas las reformas introducidas por la LO 14/2003. A tal fin, primero realizaremos una caracterización general de la reforma, tanto en el plano de los objetivos –sentido político normativo– como de la estructura, para luego profundizar en su contenido desde una marcada división: las modificaciones en el estatuto jurídico-administrativo de los extranjeros, el régimen de las situaciones de entrada, permanencia y salida, por un lado; las operadas en el régimen jurídico ordenador del acceso al trabajo de los inmigrantes, abarcando los aspectos del empleo, el trabajo y la Seguridad Social. Finalmente, ofreceremos unas breves observaciones finales con objeto de comprobar si, tras el análisis de la norma, se confirman o desmienten. El lector especializado o avisado juzgará por sí solo, los presupuestos expresados en este momento introductor.

II. CARACTERIZACIÓN GENERAL: OBJETIVOS Y ESTRUCTURA NORMATIVA

Antes de entrar en el comentario detenido de las reformas legislativas, y profundizando lo simplemente anunciado en la introducción, entendemos oportuno ofrecer una visión panorámica o general de la LO 14/2003, al objeto de facilitar la comprensión de la misma. Por lo que respecta al plano valorativo o de política jurídica, la lectura de la EM ilustra bien sobre los fines perseguidos con esta reforma, y que en gran medida coinciden con la contrarreforma producida por la LO 8/2000. A saber:

1. **Mejora de los procedimientos de gestión**, mediante la pretendida «modernización» de los instrumentos normativos que ordenan los flujos migratorios para adecuarlos a un *hecho migratorio mutable*.
2. **Búsqueda de coherencia** para el entramado normativo, a través de la incorporación de las nuevas disposiciones aprobadas en ejecución de la política comunitaria de inmigración, por un lado, y del «ajuste» a ciertas decisiones judiciales, más para neutralizar sus efectos que para corregir cuestionadas opciones gubernamentales.
3. **Intensificación de la eficacia** de la política de control policial (primado del punto de vista de la Administración).
4. **Mejora de ciertas situaciones** de los extranjeros en España, con una cierta óptica de integración socio-ocupacional, aunque incluso pase desapercibida en la propia Exposición de Motivos (garantía del punto de vista de la persona inmigrante).

En la primera dirección de política jurídica inmigratoria, la pretendida **simplificación y mejora de los procedimientos de gestión**, el punto de partida está claro para el legislador: aceptado que la inmigración es un hecho estructural por la LOExIS, su «vigencia» –primero aplazada en vía de hecho, luego ignorada por la nefasta ordenación del contingente 2002, y siempre amenazada por las dudas sobre su validez– habría dejado al descubierto situaciones que, «*consideradas en su conjunto, han planteado la necesidad de adaptar aquella a los continuos cambios de un fenómeno mutable como el migratorio*». Entre éstos, el más evidenciado en los medios es el predominio de formas de acceso de los inmigrantes a nuestro país bien diferente de las imágenes, ciertamente dramáticas, que ofrece la obscura realidad de las «pateras», para descubrirnos que más del 80% de los inmigrantes llegan por avión –por eso se reforzarán las obligaciones de las compañías transportistas– y tienen entrada «regular», si bien luego deviene en irregular por la pérdida de vigencia de las condiciones de entrada y las dificultades de vuelta a la regularidad.

En consecuencia, se pretende –cosa distinta es que, en nuestra opinión, al final se esté más cerca de conseguir justo lo contrario– «una mejor y más sencilla ordenación de los flujos migratorios». A tal fin, se autoconfiesa el favor por la simplificación de los trámites administrativos, suprimiendo los innecesarios para mejorar la gestión de los procesos migratorios y flexibilizar el régimen de situaciones. Como en 2000, se declara un objetivo que los textos y la práctica desmienten: cada vez que se proclama que se quiere «favorecer» los canales de acceso legal, lo cierto es que se introduce mayor confusión –ej. «tarjeta de identidad del extranjero», como documento acreditativo; el «visado» como autorización para residir y trabajar–.

En este sentido, entre otros aspectos, se esgrimen básicamente las reformas de los efectos del visado, tratando de promover una «nueva función adicional», cual es la de «servir de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España», por lo que habilitaría no sólo a entrar sino también a permanecer. Otras reformas pensadas para ganar en eficacia administrativa, como la *búsqueda de inmediatez en la recepción de solicitudes* relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo, a través de la «*personación del interesado*» en dicha presentación (nueva DA 3.^a de la LOExIS), la *facilitación de las inadmisiones a trámite* de dichas solicitudes, recogiendo en el plano legal motivos de inadmisión que, previstos en normas de rango inferior, se habían mostrado en la práctica muy problemáticas, antes por su dudoso fundamento legal, siempre por la inseguridad jurídica que generan (nueva DA 4.^a) o, entre otros, la singularización parcial de la gestión del procedimiento de readmisión en virtud de Acuerdos (DA 6.^a), responden a finalidades menos loables y, en todo caso, son de resultado incierto, cuando no contraproducente para la mejora del régimen de los extranjeros.

Respecto a la segunda gran orientación, la pretendida **mejora de la coherencia ordenamental del conjunto** –llamarlo «sistema» sería un sarcasmo– regulador, como también sucediera con la reforma de la LO 8/2000, el legislador pretende responder, en la misma tónica de incertidumbre y ambigüedad que caracteriza el primer objetivo, a dos exigencias diferentes. Por un lado, reitera en varias ocasiones su objetivo de *adaptar la normativa interna al ordenamiento comunitario* en esta materia, esto es, a las decisiones que, en los últimos años, vienen articulando el proceso, con varias fases, de comunitarización de este fenómeno político y socio-económico. De nuevo, los ineludibles compromisos con las normas comunitarias servirán más bien de excusa, siempre presentada como de casi infalible autoridad o calidad aunque se sepa con certeza de su ambigüedad, para proceder a una importante revisión de aspectos de la legislación vigente sobre extranjería.

En esta dirección encontraremos básicamente:

- a) Una confesada adaptación de nuestra normativa al Reglamento 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio, pretendidamente en relación a la tarjeta de identidad de extranjero.
- b) Exigibilidad de las tasas correspondientes a la expedición de visados (Decisión del Consejo de 20-12-2001).
- c) El régimen de obligaciones y sanciones a transportistas (Directiva 2001/51/CE, 28-6, por la que se completan las disposiciones del art. 26 del Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen, cuyo Espacio se define en la nueva DA 7.^a LOExIS).
- d) Reconocimiento mutuo de las resoluciones de expulsión, para impedir que aquellos extranjeros sobre los que hayan recaído éstas en cualquier Estado de la Unión puedan intentar evitarlas trasladándose a otro Estado (Directiva 2001/40/CE, 28-5), así como la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares.

Por otro lado, en esta misma óptica de ajustes entre «fuentes» jurídicas de la política inmigratoria, con objeto de dar coherencia y seguridad jurídicas al emergente «ordenamiento de la inmi-

gración y extranjería», aparecería un objetivo que está en la concepción originaria de la Ley, e incluso la explica –aunque no necesariamente la justifica– en gran medida. Me refiero, como es obvio, a la necesidad de resolver el problema generado por la anulación de múltiples preceptos del Reglamento de Desarrollo (RELOExIS), a cargo de la conocida STS 23 de marzo de 2003. En vez de proceder a una reflexión detenida sobre su sentido y alcance, especialmente en los eventuales efectos correctores de ciertas opciones gubernamentales muy discutibles –nulas– en Derecho, el Gobierno se precipitó en anunciar una reforma que incluyera, como norma de rango de Ley, los preceptos declarados nulos por el TS, enfatizando la dimensión puramente formal de la misma. El resultado, por tanto, no ha sido sino el de buscar la *neutralización de una doctrina judicial* que, junto a otras en relación a la dudosa legalidad del Contingente de 2002, *había dado un vuelco de relieve* al modelo practicado –que no formalizado– a partir de la LOExIS.

Como veremos de inmediato, y aunque no se exprese de esta manera, en realidad se silencia, también encontramos reformas de ajuste entre Ley y Jurisprudencia, esta vez con un sentido mucho más positivo y favorable a la encomiable labor del TS en este punto. Así, la reforma del artículo 36.3 *in fine*, que integra los derechos de prestación de Seguridad Social –y de protección social en general– entre los que corresponde al trabajador extranjero, aunque carezca de autorización para trabajar, no es sino la recepción, con efectos generales, de la doctrina apuntada, si bien en relación a las prestaciones derivadas de accidente de trabajo, por la reciente STS, Sala 4.^a, de 9-6-2003. A nuestro juicio, el juego combinado del precepto legal y la sentencia desautoriza definitivamente –es criticable que el TS ha desaprovechado la ocasión para ofrecer la necesaria argumentación– cualquier intento hermenéutico por mantener la tradicional, y siempre poco clara, tesis de la nulidad del contrato del inmigrante no autorizado ⁶.

Sin embargo, no ha tenido a bien el Legislador recoger en el texto de la norma las doctrinas judiciales sentadas, en diferentes cuestiones, tanto por el TJUE cuanto por el TCo., lo que es irrelevante en la práctica por la fuerza normativa de estas decisiones y directa operatividad, pero resulta injustificable técnicamente. En el primer caso, nos referimos a la importante STJCE, Sala 5.^a, 8 mayo 2003, SENTENCIA KOLPAK, ASUNTO C-438/00, que arrumba las disposiciones de los Estados miembros que introducen un segundo cupo para el mercado del deporte profesional, estableciendo licencias federativas «de extranjero» a quienes se benefician del régimen favorable de los Acuerdos de Asociación y/o Cooperación con la UE. En segundo, la STCo. 95/2003, de 22 de mayo, declarando inconstitucional la análoga previsión de la LO 1/1996, extiende el derecho a la justicia gratuita a cualquier persona, tenga o no la situación de irregular, y a cualquier proceso, por tanto, también al laboral. Frente a esta doctrina la norma vigente continúa restringiendo el reconocimiento de este derecho.

Desde luego, tampoco han merecido atención expresa otras interesantes y fundadas doctrinas judiciales –ej. STSJ Cantabria 21-2-2003–, como las que dudan de la legalidad de, o corrigen en sede

⁶ Compartimos la crítica por desidia argumental pero no la tesis de fondo: ni ayer, pero desde luego no hoy, es aceptable jurídicamente la nulidad del contrato de trabajo del inmigrante no autorizado. En la misma línea la STSJ Cataluña 14 de mayo de 2002.

interpretativa, las regulaciones de los Contingentes por el Consejo de Gobierno, en especial de 2002. Aunque la regulación del Contingente 2004 ha corregido en gran medida esta deriva, volviendo por la senda legal de la pluralidad de procedimientos de acceso a la autorización para trabajar, al tiempo que avanza una práctica de simplificación y flexibilización en la gestión que ahora es objeto de recepción legislativa con esta reforma, hubiera sido deseable alguna atención legal.

En la tercera dirección de política jurídica indicada, que constituye el verdadero eje central de la reforma, **reforzando la búsqueda de eficacia en la gestión y control del fenómeno inmigratorio**, motivo común de la primera y segunda líneas ya vistas, son muchas y notables las modificaciones que se introducen. Sin perjuicio del análisis más detenido de, al menos, las principales, aquí merecen especial referencia:

a) Las relativas a la *lucha contra el uso fraudulento* –verdadera «obsesión» de la norma, que contrasta con la menor importancia que concede, si concede alguna, a la corrección de las difundidas «malas prácticas» administrativas en esta materia– de los procedimientos administrativos de gestión, al objeto de garantizar un desarrollo de la inmigración por los cauces legales.

Así, para evitar lo que el legislador llama «fraudes en las reagrupaciones en cadena», se ha incorporado, como presupuesto para el ejercicio de dicho derecho por parte de un residente que lo fuese, a su vez, en virtud de una previa reagrupación, la necesidad de obtener una autorización de residencia propia. Asimismo, se incorpora con carácter general, como vimos, la personación del interesado en la presentación de solicitudes relativas a las autorizaciones de residencia y de trabajo.

b) *Reforzamiento del régimen sancionador*, tratando de mejorar los instrumentos de lucha contra la inmigración ilegal.

Con el fuerte componente «represor» y policial que sigue teniendo la política inmigratoria, no sólo en España sino en la mayor parte de los países de la UE, y en la propia política comunitaria, esta materia siempre constituye un ámbito especialmente atendido por las reformas. Así sucede en esta ocasión, si bien la mayor parte se concentra en la potenciación de la colaboración con las compañías de transporte en orden a contar con mayor información sobre las personas que vayan a ser trasladadas hasta el territorio español –garantizar la seguridad en los transportes internacionales, especialmente los aéreos, con lo que es evidente el influjo de los trágicos acontecimientos de Nueva York–. Asimismo, se incluye el perfeccionamiento de un tipo sancionador de la Ley en aplicación de la referida Directiva 2002/90/CE.

c) La última disposición adicional que se incorpora a la LO 4/2000 (LOExIS) recoge el principio de colaboración entre Administraciones Públicas en materia de extranjería e inmigración, habilitando el acceso de las fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a determinada información de la que dispongan otros órganos de la Administración del Estado.

El texto legal, a modo de *excusatio petita*, precisa el carácter funcional y relativo de esta polémica habilitación –sólo «a los efectos exclusivos del cumplimiento de sus funciones», y con pleno

respeto a las garantías establecidas en materia de protección de datos»-. No obstante, los motivos que subyacen a este reforzamiento de potestades, aunque sea en el plano informativo, está bien claro que son otros.

d) Introducción de una habilitación genérica de acceso al Padrón Municipal a favor de la DGP, con el objeto de mejorar el ejercicio de las competencias legalmente establecidas sobre el control y permanencia de los extranjeros en España, si bien con la cobertura del carácter recíproco con el INE, al establecer la obligación de aquella de comunicarle, a efectos de actualización, los datos de los que tenga constancia que pudieran haber experimentando cambios.

e) Se introduce una nueva disposición adicional en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, con la finalidad de incorporar en el texto de esta ley, con carácter expreso, una remisión a la LOExIS, para que a los procedimientos regulados en ésta se les apliquen las peculiaridades procedimentales que en la misma se introducen con carácter novedoso. Qué duda cabe de que, pese a su aparente simplicidad, esta reforma, motivada una vez más por el revés del TS, encierra en gran medida el «alma» de esta reforma, en buena medida «herida de muerte» por la razonada STS.

En efecto, el legislador sigue empeñado –aunque las restantes fuentes del ordenamiento se empeñen en enmendarle la plana– en seguir manteniendo la regulación del fenómeno inmigratorio en un ámbito propio, según la lógica propia no de la Ley especial sino de la Ley excepcional. Uno de los principales vicios del, nunca hasta hora verdaderamente existente, «ordenamiento jurídico de la extranjería», su estar en la frontera de la ley y al margen del derecho «ordinario» o común, vuelve de nuevo a desplegar sus dañinos efectos.

Finalmente, adscribíamos a la Ley un **objetivo en cierta medida integrador, al buscar algunas mejoras del régimen jurídico** de los extranjeros, y en particular de algunas «situaciones». En este campo se sitúan, como veremos, la práctica totalidad de las reformas en materia de empleo, trabajo y Seguridad Social, aunque su alcance sea globalmente limitado, al menos inicial y formalmente, salvo la desaparición del «permiso de trabajo» y su configuración, de nuevo, como «autorización para trabajar» y, al mismo tiempo, habilitante para residir durante el tiempo de su vigencia (art. 36.1). La modificación del artículo 34.2, que pretende facilitar la documentación en determinadas situaciones de inmigrantes «indocumentados»; la recepción en el texto legal del estatuto jurídico del inmigrante en los «Centros de Internamiento», buscando también mejorar sus derechos de comunicación, aunque con una pésima técnica (art. 62 bis a 62 sexies); la introducción, por fin, de los «visados para la búsqueda de empleo»; el reconocimiento de los derechos de prestación de Seguridad Social a los trabajadores extranjeros no autorizados previamente (art. 36.3), y otras que analizaremos, van en esta línea. La escasa conciencia del legislador sobre estos aspectos, más aceptados por motivos políticos que asumidos, explicaría que no se haga ni una sola mención en la larga EM.

Por lo que atañe a la estructura normativa, la LO 14/2003 cuenta con un cuerpo normativo articulado en 5 *preceptos*, y las usuales o típicas cláusulas de cierre o extravagantes –disposición adicional única; disposición derogatoria única; dos disposiciones transitorias y cuatro disposiciones finales–. Estas últimas, a diferencia de lo que ha sucedido en otras ocasiones, no introducen o adi-

cionan una regulación muy relevante en el plano sustancial, limitándose a cuestiones técnicas y organizativas, de relativa escasa incidencia, salvo los mandatos de «adecuación a la Administración General del Estado en el Exterior» (DF 2.^a), y adaptación reglamentaria (DF 3.^a)

No cabe duda de que el centro de interés se concentra en el **artículo 1**. Éste aglutina el auténtico contenido esencial de la norma, pues se destina a introducir las múltiples modificaciones que supone para la LO 4/2000, en la versión dada por la LO 8/2000.

Por su parte, el **artículo 2** modifica igualmente esta última LO, afectando a la Disposición derogatoria única de la LO 8/2000 –deroga expresamente el apdo. 4 del art. único del RD 864/2001, RELOExIS–. El **artículo 3** reforma, por su parte, la Ley 7/1985, 2 abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local –se modifican los arts. 16 y 17, y se incorpora una nueva disp. final–, oficialmente a los efectos de perfeccionar la información contenida en el Padrón Municipal relativa a los extranjeros empadronados, pero realmente, como vimos, para mejorar o ampliar el poder de control policial de la Administración General del Estado. El artículo 4 introduce una nueva disposición adicional en la Ley 30/1992, de RJAP-PAC, con la finalidad de asegurar la aplicación preferente de la LOExIS sobre el procedimiento común u ordinario, con lo que se neutraliza el alcance de la STS.

Finalmente, el **artículo 5** modifica la Ley 3/1991, 10 de enero, de Competencia Desleal, considerando desleal la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida conforme a lo dispuesto en la legislación sobre extranjería. Esta deslocalizada reforma ilustra bien algo que se dijo al principio, y es la estrecha vinculación de la política inmigratoria a los imperativos de mercado, de modo que el incumplimiento de las reglas de juego no sólo lesionaría el orden público ciudadano sino el orden público económico. El encuadramiento de la política inmigratoria, de forma coordinada, con las políticas activas de empleo en la nueva Ley de Empleo también apunta claramente en esta dirección.

Por lo que se refiere a las denominadas *cláusulas de cierre* del texto normativo, junto a la entrada en vigor –que se producirá «al mes» de su «completa» (*sic*) publicación en el BOE, esto es, el 21 de diciembre de 2003–, lo más relevante es, como decíamos, el doble mandato de adaptación. El primero de la Administración General del Estado en el Exterior, esto es, las conflictivas estructuras consulares, cuyo funcionamiento ha dejado mucho que desear hasta el momento en esta materia, «a las nuevas funciones que se le encomiendan en cuanto a contratación y documentación de trabajadores extranjeros» (DF 2.^a). La tendencia de futuro parece ser, y debería ser en todo caso, su transformación, al menos en aquellos Estados de mayor capacidad de «exportación» de inmigrantes, en auténticas «Oficinas de Empleo». El segundo de adaptación del RELOExIS, en el plazo de seis meses desde la publicación –no desde la, un mes aplazada, entrada en vigor– de la LO 14/2003, lo que deviene absolutamente necesario para permitir una aplicación efectiva de las modificaciones, no siempre compatibles con las actuales previsiones, lo que pone el problema de su derogación –DD única– o adaptación interpretativa hasta tanto se produzca la referida regulación. La liquidación de la figura de los «permisos» y su sustitución por la, más genérica, de las «autorizaciones», se produce de forma general en la disposición adicional única.

III. LAS REFORMAS EN EL ESTATUTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO DE LOS EXTRANJEROS: ENTRADA, PERMANENCIA Y SALIDA

1. Incorporación al ordenamiento español de las recientes directrices comunitarias en materia de inmigración.

Como acabamos de poner de relieve, la LO 14/2003 ha tratado de amparar su particular reforma del régimen de inmigración y extranjería acudiendo, como ya hiciera, con similar ambigüedad e imprecisión, la LO 8/2000, en la exigencia de incorporación, en unos casos y de adaptación, en otros, del ordenamiento español a las directrices comunitarias en el ámbito de la inmigración. La adhesión de España en 1985 a la, entonces, Comunidad Económica Europea ya significó para el Gobierno español la obligación de asumir los compromisos derivados de tal incorporación que, en el ámbito de la extranjería, podían derivarse y, de hecho, se han derivado, del reconocimiento ya en el originario Tratado CEE, de 25 de marzo de 1957, de la libertad de circulación de personas ⁷. A partir de este momento, ha sido constante la recepción en el ordenamiento español (aunque no necesariamente en la Ley de Extranjería o en su Reglamento) de las decisiones adoptadas en la Europea comunitaria en el ámbito de la inmigración. Sirva como ejemplo la participación de España en el Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, y su Convenio de Aplicación, de 19 de junio de 1990.

Sin embargo, esta necesidad de adaptación es mayor a raíz de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam de 2 de octubre de 1997, el 1 de mayo de 1999. Como se sabe, el TA ha supuesto la asunción por las instituciones comunitarias (señaladamente, Comisión y Consejo) de competencias legislativas en lo concerniente a las condiciones de entrada en el territorio de los Estados miembros (esto es, el cruce de las fronteras internas y externas), tanto de los nacionales de los países comunitarios como de terceros Estados (art. 62 TCE/TA), así como medidas sobre política de inmigración en los ámbitos indicados en el artículo 63 del TCE/TA. Más concretamente, la letra a) del apartado 3.º del citado artículo 63 incluye las «condiciones de entrada y de residencia y normas sobre procedimientos de expedición por los Estados miembros de visados de larga duración y de permisos de residencia, incluidos los destinados a la reagrupación familiar» ⁸.

Las materias antes comprendidas en el Tercer Pilar (TUE) intergubernamental, que habían justificado la adopción de un primer Reglamento en el año 1995 (modificado en varias ocasiones), rela-

⁷ Por este motivo, la doctrina considera que las instituciones comunitarias no asumen competencias radicalmente nuevas en los ámbitos ahora comprendidos en el Título IV del TCE tras su modificación por el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997. Por el contrario, han de valorarse como una evolución, que puede encontrar su comienzo en el propio TCEE de 1957, en el que ya se preveía la libertad de circulación de personas [antiguo art. 3, letra c) del TCEE]. Para una exhaustiva explicación de este proceso, véase J. MARTÍN y PÉREZ DE NANCLARES: *La inmigración y el asilo en la Unión Europea (Hacia un espacio de libertad, de seguridad y de justicia)*, Colex, Madrid, 2002, pág. 31 y ss.

⁸ Sin embargo, se trata de un proceso que (salvo para las materias recogidas en el art. 63 4.º, inciso tercero) culmina el 1 de mayo de 2004, momento a partir del cual el Consejo decidirá si se utiliza el procedimiento previsto en el artículo 251 TCE/TA para adoptar los actos normativos derivados del nuevo Título IV del TCE/TA (art. 67).

tivo a los países a cuyos nacionales se les debe exigir visado de entrada, han pasado al Título IV del TCE/TA, habiéndose producido una refundación de las competencias comunitarias sobre estas materias. De otro lado, la comunitarización del acervo Schengen, a través de un Protocolo anejo al TUE y al TCE, ha requerido determinar la base jurídica (señaladamente, arts. 61 y 62 TCE/TA) que justifica la asunción de competencias sobre los aspectos y materias comprendidas en el citado acervo (véase art. 2, párr. 2.º, del Protocolo Schengen) ⁹.

Si bien es preciso realizar un análisis con mayor detenimiento del alcance y, sobre todo, del significado del nuevo Título IV del TCE/TA (tanto para la propia existencia de una política comunitaria en esta materia, como para la progresiva pérdida de protagonismo de las legislaciones nacionales de extranjería), que no es posible realizar en este momento, puede apreciarse la voluntad del Estado español de dar cuenta de los cambios que experimenta nuestra regulación interna como consecuencia de la necesidad de asumir las normas comunitarias ¹⁰.

Así lo indica en varias ocasiones la EM de la LO 14/2003, pero de forma especialmente desafortunada cuando se refiere a la necesidad de adaptar la legislación española al Reglamento 1030/2002, del Consejo, de 13 de junio de 2002. La aplicación directa e inmediata de la norma no requiere, a diferencia de lo que sucede en el caso de las Directivas, un acto legislativo expreso del legislador, sino que obliga desde su publicación en el DOCE. Y, en este caso, no obliga, a diferencia de lo que indica su EM, a que el extranjero esté en posesión de una tarjeta de identidad, sino a que los Estados miembros expidan un modelo uniforme de permiso de residencia, con arreglo a las características indicadas en sus Anexos (véase *infra*).

Hay que valorar de forma positiva, no obstante, la incorporación al texto de la Ley de Extranjería de una referencia al Acuerdo de Schengen y a su Convenio de Aplicación, que no sólo vincula al Estado español con los países miembros de la Unión Europea (salvo Reino Unido, Irlanda y Dinamarca), sino con otros Estados (Islandia y Noruega) ¹¹. En todo caso, el legislador español se va a ver inmer-

⁹ Véase, Decisión del Consejo, de 20 de mayo de 1999 (1999/435/CE), sobre la definición del acervo de Schengen a efectos de determinar, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen dicho acervo (DOCE, Serie L núm. 176, de 10 de julio de 1999) y la Decisión del Consejo, de 20 de mayo de 1999 (1999/346/CE), por la que se determina, de conformidad con las disposiciones pertinentes del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y del Tratado de la Unión Europea, la base jurídica de cada una de las disposiciones o decisiones que constituyen el acervo Schengen (DOCE Serie L núm. 176, de 10 de julio de 1999). El «acervo de Schengen», tal y como figura en el apartado 2 del artículo 1 de la Decisión del Consejo 1999/435/CE.

¹⁰ La doctrina ha considerado que el nuevo Título IV del TCE/TA supone, sobre todo, un reto para el desarrollo de una política comunitaria en materia de inmigración, que no esté basada exclusivamente en la libre circulación de personas. Véase, F. ESTEVE GARCÍA: «¿Hacia un incipiente estatuto comunitario de los nacionales de terceros Estados que residan legalmente en la Unión Europea? El principio de no discriminación» en, *Derecho de la inmigración y Derecho de la integración. Una visión múltiple: Unión Europea, Canadá, España, Québec y Cataluña*, Girona, 18 y 19 de enero de 2002, Serv. Publ. Universidad de Girona, 2002, pág. 160.

¹¹ La disposición adicional séptima de la LO 14/2003 señala expresamente que: «a los efectos de lo dispuesto en esta ley, se entenderá por Espacio Schengen, el conjunto de los territorios de los Estados a los que se apliquen plenamente las disposiciones relativas a la supresión de controles en las fronteras interiores y circulación de personas previstas en el Título II del Convenio para la Aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990».

so en nuevas labores de adaptación si la labor del Consejo y de la Comisión sigue siendo tan activa como hasta el momento ¹². No obstante, el carácter subsidiario de la intervención comunitaria (esto es, sólo procede en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior) no va a hacer perder a los Estados capacidad legislativa, siempre que no se oponga a lo dispuesto por el Derecho ¹³.

No debe olvidarse, por último, la inminente ampliación de la UE, tras la cual los nuevos Estados miembros (PECOS) aplicarán las disposiciones del acervo Schengen relativas al ejercicio de controles fronterizos en las fronteras exteriores, no sólo en las nuevas fronteras exteriores de la Comunidad sino también, durante un período transitorio, en sus fronteras comunes con otros Estados miembros ¹⁴.

2. El visado como acreditación de una previa autorización de residencia en la LO 14/2003: principales puntos críticos.

2.1. El nuevo artículo 25 bis de la LOExIS.

a) Entrada con visado obligatorio.

El visado ha sido utilizado, tanto por el legislador nacional como por el comunitario, como un instrumento de control (o, más bien, obstáculo), añadido a los conocidos permisos o autorizaciones de residencia y/o trabajo para extranjeros ¹⁵. El visado debe solicitarse con carácter previo a la presentación ante el puesto fronterizo español. De este modo, se limita (controla) la llegada de extranjeros, pues no sólo se les exige que cumplan las condiciones previstas por la legislación de extranjería para encontrarse de forma legal en territorio español, sino que han de acreditarlas antes de su entrada.

La LOExIS prevé diversas modalidades de visados, que responden a las concretas circunstancias que justifican la llegada de extranjeros al territorio español. Se trata de los siguientes: visado de tránsito, de estancia y de residencia. No obstante, la pertenencia de España al espacio Schengen,

¹² También deberá llevarse a cabo la transposición de la Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, publicada en el *DOCE*, con fecha 3 de octubre de 2003, que afecta a los actuales artículos 16-19 de la LOExIS, reformados por la LO 14/2003.

¹³ Véase Protocolo sobre las relaciones exteriores de los Estados miembros con respecto al cruce de fronteras exteriores, anejo al TCE. Véase también, Declaración núm. 18 sobre la letra a) del punto 3 del artículo 63 del TCE.

¹⁴ Véase Proyecto de conclusiones del Consejo sobre la adopción de acuerdos bilaterales de cooperación en materia de controles sobre las personas en las fronteras terrestres comunes entre determinados Estados miembros de la Unión Europea con posterioridad a la ampliación, elaborado por el Comité Estratégico de Inmigración, Fronteras y Asilo, en su reunión de 17 y 18 de noviembre de 2003.

¹⁵ Así lo indica expresamente el artículo 19 del RELOExIS, en su párrafo 1.º («el visado se utiliza como instrumento orientado al cumplimiento de los fines de la política exterior del Reino de España y de otras políticas públicas españolas o de la Unión Europea, en especial, la política de inmigración, la política económica y la de seguridad ciudadana»).

a raíz de la ratificación del Acuerdo de este mismo nombre y de su Convenio de Aplicación, ha determinado la existencia de una dualidad de regímenes: de un lado, los «visados Schengen» y, de otro, los visados nacionales, expedidos de conformidad con la normativa de extranjería vigente en cada uno de los Estados miembros de la UE y, más concretamente, del citado espacio.

Esta dualidad de regímenes se ha simplificado en la práctica, tras la aprobación y entrada en vigor del Reglamento 1683/1995/CEE, de 29 de mayo, por el que se establece un modelo uniforme de visado para estancias no superiores a tres meses o para tránsito ¹⁶. Los visados de estancia o de tránsito –de corta duración– son visados Schengen, dado que este convenio sólo contempla esta modalidad (arts. 19 y 20). Cada visado atribuye diferentes derechos o prerrogativas: el «visado Schengen» permite al extranjero entrar en el territorio de un Estado miembro del citado Acuerdo y circular libremente por el espacio Schengen durante 3 meses en un período de 6 meses. Los visados de la Ley española de Extranjería de larga duración permiten al extranjero entrar en el territorio español, en el que deben permanecer, debiendo solicitar el visado correspondiente en el caso de que deseen desplazarse a otro Estado miembro ¹⁷.

En determinadas ocasiones, el visado es obligatorio para acceder al territorio español por mandato del Reglamento CE núm. 539/2001, del Consejo, de 15 de marzo de 2001, que establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esta obligación, modificado por el Reglamento 453/2003/CE, del Consejo, de 6 de marzo de 2003 ¹⁸. La base jurídica de esta norma se encuentra ahora en el Título IV del TCE/TA, más concretamente, en el artículo 62, 2.º letra i), superándose de este modo los problemas de competencia que habían dado lugar a la anulación del Reglamento 2317/1995, de 25 de septiembre, por Sentencia del TJCE, de 10 de junio de 1997 (As. C-392/95). La primacía de esta norma reglamentaria impide que España aplique algunos convenios con determinados países terceros, relativos a la supresión de la exigencia de visado de entrada (señaladamente Colombia y Ecuador), que deben ser denunciados por el Gobierno español antes de la entrada en vigor del nuevo Reglamento ¹⁹.

Siendo el visado un importante instrumento de control de la regularidad de la presencia de los extranjeros en el territorio español (y comunitario), salvo en concretos supuestos (véase *infra*), agota-

¹⁶ Véase DOCE Serie L núm. 164, de 14 de julio de 1995. Ha sido modificado por el Reglamento 334/2001/CE, del Consejo, de 18 de febrero de 2002 (DOCE Serie L núm. 53, de 23 de febrero de 2002).

¹⁷ No obstante, el Reglamento 1091/2001/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la libre circulación con visado para estancia de larga duración, permite que los nacionales de terceros Estados que estén en posesión de un visado nacional de larga duración puedan transitar por el territorio de los demás Estados miembros de la UE durante un período de 3 meses desde su fecha inicial de validez, siempre que tales personas reúnan los requisitos indicados en la citada norma comunitaria (véase su texto en DOCE Serie L, núm. 150, de 6 de junio de 2001).

¹⁸ Véase DOCE Serie L núm. 81, de 21 de marzo de 2001 y DOCE Serie L núm. 69, de 13 de marzo de 2003.

¹⁹ Véase A. ÁLVAREZ RODRÍGUEZ: «Régimen de entrada y permanencia regular de los extranjeros en España», en *V Jornadas autonómicas de Derecho internacional humanitario (Migraciones)*, Germania, Valencia, 2003, págs. 123-124. Para los motivos por los que se incluye a Colombia dentro de la lista de los países a cuyos nacionales se les exige visado de entrada, véase C. APRELL LASAGABASTER: «La política de visados de la Unión Europea», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 207, abril de 2002, pág. 42.

ba su función en el momento de la entrada. La LOExIS, en su redacción anterior a la reforma por LO 14/2003, exigía que el extranjero tras la entrada y para el caso de que permanezca en territorio español por un tiempo superior a 90 días en un período de 6 meses, debía dirigirse a la Comisaría de Policía o a la Oficina de Extranjeros de la localidad de residencia y/o trabajo para solicitar una autorización de estancia o de residencia y/o trabajo, según las concretas circunstancias. Varias disposiciones del Reglamento de desarrollo de la Ley de Extranjería (RD 864/2001), que han quedado derogadas por la disposición derogatoria única de la LO 14/2003, prevén que las autoridades españolas no tienen obligación de conceder un permiso de residencia a la persona que está en posesión de un visado de residencia, porque puede concurrir alguna causa que justifique esta decisión (estar incluido en la lista de rechazables de Schengen, que tenga antecedentes penales en España o en el país de su residencia anterior –véase párrafo 5 del art. 31 de la LOExIS, en su redacción por LO 8/2000–) ²⁰.

Sin embargo, tras la entrada en vigor de la LO 14/2003, la diligencia o sello impuesto en el pasaporte o en documento aparte, que constituye el visado, no sólo permite el paso al territorio español, sino que justifica la presencia legal del extranjero en nuestro país, en atención a las circunstancias más concretas en las que se encuentre. Si bien puede considerarse una modificación significativa de la Ley de Extranjería, no se trata de una función completamente nueva en el ordenamiento de extranjería e inmigración español. Por el contrario, el visado también ha servido para justificar la presencia legal del extranjero en territorio español en otras ocasiones, con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 14/2003.

De un lado, en el régimen establecido en la LOExIS, el visado ha servido para justificar la presencia regular en España de la persona que ha llegado a nuestro territorio para permanecer durante un período inferior a tres meses (en un período de seis), así como para permitir que se incorporen a la actividad laboral los extranjeros, contratados en sus países de procedencia, que acuden al territorio español como consecuencia de las ofertas públicas de empleo ofertadas en el contingente. En estos casos, el visado no ha servido estrictamente para permitir la entrada del extranjero al territorio español, sino también para justificar su permanencia y/o trabajo. De otro lado, en el plano convencional, el artículo 4 3.º del Acuerdo entre España y Colombia relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, indica que el visado sirve para documentar la presencia regular del extranjero en territorio español cuando la estancia en España sea de duración igual o inferior a seis meses ²¹.

Sin embargo, tras la reforma operada en la Ley de Extranjería por la LO 14/2003 esta función del visado se ha generalizado, esto es, es aplicable a todos los casos, de tal manera que permite (habi-

²⁰ El artículo 8, párrafo 7, del RELOExIS (RD 864/2001) indica que: «la obtención de un visado para residencia se entiende sin perjuicio de la competencia de las autoridades dependientes del Ministerio del Interior para autorizar la entrada y otorgar, cuando proceda, el correspondiente permiso de residencia». El artículo 50, párrafo 3.º, del mismo texto señala que: «la autoridad competente, al objeto de resolver adecuadamente las solicitudes de permisos de residencia, podrá solicitar los informes que juzgue necesarios a los diferentes órganos de las Administraciones Públicas. Estos informes no serán vinculantes, interesándose su emisión en el plazo de 15 días».

²¹ Aplicación provisional del Acuerdo entre España y Colombia, relativo a la regulación y ordenación de los flujos migratorios laborales, hecho en Madrid, el 21 de mayo de 2001 (BOE de 4 de julio de 2001).

lita) al extranjero permanecer en España en la situación que le ha sido previamente autorizada (estancia o residencia). Más concretamente, el visado es *la acreditación documental de una previa autorización de residencia* (véase EM de la LO 14/2003). Esto es, el visado sólo podrá expedirse por el Ministerio de Asuntos Exteriores (esto es, por la embajada correspondiente del lugar de procedencia del extranjero) una vez que el Ministerio del Interior haya autorizado la residencia en España de dicha persona y siempre que concurren las circunstancias y condiciones que la ley exige para ello.

Esta interpretación se ve avalada por las Instrucciones, de 16 de diciembre de 2003. En ella se indica que el informe favorable del Ministerio del Interior, esto es, de las Subdelegaciones del Gobierno o de los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales, tiene los efectos de autorización administrativa de residencia ²².

Por tanto, el visado no es la autorización de residencia, sino el documento (junto con la tarjeta de identidad de extranjero) que permite al extranjero probar o justificar su presencia regular en España. No obstante, si tal residencia se prolonga por un período superior a seis meses, debe solicitar la tarjeta de identidad, que se le ha de expedir obligatoriamente, de conformidad con el nuevo párrafo 2.º del artículo 29 de la LOExIS, tras su modificación por la LO 14/2003 ²³. El nuevo Reglamento (que debe aprobar el Gobierno en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la nueva Ley) tendrá que indicar la duración temporal de los visados, que servirán como acreditaciones de residencia y que, por tanto, podrán tener una duración de seis u ocho meses o, incluso, de un año, dado que tendrán la misma vigencia que la fijada en el informe del Ministerio del Interior, que cumple la función de autorización de residencia.

Se trata, en definitiva, de hacer que el extranjero se incorpore a la situación para la que ha llegado al territorio español desde el momento de la entrada, sin necesidad de que tenga que tramitar de forma inmediata el correspondiente permiso de residencia. Se han eliminado los «expedientes basura», que llenaban las dependencias de las Oficinas de Extranjeros o Comisarías de policía y que traían su causa de la necesidad de otorgar el permiso de residencia y/o trabajo a una persona, que está en posesión de un visado de residencia y/o trabajo, que no le permite estar en España en la situación por (para) la que le había sido concedido (señaladamente, residencia y trabajo).

El nuevo artículo 25 bis, introducido por la LO 14/2003, es expresivo de esta circunstancia, al prever las diversas modalidades de visados y su función. Por ejemplo, para el caso del visado de trabajo y residencia indica que: *«habilita para ejercer una actividad laboral o profesional por cuenta ajena o propia y para residir»*. Por tanto, el extranjero que entre en el territorio español en posesión de esta modalidad de visado podrá presentarse directamente en el lugar en el que deba realizar la actividad laboral, sin necesidad de esperar a la concesión del permiso de trabajo o autorización para trabajar.

²² Puede verse el texto de las citadas Instrucciones, sin referencia al Ministerio del que proceden, en la página siguiente: www.reicaz.es

²³ Esta disposición indica que: «2. *La concesión del visado: a) Habilitará al extranjero para presentarse en un puesto fronterizo español y solicitar la entrada. b) Habilitará al extranjero, una vez se ha efectuado la entrada al territorio español, a permanecer en España en la situación para la que hubiese sido expedido, sin perjuicio de la obligatoriedad de obtener, en su caso, la tarjeta de identidad de extranjero»*.

De este modo se realiza el primer objetivo ya señalado en esta páginas de la reforma, la simplificación de los trámites administrativos para la documentación de los extranjeros. No obstante, está por ver si este cambio, en principio loable desde el plano de la gestión eficaz, no se hace, una vez más, en detrimento de cierta seguridad jurídica, que siempre ha brillado por su ausencia en materia de extranjería e inmigración ha perdido seguridad jurídica. Los riesgos para la posición jurídica del extranjero son evidentes, como consecuencia de la falta de claridad de la función y, lo que es más importante, los efectos, de cada una de las sucesivas autorizaciones, dado que no queda claro cuál es el documento que «autoriza» (de forma efectiva) la estancia o residencia del extranjero en territorio español.

De un lado, el informe gubernativo (favorable) surte efectos de autorización de residencia, pero no es la autorización de residencia y, de otro, el citado informe permite que el extranjero tenga un documento, el visado, que le permite residir y sirve de acreditación documental de una previa autorización de residencia, que aún no existe. La autorización de residencia debe estar implícita, en todo caso, pero, sin duda, la citada autorización, a la que hace referencia el reformado artículo 31 1.º de la LOExIS, tras su modificación por la LO 14/2003, no es ni el informe de la Subdelegación del Gobierno correspondiente ni el visado de residencia.

La función habilitadora que ahora tiene el visado obliga a plantear nuevamente el momento a partir del cual el extranjero goza de forma plena del derecho fundamental a residir y circular libremente por el territorio español ²⁴. Tras la entrada en vigor de la LO 14/2003, puede afirmarse (sin ningún género de duda) que desde el momento en que el extranjero entra en España estando en posesión de alguna de las modalidades de visado previstas en la citada ley, goza plenamente del derecho fundamental a residir y circular libremente por el territorio español reconocido en el artículo 19 de la CE y que el artículo 13 del mismo cuerpo legal extiende a los extranjeros, pues el informe favorable del Ministerio del Interior tiene los efectos de la autorización de residencia ²⁵.

b) Entrada sin necesidad de visado.

En otros casos, no es obligatorio el visado para la entrada, de tal forma que ésta puede tener lugar a través de la presentación de los documentos acreditativos de la identidad del extranjero así como de los que justifican los motivos de su llegada al territorio español ²⁶. El visado, por tanto, no puede cumplir la función de acreditación o habilitación de una previa residencia en territorio español. El nuevo párrafo segundo del artículo 25 de la LOExIS, tras su modificación por la LO 14/2003, da respuesta a esta situación, al indicar que: «*salvo en los casos en que se establezca lo contrario en*

²⁴ Para las propuestas realizadas por la doctrina cuando estaba en vigor la LO 7/1985, de 1 de julio, véase I. BORRAJO INIESTA: «La libertad de circulación de los extranjeros en España», en P. BIGLINO CAMPOS (coord.): *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pág. 57 y ss.

²⁵ Véase la importante STC núm. 94/1993, de 22 de marzo. Recurso de amparo núm. 1744/1989.

²⁶ Véanse, entre otros, los Acuerdos entre el Reino de España y la República de Estonia, la República de Letonia y la República de Lituania, sobre supresión de visados, hecho en Madrid el 9 de marzo de 1999 (*BOE* de 17 de abril de 1999 y corr. de err. *BOE* de 4 de junio de 1999), que mantienen su vigencia, al no estar incluidos estos países en el Anexo II del Reglamento 539/2001/CE (*supra* citado).

los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado». Esta disposición continúa señalando que: «no será exigible el visado cuando el extranjero se encuentre provisto de la tarjeta de identidad de extranjero o, excepcionalmente, de una autorización de regreso».

En tales supuestos, deberá acreditarse la presencia legal del extranjero en territorio español mediante la autorización de entrada concedida en el momento en que se presentó ante el puesto fronterizo correspondiente. No obstante, es de suponer que esta persona ha de solicitar una autorización de estancia o de residencia para acreditar que se encuentra en España en alguna de estas situaciones, de un lado y, de otro, para poder justificar o probar este extremo. Sin embargo, no queda claro que esta persona deba pedir tal autorización, pues la actual LO 14/2003 sólo indica que el extranjero tiene obligación de estar en posesión de la tarjeta de identidad de extranjero cuando su permanencia en España va a tener una duración superior a seis meses (art. 4 2.º de la LOExIS, tras su modificación por la LO 14/2003).

2.2. Posible incompatibilidad con la normativa comunitaria de la nueva función asignada al visado de residencia en la LO 14/2003.

La función ahora atribuida al visado simplifica la tramitación administrativa de la documentación relativa a los extranjeros, pues el mismo documento que permite la entrada en el territorio español, habilita al extranjero para realizar la actividad o encontrarse en España en la situación por (para) la cual acudió a nuestro país. De otro lado, dota de coherencia a un sistema, que persigue canalizar los flujos de población inmigrante de manera legal, pues los extranjeros que crucen la frontera española con un visado de residencia han sido autorizados previamente a residir en España. De este modo, la residencia de estas personas en nuestro territorio es legal, incluso antes de llegar a nuestro país.

Sin embargo, la generalización de esta función del visado (servir de acreditación de una previa autorización de residencia) puede plantear algunos problemas si se examina a la luz de los compromisos asumidos pro el Gobierno español como consecuencia de su pertenencia a la UE y, más concretamente, de su participación en el TA. El legislador comunitario ha considerado en todo caso al visado como un documento que permite la entrada en el espacio comunitario, esto es, en el territorio de los Estados miembros. A lo sumo, el visado ha servido para justificar la presencia legal en España de los nacionales de terceros Estados durante un período de tres meses, esto es, en situación de estancia, tal y como indica el Acuerdo de Schengen, ya comunitarizado.

Por este motivo, puede dudarse de la compatibilidad de esta nueva función del visado, en especial, de los visados de residencia, con la normativa comunitaria y con las directrices que indica la UE en el ámbito de la extranjería e inmigración, en la medida en que el visado no puede ser considerado un permiso de residencia, en el sentido en el que es entendido este concepto en el nuevo Reglamento 1030/2002/CE, de 13 de junio, por el que se establece un modelo uniforme de permiso de residencia para nacionales de terceros países. Su artículo 1 2.º indica que: «*se entenderá por per-*

miso de residencia, cualquier autorización expedida por las autoridades de un Estado miembro por la que se permite a un nacional de un tercer país permanecer legalmente en su territorio, con la excepción de los visados (...)».

De este modo, un extranjero que se encuentre en territorio español, cuya presencia legal está justificada por la posesión del citado visado, no podrá desplazarse al territorio de los demás Estados miembros utilizando dicho documento, porque no tendrá el valor de permiso de residencia uniforme. Por tanto, se tratará de visados de residencia (acreditaciones de residencia), con carácter territorial, esto es, su vigencia se limita al territorio español. El extranjero que desee cruzar las fronteras españolas para desplazarse por un período inferior a tres meses al territorio de otro Estado miembro de la UE tendrá que solicitar la tarjeta de identidad de extranjero, que, sin embargo, no se le tendrá que expedir necesariamente si su visado de residencia es inferior a seis meses, porque la nueva LO sólo obliga a expedir la citada tarjeta si su permanencia en territorio español es de duración superior al citado período.

2.3. Supresión de la exención de visado y sus consecuencias en el ordenamiento español de extranjería e inmigración.

El legislador español justifica la supresión del procedimiento de exención de visado en la nueva función que atribuye al visado: en la medida en que permite al extranjero documentar su presencia legal en territorio español, deja de tener sentido que se le exima de la necesidad de obtenerlo, pues se le estaría eximiendo de la propia necesidad de disponer de la documentación que le permite encontrarse de forma legal en territorio español (véase EM). Sin embargo, como se señalara al caracterizar de modo global esta reforma, en realidad esta explicación no puede despejar la sospecha de encubrimiento de la auténtica finalidad perseguida, que consiste en suprimir, en la medida de lo posible, la vía de regularización en la que, en la práctica, se había convertido la exención de visado.

Si bien la exención de visado se había previsto con carácter excepcional, estaba permitiendo la obtención de un permiso de residencia (o de residencia y trabajo) a los extranjeros que se encontraban en España de forma ilegal, a los que, por tanto, no se les exigía salir del territorio español en busca del visado correspondiente a la nueva situación (legal, esto es, regularizada), ni habían estado en posesión del visado en el momento de la entrada²⁷. De otro lado, siendo la misma autoridad la competente para resolver la exención de visado y para conceder el permiso de residencia (esto es, las autoridades del Ministerio del Interior y, concretamente, los Subdelegados del Gobierno y Delegados del Gobierno en las CC.AA. uniprovinciales) carecía de sentido dictar dos resoluciones de distinto sentido en ambos casos.

²⁷ Véase, entre otras, la STS de 14 de marzo de 2000 (rec. de casación núm. 9563/1995), que reconoce la existencia de circunstancias excepcionales que permiten la concesión de la exención de visado, pues el extranjero había obtenido una decisión judicial favorable, que le había reconocido su derecho a obtener un permiso de residencia y trabajo. Por el contrario, la mera existencia de una oferta de empleo no justifica, a juicio del TS, la concesión de la exención de visado. Véase, en este sentido, la Sentencia de 4 de abril de 2000 (rec. de casación núm. 8661/1995).

Además, la interpretación jurisprudencial del concepto de excepcionalidad que utilizaba el artículo 31 7.º de la LOExIS (antes de su modificación por la LO 14/2003) había dado como resultado la concesión de la exención de visado en numerosas ocasiones, en las que el extranjero no podría haber conseguido la residencia en nuestro país de otro modo, esto es, a través de los cauces legalmente previstos para la entrada y estancia en España. Así había sucedido, en especial, en los casos en los que se trataba de la vida en familia del extranjero. La interpretación realizada de las circunstancias excepcionales puso de relieve que no sólo podían residir legalmente en España los familiares a los que hacen referencia los artículos 16 a 19 de la LOExIS, sino también los demás miembros de la familia (p. ej., colaterales) ²⁸.

Sin embargo, el legislador indica que la supresión de la exención de visado no ha significado la eliminación de la posibilidad de que los extranjeros puedan obtener un permiso de residencia por circunstancias excepcionales ²⁹. Por el contrario, el párrafo 3.º del reformado artículo 31 de la LOExIS prevé que la Administración pueda conceder una autorización de residencia temporal por situación de arraigo, así como por razones humanitarias, de colaboración con la justicia u otras circunstancias excepcionales que se determinen reglamentariamente. En estos casos, no es exigible el visado.

Tampoco se puede exigir ya la exención de visado a los cónyuges o familiares de españoles, cuyo régimen jurídico está previsto en el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero –BOE de 22 de febrero–, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

Tras el análisis realizado, puede decirse que una de las modificaciones más significativas que ha llevado a cabo la LO 14/2003 se refiere a la relación entre los motivos que justifican la entrada y los que acreditan la presencia de los extranjeros en el territorio español. A partir de la entrada en vigor será más difícil, salvo por la vía de la concesión del permiso de residencia por circunstancias excepcionales, que el extranjero que entra en España justificando determinadas razones o circunstancias pueda permanecer en nuestro territorio si concurren otros motivos. De nuevo se confirma la distonía cognitiva en que incurre el legislador: dice pretender una cosa –facilitar la vía de legalización– pero consigue otra –dificultarla–.

Esta modificación legislativa refuerza la idea (indicada *supra*) de que los diversos documentos de extranjería (visados, autorizaciones de residencia, tarjeta de identidad, etc.) son instrumentos al servicio de la política legislativa de un concreto Estado en un momento determinado. El sentido de la reforma operada por el legislador español, no obstante, contrasta con la orientación que están siguiendo otros países de la UE. La reciente ley italiana de 2002 canaliza la presencia regular de los extranjeros casi de forma exclusiva por la vía de la regularización, esto es, sólo podrán encontrarse

²⁸ Véase, entre otras, la Sentencia de 6 de mayo de 2000 (recurso de casación núm. 2267/1996): el TS consideró que el vínculo de pareja de hecho justificaba la concesión de la exención de visado, pues «mantener la agrupación familiar de la pareja estable constituye una causa suficiente o circunstancia excepcional».

²⁹ El Legislador indica que «los supuestos que anteriormente se amparaban bajo la figura de la exención de visado (...) se incluyen ahora en el ámbito de la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales» (véase punto IV de la EM de la LO 14/2003).

legalmente en territorio italiano los extranjeros que ya se encuentren en el citado país y que, de alguna manera (frecuentemente, a raíz de la realización de una actividad laboral) puedan regularizar su estancia en el territorio italiano ³⁰. Por el contrario, el legislador francés sólo admite la entrada legal de los extranjeros en su territorio ³¹.

Esta diversidad de criterios evidencia la resistencia de los legisladores al Derecho comunitario, de un lado y, de otro (o, como consecuencia de), la falta de una política comunitaria en el ámbito de la extranjería e inmigración, que determine de forma necesaria la adopción de concretas medidas con carácter uniforme. Por el contrario, los legisladores nacionales siguen siendo «soberanos» a la hora de determinar las técnicas, y en qué sentido desean utilizarlas, cuando se trata de regular el fenómeno de la inmigración en su respectivo territorio ³². Por tanto, por enésima vez, confirmamos desde el dato técnico la crítica de política jurídica o valoración realizada al principio: la insistente invocación de las normas comunitarias como razón de ser imperativo de las reformas, en realidad, vuelve a emerger como una simple excusa, de autoridad, para «dar una vuelta de tuerca» más, sin perjuicio, claro está, de hacer igualmente algunas concesiones, de tono menor, a la mejora de ciertos aspectos del régimen jurídico, como veremos con respecto al nuevo artículo 34.2 o ciertas reformas en relación a las autorizaciones para trabajar.

3. Novedades relativas a la documentación de extranjeros.

3.1. La tarjeta de identidad de extranjero como documento personal único y obligatorio.

La EM de la LO 14/2003 indica que ha sido necesario adaptar el ordenamiento español al Reglamento 1030/2002, que obliga al extranjero a estar en posesión de la tarjeta de identidad de extranjero (TIE). Sin embargo, esta declaración del legislador es llamativa por dos motivos, de un lado, porque hace parecer que se trata de un documento nuevo, desconocido en la legislación española de extranjería, y que ha de ser recibido en el Derecho español a través de una norma de transposición (que sería el nuevo apdo. 2.º del art. 4 de la LOExIS). Y, de otro, porque la citada norma comunitaria no alude a este documento, sino a la obligación de los Estados miembros de expedir un permiso de residencia uniforme (en forma de tarjeta) a los nacionales de terceros Estados, con las características indicadas en sus Anexos.

La tarjeta de extranjero ya se contemplaba en el Reglamento de 1996 y fue desarrollado a través de la Orden del Ministerio del Interior, de 7 de febrero de 1997. Los artículos 52 y 59 del actual

³⁰ Véase T. CAPONIO/C. FINOTELLI: «La inmigración en Italia entre el derecho de asilo y la obligación de trabajar», *Migraciones*, núm. 14, diciembre de 2003, pág. 63 y ss.

³¹ Para un exhaustivo análisis de la ley francesa de 1998, véase H. FULCHIRON: «La réforme du Droit des étrangers. Commentaire de la loi núm. 98-349 du 11 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile, dite loi Chevènement ou loi RESEDA», *Journal du Droit international*, 1999, núms. 1 y 2.

³² Para la diversidad de razones de esta situación véase E. GONZÁLEZ SÁNCHEZ: «Asilo e inmigración en la Unión Europea», *Revista de Derecho comunitario europeo*, núm. 13, 2002, esp. pág. 847 y ss.

RELOExIS aluden a la tarjeta de extranjero. En principio, podría tratarse del mismo documento que la tarjeta de identidad de extranjero a la que ahora alude la LO 14/2003, lo que pone de relieve que el Reglamento de desarrollo de la Ley modificada designará a esta documento tarjeta personal.

De conformidad con el actual RELOExIS, el extranjero está en posesión de la tarjeta de identidad desde el momento en que registra su permiso de residencia en el Registro de Extranjeros. Más concretamente «*la tarjeta de extranjero documenta el permiso de residencia*» (art. 42 3.º).

Según el artículo 52, párrafo 1, del Real Decreto 864/2001, la tarjeta de extranjero se concede una vez que se ha inscrito el permiso de residencia en el Registro de Extranjeros. A continuación, se extiende una tarjeta a su titular, que sirve para acreditar la condición de residente (art. 59). Si bien el nuevo Reglamento de desarrollo de la LO 14/2003 puede modificar el procedimiento y la forma a través de la cual se expide esta tarjeta, el modo actualmente vigente no sólo debe ser mantenido sino que deberá mantenerse la relación entre el permiso de residencia y la forma en que se documenta (esto es, la tarjeta de extranjero) por imposición de los compromisos derivados de nuestra participación en las políticas comunitarias. Es criticable también por este motivo la confusión del legislador español en la EM de la LO 14/2003, al indicar que la obligación de estar en posesión de la TIE es consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 1030/2002, que se refiere al permiso de residencia uniforme que se ha de expedir a los nacionales de Estados terceros.

De conformidad con la actual regulación, la tarjeta de extranjero es un documento personal, que tiene la finalidad de indicar la presencia legal del extranjero en territorio español. A esta finalidad responde la modificación del artículo 4 de la LOExIS y la introducción de un apartado segundo, en el que se impone la obligación de estar en posesión de la citada tarjeta a todo extranjero que vaya a permanecer en España durante un período superior a seis meses. A tenor de la disposición «*todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente*».

En segundo extremo, la tarjeta de extranjero tiene carácter obligatorio, de conformidad con el nuevo párrafo 2.º del artículo 4 de la LOExIS tras su modificación por la LO 14/2003, al señalar que: «*todos los extranjeros a los que se haya expedido un visado o una autorización para permanecer en España por un período superior a seis meses, obtendrán la tarjeta de identidad de extranjero, que deberán solicitar personalmente en el plazo de un mes desde su entrada en España o desde que se conceda la autorización, respectivamente*». Ello significa que tendrán obligación de disponer de la tarjeta de identidad de extranjero todas las personas que permanezcan en España un período superior a seis meses o, lo que es lo mismo, que tengan un visado y/o una autorización de estancia por más tiempo del citado período (véase *infra*).

Si bien una de las novedades que introduce la LO 14/2003 con respecto a la tarjeta de extranjero consiste en su reconocimiento legal, esto es, se ha dotado de cobertura legal a un documento que, hasta el momento, estaba regulado reglamentariamente, el legislador español ha pretendido,

principalmente, convertir este documento en el principal medio de prueba de la regularidad de la presencia de extranjeros en España y en el espacio comunitario, de conformidad con el nuevo apartado 2.º del artículo 29 de la LOExIS, tras su modificación por la LO 14/2003.

No obstante, la citada tarjeta comparte esta función con el visado, al que también la nueva ley atribuye la función de servir de documento acreditativo de la residencia legal del extranjero en España. La nueva función que atribuye al visado la LO 14/2003 hace que también sea un documento que sirva para probar la regularidad de la presencia de extranjeros en territorio español, al encontrarse en alguna de las situaciones previstas por la normativa de extranjería. Sin embargo, la tarjeta de extranjero, además, es el documento que permite el desplazamiento por el territorio de los Estados comunitarios a los nacionales de terceros Estados. Esto es, el legislador español indica, en definitiva, que dicha tarjeta es el permiso de residencia uniforme al que alude el Reglamento 1030/2002.

Por ello, puede decirse que la LO 14/2003 no sólo ha reconocido legalmente la validez de este documento, sino que lo ha dotado de funciones adicionalmente importantes, al convertirlo en la forma de prueba de la legalidad o regularidad de la presencia de los extranjeros en el territorio español y comunitario. Por último, es criticable la confusión que introduce el legislador español, al indicar en la EM de la LO 14/2003 que la obligación de estar en posesión de la tarjeta de identidad de extranjero es consecuencia de la entrada en vigor del Reglamento 1030/2002, que se refiere a la obligación de los Estados miembros de expedir un permiso de residencia uniforme a los nacionales de terceros Estados.

3.2. Autorizaciones de residencia o estancia: el nuevo 30 1.º de la LOExIS.

Como ya hemos señalado en diversas ocasiones, de conformidad con la nueva comprensión del legislador, el visado «sirve de acreditación documental de una previa autorización administrativa para residir y, en su caso, trabajar en España». Sin embargo, la citada ley no aclara si el visado puede ser considerado también una modalidad de autorización de residencia o si, por el contrario, es sólo un documento, que, en su caso, permite su obtención, ni si ésta tendría carácter automático o necesario. Habrá que confiar en que el reglamento clarifique esta situación.

A partir de una interpretación de la finalidad del nuevo texto de la LOExIS, cabe entender que, si bien el visado sigue siendo un documento que está destinado a cumplir una importante función en el momento de la entrada, prueba la situación por (para) la cual el extranjero se encuentra de forma legal en España. No obstante, el visado no es –propriadamente– la autorización de residencia, sino su acreditación, pues el informe gubernativo previo es el que «tiene efectos» de autorización. No obstante, tal informe deberá indicar la duración de la residencia, al menos, cuando ésta tiene carácter inicial. Por tanto, en un primer momento actuará a todos los efectos como autorización de residencia³³.

³³ Éste será el sentido en el que se concrete también en el reglamento la función del visado y de la autorización de residencia, pues el Gobierno ya ha indicado en las Instrucciones de 16 de diciembre de 2003, relativas a la aplicación de la LO 4/2000, tras su modificación por la LO 14/2003, que «el informe gubernativo favorable surtirá efectos de autorización de residencia» Véase el contenido de estas Instrucciones en la dirección electrónica www.reicaz.es (pág. consultada el 4 de enero de 2004).

Tal informe deberá tener acceso al Registro de Extranjeros, en el que consta la cantidad y circunstancias relativas a la residencia de los extranjeros en España y que –probablemente en el nuevo reglamento de desarrollo de la ley– permitirá a las autoridades españolas expedir la tarjeta de identidad de extranjero. No obstante, será imprescindible solicitar la autorización de residencia cuando haya de procederse a su renovación, esto es, cuando el extranjero permanezca en el territorio español durante un tiempo superior al inicialmente indicado en el informe gubernativo. Del nuevo párrafo 1.º del artículo 30 de la LOExIS, tras su modificación por la LO 14/2003, se desprende que procede la renovación de la autorización de residencia, no del visado de residencia ni de la tarjeta de identidad de extranjero, con independencia de que tal prórroga requiera una nueva valoración positiva en la que se acrediten, a través de un nuevo informe, las circunstancias que permite la permanencia del extranjero en España. La duración de las autorizaciones de residencia, su renovación, así como la duración de éstas será determinada reglamentariamente.

En definitiva, también desde esta perspectiva se confirma nuestra comprensión del visado no como autorización de residencia, sino como documento que la acredita, esto es, que permite al extranjero encontrarse de forma legal en nuestro territorio. Por este motivo, el nuevo artículo 30 bis de la LOExIS, tras su reforma por LO 14/2003, indica que: «*son residentes los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir*» (párr. primero). Sin embargo, como se ha señalado, el visado no acredita la regularidad de la presencia en España durante más de seis meses, pues a partir del citado momento el extranjero tiene obligación de estar en posesión de la tarjeta de identidad de extranjero, de conformidad con el nuevo párrafo 2.º del artículo 4 de la LOExIS, tras su modificación por la LO 14/2003.

La LO 14/2003 no ha introducido ningún cambio relativo a las situaciones en las que la residencia es expresiva del derecho del extranjero a residir en España, anterior en el tiempo, por tanto, a su documentación (véase art. 32 de la LOExIS, en relación con la disp. final 1.ª de la LO 8/2000). Sí están afectados los casos en que se trata de una concesión de la Administración, que ahora están recogidos exclusivamente en el artículo 31 3.º de la LOExIS, tras su modificación por la LO 14/2003 (autorización de residencia en situación de arraigo)³⁴.

El artículo 29 de la LOExIS sigue siendo la norma clave para identificar la legalidad o ilegalidad de la presencia de los extranjeros en el territorio español, pero su modificación por la LO 14/2003 responde al objetivo de adaptar la prueba de las situaciones a los cambios introducidos, al señalar que: «*las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda*». El legislador indica de este modo que el extranjero se encuentra legalmente en territorio español siempre que esté en posesión de los siguientes documentos: en primer lugar, la documentación de identidad (documento de identidad o pasaporte) y, en segundo extremo, el visado o la tarjeta de extranjero.

³⁴ El párrafo 2.º del artículo 31 de la LOExIS contempla los casos en los que el extranjero llega al territorio español concurriendo la circunstancia de ser familiar de un extranjero residente (reunificación familiar), con motivo de la realización de una actividad laboral por cuenta propia o ajena (residencia por trabajo) o cuando el extranjero no necesita realizar una actividad laboral para residir de forma legal en nuestro territorio (residencia no lucrativa). Véase, detenidamente, G. ESTEBAN DE LA ROSA: «Comentario al artículo 31», en J.L. MONEREO PÉREZ/C. MOLINA NAVARRETE: *Comentario a la Ley de Extranjería y a su Reglamento de desarrollo*, Comares, Granada, 2001, pág. 487 y ss.

El visado servirá para probar la regularidad de la presencia en España de una persona que se encuentre en situación de estancia y de residencia (en el primer caso, siempre que su permanencia en España no supere los 90 días, de conformidad con el nuevo artículo 30 bis). La tarjeta de extranjero servirá para probar su presencia legal cuando se encuentre en nuestro territorio por un período superior a seis meses. En los supuestos de entrada sin visado, deberá expedirse la autorización de residencia prevista en el modificado artículo 31 de la LOExIs para acreditar la regularidad.

En segundo extremo, el legislador español ha sustituido de forma expresa la denominación «permiso de residencia» por la expresión «autorización de residencia», pudiendo indicar un nuevo enfoque de las técnicas administrativas y, más concretamente, de las funciones que cumplen, pasando a ser la autorización de residencia la verificación de la presencia de extranjeros en España. Habría dejado de significar o representar, a diferencia de lo que había supuesto el permiso de residencia hasta este momento, la propia posibilidad de residencia.

Por último, el legislador comunitario sí utiliza la expresión permiso de residencia para aludir a una concreta modalidad que se concede a los nacionales de Estados terceros, residentes de larga duración en el territorio de un Estado miembro de la UE («permiso de residencia de residente de larga duración-CE»). Este documento sí confiere a su titular un conjunto de derechos y prerrogativas cuando se desplaza al territorio de los países miembros de la UE (véase *infra*).

4. Situaciones generales y especiales de los extranjeros en España y en el espacio comunitario.

4.1. Modificaciones introducidas por la LO 14/2003.

Cuando el extranjero ha cruzado la frontera española y se encuentra en nuestro territorio, la regularidad de su presencia ha de verificarse de conformidad con la concurrencia de alguna de las situaciones que prevé el artículo 29 de la LOExIS. Por tanto, el extranjero puede encontrarse en situación de estancia o de residencia. Las diferencias entre ellas se siguen determinando en función de la menor duración de la primera con respecto a la segunda. Los nuevos artículos 30, párrafo 1.º, y 31 1.º de la LOExIS, tras su modificación por la LO 14/2003, trazan la delimitación temporal en 90 días, esto es, la permanencia en España inferior a dicho período justifica la situación de estancia y la superior la situación de residencia.

Ha tenido lugar una modificación en este sentido, pues ya no es posible que la estancia tenga lugar en un período de seis meses, como indicaba el antiguo artículo 30 3.º de la LOExIS en su redacción por la LO 8/2000³⁵. En cuanto a la situación de residencia, puede tratarse de residencia temporal y de residencia permanente. La primera es la permanencia en territorio español durante un período de más de 90 días hasta 5 años.

³⁵ Esta disposición indicaba que: «en los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses, se podrá prorrogar la estancia, que en ningún caso podrá ser superior a tres meses, en un período de seis».

Junto a las situaciones generales, la LOExIS ha previsto la existencia de situaciones especiales (arts. 33-35), algunas de las cuales han sido modificadas por la LO 14/2003. El nuevo párrafo 2.º del artículo 34 tiene la finalidad, tal y como indica la EM de la LO, de mejorar la regulación de los supuestos en los que procederá la documentación de los extranjeros indocumentados. A tal efecto, el texto legal indica expresamente cuáles son las circunstancias excepcionales que permiten, en su caso, otorgar un documento identificativo (cédula de inscripción) a los extranjeros que han perdido su documentación.

Se trata de situaciones en las que concurren «razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España». En todo caso, el artículo 34 de la LOExIS no se refiere a los extranjeros indocumentados o «sin papeles», sino sólo a los que han perdido (por extravío, robo u otras circunstancias) los documentos que acreditan su identidad. Merece la pena realizar esta aclaración porque pueden confundirse ambas situaciones, como ha sucedido ya en alguna ocasión, más concretamente, en la STS 23 de marzo de 2003, que anula –fj. 8.º– un inciso del artículo 56 8.º del RELOExIS, al considerar que carece de sentido porque el extranjero en las circunstancias indicadas en la disposición reglamentaria «*estará siempre incurso en la causa legal de expulsión consistente en la estancia ilegal*».

También hay cambios en el régimen especial de los estudiantes extranjeros. El más relevante es la supresión del párrafo 2 del artículo 33.4 de la LOExIS, que será analizado posteriormente. Asimismo, el nuevo artículo 33.2.º clarifica que el estudiante se encuentra en situación de estancia, a pesar de que pueda durar dicha situación el tiempo previsto para la residencia temporal o permanente (reformado art. 31).

La reforma parcial de los artículos 17, 18 y 19 de la LOExIS responde, como ya comentamos, a la finalidad de evitar las «reagrupaciones en cadena» (esto es, la posibilidad de que los familiares reagrupados actúen más tarde como reagrupantes), estableciéndose algunos límites a esta posibilidad por la LO 14/2003. La principal condición para el ejercicio del derecho a la vida en familia por parte del extranjero que ha sido previamente reagrupado se sitúa en la posesión de una autorización de residencia y trabajo obtenida independientemente de la autorización del reagrupante. Esta condición puede estar en contradicción con la reciente Directiva comunitaria 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre, sobre el derecho a la reagrupación de la familia (que no ha transpuesto el legislador español en la reforma), cuyo artículo 8 deja cierto margen a los Estados para imponer límites temporales para el reagrupamiento de la familia, pero no de otro tipo ³⁶.

Por último, junto a las situaciones generales recogidas en los artículos 30 a 32 de la LOExIS y a las situaciones especiales también previstas en la citada Ley, hay otras situaciones especiales de procedencia comunitaria, que otorgan al extranjero un estatuto de derechos, siendo la más novedosa la relativa al residente de larga duración (véase *infra*).

³⁶ DOCE Serie L núm. 251, de 3 de octubre de 2003. No obstante, el citado artículo 8 en su apartado segundo introduce, con carácter excepcional, la posibilidad de utilizar el sistema de cupos, indicando un plazo de espera para que puedan residir en España los familiares del extranjero. La Comisión de la UE, no obstante, mantiene un criterio distinto en su Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre inmigración, integración y empleo, de 3 de junio de 2003, en la que considera que la vida en familia del extranjero es importante para su plena integración en la sociedad de acogida (COM, 2003, 336 final).

4.2. Estatuto del residente de larga duración.

La UE ya se había ocupado anteriormente de la residencia de los nacionales de terceros Estados en el espacio comunitario, a través de la elaboración de la Resolución del Consejo, 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. Sin embargo, la falta de competencia específica de la UE sobre esta materia determinó la necesidad de que las instituciones comunitarias actuaran a través del cauce de las normas no vinculantes, que constituyen recomendaciones de actuación a los Estados miembros en el ámbito considerado, pero que carecen de eficacia inmediata³⁷. La nueva base jurídica que prevé el Título IV del TCE, tras la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, ha determinado la elaboración y aprobación de la Directiva del Consejo relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, aprobada en Bruselas, el 24 de julio de 2003, aún no publicada en el *DOCE*³⁸.

De conformidad con esta nueva norma, la residencia legal e ininterrumpida en el territorio de un Estado miembro de un nacional de un tercer Estado significa la concesión del estatuto de residente de larga duración, que se documenta a través del «permiso de residencia de residente de larga duración-CE». Esta persona, entre otros, tiene derecho a permanecer en otro Estado miembro durante más de tres meses y puede cambiar de residencia habitual, esto es, adquirir la residencia permanente en otro Estado miembro, siempre que se cumplan nuevamente las condiciones de residencia previstas en la Directiva (esto es, cinco años de residencia legal e ininterrumpida en el segundo Estado miembro).

De otro lado, la comunitarización del ámbito de la inmigración también ha dado lugar a la presentación por parte de la Comisión, el 5 de septiembre de 2001, de una Propuesta de Directiva, relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países por razones de trabajo por cuenta ajena y de actividades económicas por cuenta propia, que aún no ha sido aprobada por el Consejo³⁹. El ambicioso proyecto que incluye esta norma hace que el Consejo se esté tomando cierto tiempo para su elaboración y, en su caso, aprobación por los Ministros de los Estados comunitarios.

5. La apertura del Padrón Municipal al control policial: modificación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

El artículo 3 de la LO 14/2003 modifica la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que disciplina el empadronamiento de las personas, a los efectos del ejercicio de

³⁷ Véase el texto de la resolución citada así como de otros actos normativos en el ámbito de la inmigración en la etapa previa a la comunitarización, en F. CARRERA HERNÁNDEZ/N. NAVARRO BATISTA: *El espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Textos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1999.

³⁸ El artículo 63, párrafo 4.º, del TCE/TA prevé la adopción de «medidas que definen los derechos y las condiciones con arreglo a las cuales los nacionales de terceros países que residan legalmente en un Estado miembro pueden residir en otros Estados miembros».

³⁹ *DOCE* Serie C núm. 332 E, de 27 de noviembre de 2001.

determinados derechos (entre ellos, señaladamente, el sufragio pasivo), así como del disfrute de ciertas ventajas sociales de la comunidad (acceso a la vivienda, servicios sociales, etc.). Hasta el momento, el acceso de los datos de los extranjeros que se encuentran de forma ilegal en territorio español no ha comprometido su permanencia en nuestro país, pues esta información no estaba a disposición del Ministerio del Interior. Sin embargo, la entrada en vigor de la LO 14/2003 ha cambiado significativamente esta situación, al haber añadido a la Ley 7/1985, una disposición adicional (7.^a), que permite a la Dirección General de la Policía el acceso a tal información «para la exclusiva finalidad del ejercicio de las competencias establecidas en la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sobre control y permanencia de extranjeros en España».

Ello significa que los datos e información que consten en el padrón y que habían permitido a los extranjeros justificar su situación de arraigo en España a los efectos de la petición de un permiso de residencia por esta causa ahora podrán ser utilizados para la finalidad contraria. Como indica la EM de la LO 14/2003, la policía podrá acceder a ellos con la finalidad de ejercer las competencias que le confiere la LOExIS relativas al control de la presencia de extranjeros en nuestro territorio.

De otro lado, esta información deberá actualizarse con la finalidad de conocer las variaciones en cuanto al número y datos de la población extranjera que reside en España y que se encuentra empadronada en cada municipio.

Por último, en cuanto a los documentos acreditativos de la identidad de los extranjeros que deben constar en la inscripción del padrón municipal, la modificación del artículo 16, párrafo 2.º letra f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, tiene la finalidad de indicar los documentos que hay que presentar para que los extranjeros puedan acceder al padrón municipal. Tratándose de nacionales de un Estado miembro de la UE, del Espacio Económico Europeo o de otros Estados a los que, en virtud de un convenio internacional, se extienda el régimen jurídico previsto para los ciudadanos de los Estados mencionados, habrá que presentar la tarjeta de residente o, en su defecto, el número del documento acreditativo de la identidad o del pasaporte expedido por las autoridades del país de procedencia.

Téngase en cuenta que la entrada en vigor, el 1 de marzo de 2003, del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la UE y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, ha supuesto un cambio en la documentación de las personas comprendidas en su ámbito de aplicación (nacionales de los Estados comunitarios y miembros del EEE), pues estas personas no tienen la obligación de estar en posesión de la tarjeta de residente en todo caso ⁴⁰.

El número de identidad de extranjero es el dato con el que se accede al padrón en el caso de los nacionales de Estados terceros. Esta modificación tiene la finalidad de impedir el empadronamiento de los extranjeros que se encuentren ilegalmente en España (véase art. 58 del RD 864/2001, de desarrollo de la LOExIS).

⁴⁰ Véase un completo comentario a esta norma en A. ÁLVAREZ GONZÁLEZ: «Análisis crítico del RD 178/2003: algunas de sus deficiencias y su necesaria reforma», *Derecho Migratorio y Extranjería* (Revista de Derecho de Extranjería), núm. 3, julio de 2003, pág. 29 y ss.

6. Reformas en las medidas de alejamiento del territorio español y comunitario.

6.1. «Efectos colaterales» de la caída de las Torres Gemelas: reforzamiento de la implicación de las compañías de transporte en el control de la inmigración.

Cuando el extranjero se presenta en un puesto fronterizo, es posible que le sea denegada la entrada por una pluralidad de motivos, que también determinan la existencia de una diversidad de medidas de salida del territorio español. En atención al tipo de frontera (aérea, marítima, terrestre), la falta de los requisitos de entrada dará lugar a la aplicación de medidas de alejamiento y procedimientos distintos.

El artículo 60 de la LOExIS, tras su reforma por la LO 8/2000, introdujo en el ordenamiento español de extranjería e inmigración la figura del retorno. Si bien su tenor literal no lo indica de forma expresa, procede el retorno cuando el extranjero es «rechazado en frontera», cuando dicha frontera se encuentra en espacio físico español (esto es, puerto o aeropuerto). Los ordenamientos jurídicos parten de la ficción de que la zona en la que aterrizan los pasajeros del avión o del barco no es territorio español sino zona internacional, pero la persona que ha llegado a dicho lugar se encuentra físicamente en territorio español. Por ello, en tales casos la LOExIS no se refiere a la medida de la denegación de entrada, sino al rechazo en frontera, siendo necesario en este último caso poner en práctica el retorno, en cuya ejecución están implicadas las compañías de transporte, a las que el legislador hace soportar la obligación de situar al extranjero en el lugar desde el que tomó el barco o el avión ⁴¹.

Si bien esta medida tiene en común con la devolución (art. 58 LOExIS) la circunstancia de que, en ambos casos, el extranjero pretende entrar de forma ilegal, la principal diferencia entre ellas se encuentra en la implicación de las compañías de transporte en el primer caso ⁴². Esto es, puede decirse que la especificidad del procedimiento de retorno (con respecto a otras medidas de alejamiento) consiste en una –desmedida e inapropiada– atribución de responsabilidad y de facultades de control a las compañías que se dedican al transporte de pasajeros, que la LO 14/2003 aumenta al trasladarles también la responsabilidad y el coste relacionado con su estancia en el territorio español durante el tiempo que dura la espera hasta que puedan repatriarlos a su punto de origen [nuevo art. 66, párr. 3.º, letra c)].

En este marco y con la finalidad de reforzar la responsabilidad de las compañías de transporte, ha tenido lugar la modificación de los artículos 66 y 54, párrafo 2.º, de la LOExIS por la LO

⁴¹ Para la confusión que introduce la LO 8/2000 en torno a las diferencias entre las figuras de la devolución y el retorno, véase extensamente C. MOLINA NAVARRETE: «Comentario al artículo 60 de la LOExIS» en J.L. MONEREO PÉREZ/C. MOLINA NAVARRETE (dirs.): *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social de los extranjeros*, Granada, Comares, 2001, pág. 827 y ss.

⁴² No obstante, las medidas de la devolución y del retorno son concurrentes cuando el extranjero se presenta en un puesto fronterizo solicitando la entrada, pero le es denegada al concurrir una prohibición de entrada anterior. En tales casos, será rechazado en frontera y, por tanto, tendrá que ser repatriado por la compañía de transporte en el plazo más breve posible, pero procede aplicar la medida de la devolución [véanse las causas que recoge el art. 58, párrafo 2.º, letra a) de la LOExIS, que no ha sido modificado].

14/2003, que transponen la Directiva 2001/51/CE, del Consejo, de 28 de junio, por la que se completan las disposiciones del artículo 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985⁴³. Esta norma recoge la obligación de las compañías de transporte de hacerse cargo de la repatriación de los extranjeros que hayan viajado en sus medios, así como de las sanciones que se les deben imponer en caso de incumplimiento⁴⁴.

Además, hay que poner en relación esta disposición con el apartado 2.º del artículo 54 [letras b) y c)] también modificado por la LO 14/2003, en el que se indica que constituyen infracciones muy graves, entre otras, el incumplimiento de las obligaciones recogidas en los apartados 1.º y 2.º del artículo 66 citado, que tienen la finalidad de reforzar aún más el control de la entrada de extranjeros y que para ello imponen a los transportistas determinados deberes de comunicación. Más concretamente, han de notificar (antes de la salida del lugar de partida) a las autoridades españolas encargadas del control de entrada los datos de las personas embarcadas y han de suministrar a dichas autoridades información relativa a los pasajeros que no han utilizado el billete de vuelta. La sanción correspondiente a su incumplimiento está indicada en el reformado apartado 1.º del artículo 55⁴⁵.

6.2. Modificaciones en el ámbito de la devolución –y retorno voluntario– de extranjeros.

Si bien las diferencias entre la devolución y el retorno no presentan perfiles tan nítidos, que permitan discernir en cada concreto supuesto cuál de las dos medidas procede aplicar (en especial, cuando no se permite la entrada al extranjero, por concurrir una prohibición de entrada anterior, véase *supra*), el legislador caracteriza el tipo específico de la devolución en el comportamiento que consiste en «pretender entrar» de forma ilegal en el territorio español. En tal caso, es denegada la entrada y se ordena la devolución (art. 58), cuyo procedimiento es sumarisimo, dado que el comisario de policía realiza una propuesta de devolución, que es decretada por el Subdelegado o Delegado del Gobierno (según los casos). La devolución lleva aparejada una orden de extrañamiento, que significa la imposibilidad de que el extranjero entre en territorio español durante la vigencia de la citada sanción (prohibición de entrada), que puede ser por un período máximo de tres años (nuevo art. 58.5 y 6 de la LOExIS, tras la modificación por LO 14/2003).

⁴³ DOCE Serie L núm. 187, de 10 de julio de 2001.

⁴⁴ La base jurídica de esta norma no se encuentra tanto en el artículo 63 3.º letra b) del TCE/TA (política europea en materia de repatriación de residentes ilegales) cuanto en la lógica y sentido del Acuerdo de Schengen, como convenio sobre fronteras (aunque se haya comunitarizado). Puede dudarse también de la corrección de la Decisión del Consejo, de 20 de mayo de 1999 (*supra* citada), en la que se indica que la base jurídica del artículo 26 del Convenio de Aplicación es el apartado 3.º del artículo 63 del TCE/TA, cuya letra b) se refiere a «*la repatriación y residencia ilegales, incluida la repatriación de residentes ilegales*».

⁴⁵ Estas dos disposiciones (párrs. 2.º y 3.º del art. 66 de la LOExIS) expresan en el texto de la LOExIS la iniciativa del Reino de España con vistas a la adopción de una Directiva del Consejo sobre la obligación de los transportistas de comunicar los datos de las personas transportadas (Documento 2003/C 82/83, publicado en el DOCE Serie C núm. 82/83, de 5 de abril), que recoge estas mismas obligaciones, así como la posibilidad de imponer sanciones de inmovilización, incautación y decomiso del medio de transporte o la suspensión provisional o retirada de la autorización de exportación, al transportista o a la compañía que las incumpla (art. 2).

Tras la reforma de la LOExIS por LO 14/3003, el extranjero puede ser internado en un centro cuando no pueda llevarse a efecto la devolución en un período inferior a 72 horas, incluyendo así en el texto legal la norma reglamentaria anulada por el Tribunal Supremo (Sentencia de 20 de marzo de 2002, FD decimocuarto) ⁴⁶.

De otro lado, se han incorporado al texto legal cinco nuevos artículos (art. 62 bis a 62 sexies), relativos a los derechos de los extranjeros internados y al funcionamiento de los centros de este tipo. Se recordará que esta figura ha sido objeto de feroces críticas desde los más diversos ámbitos, hasta el punto de considerarlos no ya sólo como verdaderas «Comisarías para Extranjeros», sino lugares donde se concentrarían las peores prácticas administrativas en este ámbito y donde la falta de medios, humanos y asistenciales, llevaría a situaciones de vulneración sistemática de los derechos de las personas.

Para tratar de corregir este descrédito se elaboró una normativa de rango menor, en virtud de la cual se (re)diseñaron estos centros, si bien la persistente falta de medios sólo sirvió para corregir los aspectos más denigrantes. Pues bien, en gran medida, la inclusión de estas reformas significa sólo dar cobertura legal al contenido de la Orden Ministerial, de 22 de febrero de 1999 ⁴⁷. Más en particular, el legislador ha pretendido poner el acento en la mejora de los derechos de comunicación, que eviten la consideración de estos centros como de «reclusión» y «aislamiento» social. En este sentido, no sólo tienen derecho a ser informados inmediatamente de sus derechos y obligaciones, así como de cuantas cuestiones de organización y funcionamiento sean relevantes, por supuesto en el idioma que les sea accesible, sino también a presentar, verbalmente o por escrito, peticiones y reclamaciones o quejas referentes a su situación de internamiento (art. 62 quáter).

En segundo extremo, la LOExIS –DA 6.^a– hace referencia expresa a la existencia de convenios relativos a la readmisión de personas en situación irregular. El objetivo parece ser relanzar su efectividad, pues con frecuencia han sido sistemáticamente inaplicados (véase el caso del Convenio de readmisión con Marruecos) ⁴⁸. Son ya más de una decena los convenios existentes ⁴⁹. El más reciente es el Acuerdo con Francia sobre la readmisión de personas en situación irregular, hecho *ad referendum*,

⁴⁶ También puede adoptarse la medida del internamiento cuando se trata de hacer efectivo el retorno aunque no lo indique expresamente la LOExIS, pues el artículo 5 1.º letra f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950, lo permite cuando es preciso para impedir que los extranjeros entren de forma ilegal en el territorio de determinado Estado. No obstante, el extranjero en tales casos ha de estar en todo momento a disposición de la autoridad judicial (en la zona de rechazados), debiendo verificarse el respeto de las garantías previstas en el artículo 17 1.º CE (libertad deambulatoria y prohibición de privación de la misma). El TC ha declarado que el plazo de 72 horas al que alude el párrafo 2.º del citado artículo 17 ha de ser considerado como período máximo (véase Sentencia 179/2000, de 26 de junio).

⁴⁷ *BOE* núm. 47, de 24 de febrero de 1999.

⁴⁸ Acuerdo de 13 de febrero de 1992, sobre circulación de personas, tránsito y readmisión de extranjeros entrados ilegalmente (publicado en el *BOE* de 25 de abril de 1992). El 23 de diciembre de 2003, el Reino de España suscribió un Memorandum de Entendimiento con el Reino de Marruecos, sobre repatriación asistida de menores no acompañados de Marruecos, en virtud del cual ambos países se comprometen mutuamente a facilitar el retorno de los menores marroquíes o españoles no acompañados que se encuentren en sus respectivos territorios. El Defensor del Pueblo andaluz ha expresado su crítica con respecto a la puesta en práctica de este Acuerdo, que –a pesar de que lo indica de forma expresa– es contrario al principio del interés superior del niño (véase art. 3 del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, del que ambos países son parte).

⁴⁹ La relación de convenios puede consultarse la página web del Ministerio del Interior (www.mir.es).

el 26 de noviembre de 2002 (BOE 26-12), que renueva los compromisos asumidos en otro texto anterior suscrito entre las mismas partes. Estos instrumentos se aplican siempre que se conozca el lugar a través del cual entró el extranjero o su nacionalidad ⁵⁰.

Asimismo, la disposición adicional 8.^a, recoge una política de fomento del Gobierno respecto del denominado retorno voluntario, mandando contemplar anualmente la financiación de programas de este tipo. La Comisión de la UE también ha señalado la importancia de estos proyectos de retorno voluntario, sobre los que cuenta con cierta experiencia, en el *Libro Verde relativo a una política comunitaria de retorno de los residentes ilegales* ⁵¹. Se trata de un texto que contiene las propuestas y proyectos de la Comisión relacionadas con el genérico ámbito del retorno de los inmigrantes, que expresan la orientación de la UE tras la asunción de las competencias enunciadas en el artículo 63, párrafo 3.º, letra b) del TCE/TA.

Este documento expresa la existencia de una política autónoma de inmigración en materia de retorno de extranjeros, presidida por principios informadores también propios y distintos de los que orientan la política relativa a la entrada y la concierne a la permanencia de los extranjeros en el territorio de los Estados miembros. Uno de estos principios es la reintegración del extranjero en su país o lugar de procedencia ⁵².

6.3. Transposición al ordenamiento español de diversas Directivas en materia de expulsión.

La Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros Estados ⁵³ y la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares ⁵⁴ son nuevamente expresión de la labor que está realizando el Consejo (hasta el 30 de abril de 2004), para completar las disposiciones del acervo Schengen. La primera de ellas no sólo tiene la finalidad de que se reconozcan las decisiones de expulsión dictadas en un Estado miembro en los demás Estados parte, sino, más específicamente, que estos últimos hagan efectivas (ejecuten materialmente) tales decisiones.

Sin duda, se trata de una actuación complementaria a las que se prevén en el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen (arts. 23 y 96), que tiene la finalidad de impedir que los nacionales de terceros Estados que han sido expulsados del territorio de un Estado miembro puedan circular y residir legalmente en el territorio de otro Estado comunitario. Sin embargo, es criticable la trans-

⁵⁰ No obstante, la utilización de estos convenios plantea la prístina cuestión de si los Estados tienen obligación de asumir a sus propios nacionales.

⁵¹ Véase Documento COM (2002), 175 final, de 11 de abril de 2004 y el Dictamen del Comité Económico y Social publicado en el *DOCE* de 14 de marzo de 2003.

⁵² No obstante, al igual que ha sucedido en otros ámbitos, las propuestas de la Comisión son matizadas por los Ministros representantes de los intereses de los Estados miembros en el Consejo.

⁵³ El período de transposición finalizó el 2 de diciembre de 2002.

⁵⁴ Véase *DOCE* Serie L núm. 328, de 5 de diciembre de 2002.

posición realizada por el legislador español por dos motivos: de un lado, porque no especifica, a diferencia de lo indicado en el artículo 3 de la Directiva 2001/40/CE, cuáles son los motivos que justifican la orden de expulsión adoptada por el «Estado miembro autor» y, de otro, porque no ha previsto el procedimiento a través del cual se procederá a su ejecución. El artículo 64 de la LOExIS tan sólo indica que «se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión», y que «se podrá solicitar la autorización del juez de instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión...».

Sin embargo, a la hora de poner en práctica esta disposición, las autoridades españolas tendrán que tomar en consideración la existencia de un recurso (judicial o administrativo) o la petición de suspensión de la decisión de expulsión en el Estado autor de la misma, pues, de lo contrario, se podría lesionar tanto el derecho fundamental reconocido en el artículo 19 de nuestra Norma Fundamental como el derecho a no quedar en indefensión (art. 24 CE). En este marco de garantías de las personas extranjeras habrá que tomar especialmente en cuenta también las exigencias de tutela cautelar, siempre que concurren los requisitos jurisprudencialmente exigidos (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*; STS, Sala 3.ª, 3-4-2002) ⁵⁵.

De otro lado, la nueva letra b) del apartado 1 del artículo 53 de la LOExIS, modificada por la LO 14/2003 obedece a la transposición de la Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, y que perfecciona uno de los tipos sancionadores previstos en la ley (véase EM): «inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito».

En tercer extremo, el legislador español también ha reformado algunas disposiciones de la LOExIS relativas a las causas y procedimiento de expulsión. Los nuevos apartados 2.º y 3.º del artículo 63 de la LOExIS tienen la finalidad de hacer aún más expeditivo el procedimiento preferente de expulsión, de tal manera que, tras la LO 14/2003, «el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver» (párr. 2, inciso 3.º).

En la letra a) del artículo 53 de la LOExIS se suprime la expresión «cuando fueran exigibles» para indicar que los extranjeros han de estar en posesión, en todo caso, de los documentos acreditativos de su presencia regular en territorio español, que son el visado o la tarjeta de identidad de extranjero. La letra h) del mismo artículo, tras su redacción por la LO 14/2003, también incluye en las infracciones graves la falta de estos documentos, a los que se refiere el nuevo artículo 4, párrafo 2.º, de la LOExIS.

También se ha modificado la infracción administrativa que recoge esta disposición, que, tras la LO 14/2003, consiste en «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de documentación de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación

⁵⁵ Véase J. VECINA CIFUENTES: «La trascendencia del *fumus boni iuris* como presupuesto de las medidas cautelares. Especial consideración a los procesos administrativos (a propósito del Auto del TC de 1 de diciembre de 1993)», *Revista de Derecho Procesal*, vol. 1, 1995, pág. 259 y ss.

de la misma en el plazo previsto reglamentariamente». La nueva redacción dada a la norma permite que los supuestos de «estancia ilegal» en territorio sean sancionados con la medida de la expulsión, por falta de la documentación de residencia correspondiente.

Si se compara el tenor del modificado artículo 53 letra a) con el texto de esta misma disposición en su redacción por la LO 8/2000, se aprecia que el segundo no recogía expresamente las situaciones en las que los extranjeros, que han entrado al territorio español ilegalmente, no han sido localizados en el momento de la entrada ⁵⁶. El concepto de «pretensión de entrada ilegal» utilizado por el artículo 58 de la LOExIS, en su redacción por LO 8/2000, impedía utilizar la medida de la devolución fuera de los casos en los que el extranjero es localizado en la frontera o en sus inmediaciones (pretendiendo entrar en nuestro territorio), tal y como lo advirtió la STS 20-3-2002 – fj. 18– ⁵⁷.

Por último, el régimen aplicable al procedimiento de expulsión previsto en la Ley de Extranjería (en la redacción dada por la LO 4/2000, modificada por la LO 8/2000) también fue modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros ⁵⁸. La extraña concepción que tiene nuestro legislador sobre este concepto de «integración social» aparece claramente en esta normativa, marcadamente represiva y excluyente.

IV. LAS REFORMAS EN EL RÉGIMEN JURÍDICO-LABORAL DE LOS EXTRANJEROS: EMPLEO, TRABAJO Y PROTECCIÓN SOCIAL

1. El acceso de los inmigrantes al mercado de trabajo y políticas activas: el visado para la búsqueda de empleo y el contingente 2004.

a) Modificaciones en el régimen de la «autorización administrativa previa para trabajar»: ¿simplificación o confusión?

Desde una primera y superficial lectura podría parecer que los cambios en el régimen jurídico del acceso del extranjero a nuestro mercado de trabajo no son de gran relevancia, presentándose

⁵⁶ La letra a) del artículo 53 de la LOExIS (antes de su modificación por LO 14/2003) indicaba que son infracciones graves: «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la prórroga de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente».

⁵⁷ El TS señala expresamente que: «no cabe duda de que el precepto legal [art. 58, párr. 2º letra b) de la LOExIS] se está refiriendo a la tentativa de entrada (...). Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar, ya que ésta es una situación incompatible con la de encontrarse en el interior, es decir, dentro del territorio nacional, por más que estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito (...)».

⁵⁸ Véase BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2003.

más bien como de ajuste a las modificaciones de alcance general en la regulación de las situaciones administrativas de los extranjeros y clarificación de conceptos. Nosotros entendemos, sin embargo, que una comprensión más profunda de estos cambios, y a la espera del desarrollo reglamentario, que en esta materia exige una importantísima adaptación, al variar de forma relevante los planteamientos a que responde el vigente RELOExIS, permite alumbrar reformas de mayor alcance del previsible.

Cierto que es el propio legislador el que parece infravalorar este apartado de la reforma, en la medida en que silencia por completo en su EM estas cuestiones, quizás motivado por que el aspecto de mayor relieve, además de exigir desarrollo futuro para su aplicación, ha sido introducido con posterioridad, fruto del pacto alcanzado con el PSOE. Nos referimos, claro está, al novedoso y, de momento, enigmático «*visado para la búsqueda de empleo*» (nuevos arts. 39.3 y 4 LOExIS). Sin embargo, si se hace una lectura más reflexionada y, sobre todo, en relación tanto a determinadas doctrinas judiciales que parecen consolidarse como otros tantos cuerpos jurisprudenciales, cuanto a otros ámbitos de reforma legislativa que pueden incidir en la materia, como la integración formal de la política inmigratoria dentro de la política de empleo, debiéndose coordinar con las políticas activas en cuanto que los inmigrantes son ya colectivos prioritarios respecto al principio de igualdad de oportunidades en materia de empleo desarrollado, aunque no demasiado garantizado como se indicó al comentar esta Ley en esta misma obra monográfica, en la Ley de Empleo.

Desde una visión de conjunto, ya tuvimos ocasión de indicar al principio de este trabajo que los principales cambios podrían agruparse en dos aspectos de gran relieve. Por un lado, los relativos a las condiciones y documentos de autorización y gestión del acceso al mercado de trabajo español (art. 25 y arts. 36, 37, 39-42), por otro, los derechos exigibles por los trabajadores aún sin aquella autorización previa (art. 36.3)

Por lo que se refiere al primer grupo de reformas, lo más llamativo a primera vista es, como se dijo respecto de la situación de residencia, la nueva sustitución de la forma de denominar a la necesaria «autorización administrativa previa para trabajar» que, como no podía ser de otra manera, sigue exigiendo el artículo 36.1 LOExIS. En efecto, como es sabido, el legislador nunca ha sabido muy bien cómo denominar esta técnica autorizatoria, de modo que unas veces ha utilizado la denominación genérica, autorización, reconociendo luego diversos documentos habilitantes para generar esta situación de permisión para la realización de actividades lucrativas, y en otras una denominación específica, «permiso de trabajo». Pues bien, cuando parecía consolidada esta última denominación, si bien quebrada varias veces en el propio entramado normativo, el legislador ha vuelto a cambiar de opinión y ha decidido que sea borrada de la LOExIS cualquier referencia a este término para volver al genérico de «autorización».

Ahora bien, al margen de los problemas de coordinación que genera, como hemos apuntado, el que la vigente regulación contemple múltiples «autorizaciones para trabajar» (ej. art. 79 RELOExIS), lo que habrá que solucionar en la anunciada y exigible adaptación reglamentaria (DF 3.^a), lo cierto es que los cambios no son sólo terminológicos o formales. En primer lugar, el nuevo artículo 36.1, párrafo 2.º, precisa que el correspondiente documento no sólo «autoriza» para trabajar, sino que al

mismo tiempo «*habilitará al extranjero para residir durante el tiempo de su vigencia*», si bien se extinguirá, matiza el precepto, «*si transcurrido un mes desde la notificación al empresario de la concesión de la misma no se solicitase... el correspondiente visado*».

De este modo, parece clara la voluntad del legislador –además de clarificar ciertas situaciones, como por ejemplo la legitimación de solicitud: quien está legitimado para solicitar la autorización inicial es siempre el empresario, como ya se recoge en el artículo 80 RLOExIS– de ajustar el acceso a la «situación» de trabajo a lo previsto para el acceso a las analizadas situaciones de residencia (art. 29). El reformado artículo 25 bis, ya comentado, precisa esta voluntad, aparentemente de unificación y simplificación de los procedimientos de gestión, según el primer objetivo confesado por el legislador, al incorporar de forma unitaria el «*visado de trabajo y residencia*».

Como se refirió al estudiar este tema en el apartado oportuno, la letra d) de este nuevo precepto recoge expresamente la doble función de este documento: «*habilita para ejercer una actividad laboral o profesional, por cuenta ajena o propia y para residir*». Por tanto, el extranjero que entre en el territorio español en posesión de esta modalidad de visado podrá presentarse directamente en el lugar en el que deba realizar la actividad laboral –o profesional por cuenta propia–, sin necesidad ya de esperar a la concesión de la autorización «previa» para trabajar.

No sin buenas razones podría pensarse, como ya se advirtió al comentar con carácter general esta reforma central en todo el rediseño legislativo en materia de procedimientos de gestión de los flujos migratorios, que el visado desplaza la función y necesidad de esta autorización administrativa para trabajar. Sin embargo, por encima de esta confusa formulación legislativa, creemos más ajustada en el plano técnico, aunque en la práctica –especialmente en el procedimiento de acceso vía contingente– tienda a diluirse la diferencia, la consideración del visado, conforme a su nueva función, como el *documento que acredita* (art. 25) una *previa autorización administrativa* (art. 36) para trabajar en España y, por tanto, para residir.

No cabe duda, en coherencia con el objetivo global de la reforma, de que la función ahora atribuida al visado, también en el ámbito de acceso al mercado de trabajo, simplifica la tramitación administrativa de la documentación relativa a los extranjeros, pues, como se indicó, un mismo documento habilita al extranjero para realizar la actividad o encontrarse en España en la situación por (para) la cual acudió a nuestro país. De otro lado, como igualmente indicamos, se busca la coherencia de un «sistema» que, ahora sí, parece perseguir canalizar los flujos de población inmigrante, mayoritariamente centrados en razones o motivos de orden económico, de una forma más ordenada y ya desde el origen. Puesto que esta opción, si bien realizada, supone un cambio radical de la situación preexistente, el legislador se ha visto obligado a prever una adaptación –que es más bien una «revolución», a tenor de la pésima situación práctica precedente– de la organización administrativa de esta fase del proceso, que ha de realizar la Administración General del Estado en el mismo país de origen (DF 2.^a).

En realidad, este cambio legislativo no hace sino recoger con rango legal una práctica de gestión administrativa que se viene siguiendo en los últimos años a través de las regulaciones de los

contingentes anuales. Fieles a su anómala historia jurídica, pese a la cobertura formal en el plano legislativo desde el año 2000, la aprobación del célebre «cupo» de trabajadores extranjeros, también habitualmente a finales de año, ha seguido suponiendo auténticas modificaciones en vía fáctica de las normas legales «vigentes», unos casos para su flexibilización y mejora del procedimiento de gestión pero, los más, para estrechar el camino de acceso del inmigrante extranjero a nuestro mercado, intentando dejar como única vía, no obstante otras posibilidades abiertas por la Ley y su Reglamento, la del contingente. Así sucedió, con manifiesta ilegalidad advertida por los jueces, con el de 2002 y su insólito concepto de «conurrencia de procedimientos» de autorización para trabajar, corregido sólo parcialmente en el previsto para 2003, donde el Gobierno reconoce algunos de sus errores –lo que ya es una señal–, y revisado claramente en el recientemente aprobado para 2004, en el que se reconoce la diversidad de *procedimientos legales de gestión del acceso al mercado laboral español*.

Aunque acabamos de indicar cómo –plegando velas, aunque de forma cicatera y silenciada, respecto de la doctrina judicial– el Contingente 2004 prevé la existencia de procedimientos alternativos, remitiendo al RELOExIS, la lectura detenida del mismo –cuya vocación para pasar de ser «especial» a convertirse en el «procedimiento ordinario» y preferente, desplazando de este papel al que legalmente parece ser el «ordinario», el de gestión de ofertas nominativas e individualizadas, es manifiesta en la voluntad gubernamental, no así en la letra de la LOExIS–, sí puede ilustrarnos bien sobre el nuevo papel central del visado. En este sentido, el punto 3.º del Acuerdo de Consejo de Ministros –BOE 31-12–, destinado justamente a determinar los efectos del «visado de trabajo y residencia» gestionados en el marco del Contingente, afirma con rotundidad que el visado **«concedido por la autoridad consular incorporará la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena haciendo referencia al contingente 2004»**. Asimismo, con una redacción prácticamente idéntica que la del primer inciso del nuevo párrafo 2.º del artículo 36.1, señala que *«esta autorización habilitará para residir...»*.

Visado y autorización inicial para trabajar son, pues, figuras diferentes y corresponden a autoridades competentes diferentes, si bien, al objeto de simplificar y agilizar el procedimiento de gestión, el documento que formaliza el primero incluye al mismo tiempo o «incorpora» la segunda. Asimismo, con igual lógica de celeridad la autorización para trabajar permite o habilita para residir, con lo que la unificación del sistema a los efectos del trabajador extranjero quedaría cerrado. Del mismo modo que, en este contexto, el contrato de trabajo funciona como «solicitud de autorización» de trabajo y residencia por parte del empresario, el visado funciona como documento acreditativo de la autorización concedida para trabajar –y residir–.

Precisamente, para completar este proceso unificador, un segundo cambio normativo que llama la atención es la supresión de la referencia –arts. 36.3 y 37 LOExIS– al Ministerio de Trabajo como órgano competente para conceder la autorización previa para trabajar. Ahora no se hace mención alguna, lo que no significa, como es obvio, que quede en el aire, sino que es una clara confirmación, por enésima vez, de lo que se había convertido en una práctica: la *unificación de competencias en la Subdelegación del Gobierno* para emitir ambas autorizaciones, de residencia y de trabajo. También de esta forma tan expeditiva y silenciosa, por tanto deficiente, el legislador da cobertura legal a una

práctica y *resuelve la posible cuestión de competencia generada con la regulación anterior*, en cuanto que la autoridad gubernativa resolvía materias legalmente atribuidas a la autoridad laboral ⁵⁹.

Obviamente, estos importantes cambios obligarán a una reforma en profundidad de la normativa reglamentaria. Conforme a esta regulación la autorización para trabajar se acreditaba «con el correspondiente permiso de trabajo, autorización administrativa o mediante los documentos que específicamente se determinen» (art. 66.3 RELOExIS). Esta multiplicidad de documentos tiene un claro reflejo en el artículo 79 de este cuerpo normativo y se caracterizaba por dejar un amplio margen de discrecionalidad –a veces de arbitrariedad– a la Administración, lo que ha venido generando particulares problemas y excesivas «malas prácticas». La adaptación debería aprovecharse para poner un poco de orden en tan caótica situación, con objeto de dar credibilidad al declarado objetivo de simplificación y agilización, presupuestos de cualquier gestión administrativa moderna, lo que en el ámbito de la inmigración sigue en gran medida pendiente, no obstante los esfuerzos en tal dirección, entre los que sin duda debemos situar esta reforma, sin perjuicio de las deficiencias aquí igualmente evidenciadas.

Otros muchos problemas de adaptación se plantean. Así, el nuevo artículo 25 bis LOExIS junto al referido «visado de trabajo y residencia» ha recogido expresamente el «visado de estudios», que, además de «habilitar» a permanecer en España para la realización de cursos o estudios, también lo hace para realizar «trabajos de investigación o formación». Sin perjuicio de lo que luego comentaremos respecto al régimen especial de estudiantes en el ámbito de la autorización para trabajar, lo que ahora interesa destacar es que la reforma no recoge expresamente todas las clases de visados previstos en el RELOExIS (art. 7) con la virtualidad de habilitar al extranjero para la realización de actividades profesionales (ej. «visado de circulación múltiple»; «visado de estancia especial»). La remisión que se hace al futuro desarrollo reglamentario tendrá que resolver esta cuestión, pero en principio hemos de entender que esta diferenciación no perjudica, en línea de principio, la vigencia de la actual regulación reglamentaria.

En lo que concierne a la **autorización de trabajo por cuenta propia**, además del cambio de denominación, el recurso a una técnica de referencia genérica, excluyendo la anterior técnica de listado de determinadas profesiones o actividades, y la indicada supresión de la referencia al Ministerio de Trabajo, la novedad más destacada reside en la recepción en sede legislativa de requisitos previstos en la normativa reglamentaria. Aunque sólo recoge, junto al obvio de los requisitos exigidos a los nacionales para la misma actividad, dos de los adicionales previstos por el artículo 70.2 RELOExIS –suficiencia de inversiones y «potencial creación de empleo»–, la cláusula de remisión abierta a la potestad reglamentaria permitiría mantener para el futuro el discutible criterio de la reciprocidad, lo que ya ha sido objeto de continuadas críticas tanto por la forma –lo que tampoco ahora se evita– cuanto por el fondo.

⁵⁹ Aunque es interesante, aquí sólo nos limitaremos a evidenciar que, tras la LOFAGE, y las sucesivas reformas de adaptación, cabía la posibilidad de entender que, a efectos funcionales, la Subdelegación, en la que ahora se integran las Áreas de Trabajo, podía ser considerada como «autoridad laboral».

En relación a situaciones o «régimenes» particulares o especiales el artículo 40 de la LOExIS experimenta dos cambios de cierta importancia cuantitativa. En efecto, se incluyen –*lógica de integración social por lo económico*– dos **nuevos supuestos en los que**, a la hora de gestionar la autorización para trabajar, **no se atenderá a la situación nacional de empleo**. A saber: Por un lado, la letra b) incorpora a los *hijos de españoles nacionalizados, o de comunitarios, siempre que lleven como mínimo un año residiendo legalmente en España* y al hijo no le sea de aplicación el régimen comunitario –no sólo es superfluo este inciso, sino redundante con la clarificación operada con la incorporación de un nuevo apdo. 3 al art. 1 LOExIS–. Por otro, la nueva letra l) incluye en esta situación preferencial a los *extranjeros que hayan sido titulares de autorizaciones de trabajo para actividades de temporada, durante cuatro años naturales, y hayan retornado a su país*, con lo que se quiere premiar el escrupuloso respeto a las normas de ordenación de los flujos inmigratorios temporales, especialmente la obligación de retorno voluntario [art. 78.2 e) RELOExIS].

Por lo que se refiere no ya a las preferencias o ventajas en la concesión de la autorización, al no considerar la situación nacional de empleo, sino lisa y llanamente a las **excepciones a la necesidad de contar con dicha autorización para trabajar**, también hay modificaciones. Así, de una parte, se fijan dos reglas de equiparación a las AA.PP. Territoriales de los organismos autónomos que tengan por objeto la promoción y desarrollo de la investigación promovidos o participados mayoritariamente por las aquéllas [art. 41.1 a) y 2]; de otra, *se incluye dentro de los supuestos exceptuados de la autorización para trabajar a los menores extranjeros en edad laboral tutelados* por la entidad de protección de menores, para actividades que, a propuesta de ésta, favorezcan su integración social.

Este cambio, con ser relevante, no supone una gran novedad en la práctica. Lo que ha sucedido es que un supuesto de autorización al margen de la situación nacional de empleo –art. 40 letra j)– pasa a ser una excepción a la misma –art. 41.1 letra k)–. Los acuerdos internacionales y la creciente importancia de la política de inserción de colectivos especialmente vulnerables, como son los menores inmigrantes, tienen aquí una especial expresión. Algunos problemas de coordinación normativa plantea, no obstante, esta reforma, en la medida en que aquella transformación entendemos hubiera exigido derogar el artículo 40 letra j), pues queda absorbido o desplazado, dado su mejor trato, por la nueva calificación como excepción, al tiempo que la nueva redacción presenta ciertas mejoras de redacción, técnicas y de régimen ⁶⁰.

En cambio, dentro del **régimen especial de estudiantes**, las reformas parecen ir más bien en la línea de reforzar su actividad de estudios o formativa, buscando evitar los eventuales «fraudes» que se derivan del acceso a España como estudiantes para realizar, en realidad, actividades laborales. Así, junto a la *descoordinación normativa* generada entre el nuevo artículo 25 bis letra e) –no especifica el carácter no remunerado de los trabajos de investigación o formación– y el inmodificado artículo 33.1 LOExIS –sí lo requiere expresamente–, destaca especialmente la supresión del párrafo 2 de su apartado 4, por lo que se les *priva de acceder al empleo público como personal laboral*, aunque se mantiene la posibilidad general de autorizarlos, a tiempo parcial, para trabajar.

⁶⁰ En la nueva redacción no se hace mención a la autorización de residencia, pues es redundante, ya que todo menor en situación de amparo o protección tiene derecho a este documento, al tiempo que se elimina el carácter condicionado de la tutela a que no se haya producido la repatriación.

Finalmente, por lo que se refiere al muy importante, por su trascendencia en determinados sectores económicos y mercados, como el mercado de trabajo agrario, **régimen especial de los trabajadores de temporada**, dos reglas nuevas, que otra vez vienen realmente a dar rango legal a situaciones que ya estaban consolidadas en la práctica, se añaden al artículo 42. Así, en primer lugar, el nuevo apartado 4 –análogo el nuevo art. 39.3 LOExIS– recoge la *preferencia* otorgada, en los procedimientos de gestión de las ofertas de empleo, a los nacionales de países que hayan firmado «Acuerdos sobre regulación de flujos migratorios» con España, favoreciendo por tanto la ordenación convencional y en origen de los movimientos migratorios por causas económicas. Este régimen de favor encuentra su culminación, si se es un inmigrante «disciplinado» o «bueno» –vuelve a su país como se le pide tras cumplir con su trabajo en el país de acogida–, en la inclusión como supuesto específico en el que no se atiende, para otorgar autorización, a la situación nacional de empleo, conforme al ya anotado artículo 40 l).

En segundo lugar, ahora en un plano interno pero también en la misma lógica de la cooperación, el añadido apartado 5 busca reforzar el ya formulado legalmente principio de colaboración de CC.AA. y Entidades Locales en la programación de las campañas de temporada con la Administración General del Estado (AGE). Como ilustra bien una lamentable práctica, lo cierto es que las autoridades que deben enfrentarse a las cuestiones derivadas de la «acogida» de estos inmigrantes son las más próximas, esto es, las locales. Sin embargo, sigue sin haber previsión o compromiso por parte de la AGE o la CA para proveer correctamente de los recursos necesarios a tales fines, pese al mandato de garantía recogido en el artículo 42.2 (alojamiento digno), aunque el artículo 78.2 letra d) se lo «endose» o lo derive hacia el empresario o su organización y de promoción el artículo 42.3 (servicios sociales) LOExIS.

b) Las novedades «menores» en el régimen del contingente de trabajadores extranjeros y el Contingente 2004.

Entre las que aquí consideramos reformas o «novedades menores» de la regulación legal de esta figura, tan relevante como conflictiva, hay que encuadrar las tres siguientes. Por un lado, la aparente devaluación del alcance de esta técnica de canalización y ordenación de los flujos migratorios de carácter laboral, en cuanto que el anterior carácter obligatorio o imperativo mutua ahora en puramente potestativo para el Gobierno –«podrá aprobar...»–. En realidad, en el plano práctico es una cuestión baladí porque el Gobierno siempre puede aprobar un «cupo 0» si, en algún año, estimase que su «capacidad de acogida» en atención a las necesidades del mercado están cubiertas.

Por otro lado, en un plano procedimental, se produce tanto la mejora de la posición de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, que ven como su anterior derecho de audiencia mutua en derecho de propuesta –en el mismo plano que las CC.AA., cuya posición se mantiene formalmente inalterada–, cuanto la sustitución de la preceptiva audiencia del Consejo Superior de política de Inmigración por el Informe de situación de empleo e integración social de los inmigrantes (art. 39.2). De ahí que, paralelamente, se modifique el artículo 68, buscando igualmente reforzar sus redes de comunicación con cuantos órganos administrativos y agentes sociales y económi-

cos estén «*implicados con la inmigración y la defensa de los derechos de los extranjeros*» (art. 68.3 LOExIS), que a su vez ven reforzado su derecho a participar en la gestión el fenómeno inmigratorio, si bien a este débil nivel informativo-propositivo ⁶¹.

Finalmente, también se introduce una reforma para formalizar, como se indicó, la preferencia ya otorgada por la regulación gubernamental de los Contingentes, especialmente a partir de 2002, a los países con los que se firma Acuerdos de Regulación de Flujos. Esta preferencia aparece con toda claridad en el Acuerdo del Consejo de Ministros que fija y regula el Contingente 2004, de modo que la Dirección General de Ordenación de las Migraciones está obligada a comunicar y remitir las Ofertas de Empleo a las autoridades competentes de los países con los que existe Acuerdo, con el fin no sólo de facilitar «la disponibilidad de trabajadores» que se ajusten al perfil profesional de las ocupaciones ofertadas sino de que participen activamente, cogestionen, la fase de selección, junto a las organizaciones empresariales y sindicales españolas.

Un repaso, siquiera somero, a la regulación de este Contingente podrá ilustrar del significado y alcance del mismo. A tal fin, conviene partir de la doble fase en que se estructura el Contingente a partir del artículo 39 LOExIS y artículo 65 RELOExIS: la *fase previa de prospección* para la fijación del cupo, constituida básicamente por el análisis de las necesidades del mercado de trabajo, distribuidas por provincias, sectores de actividad y ocupaciones, por un lado, y la *fase posterior de gestión* del mismo, en la que se *organiza la selección y contratación de los trabajadores extranjeros* en su país de origen. El Acuerdo de Consejo de Ministros además de fijar el cupo concreto –para este año 10.908 puestos de trabajo «de carácter estable», esto es, de duración no inferior a un año–, ordena la segunda fase, la de selección y contratación –gestión de ofertas, genéricas y nominativas, de empleo, estable o temporal–.

Su estructura es la siguiente:

1. Procedimiento de Gestión de las Autorizaciones para Trabajar a través del «Sistema de Contingente» (puntos 1 a 6; 8 a 10).
2. Procedimientos alternativos de Gestión de ofertas de empleo para la contratación de extranjeros (punto 7).

En el primer procedimiento, el que puede calificarse normativamente como especial, aunque en la práctica funcione como «general», se procede a una regulación muy detallada de los siguientes aspectos. A saber:

Primero. *Fijación del contingente*. A estos efectos se distingue entre «puestos de trabajo de carácter estable» (10.908), y empleo de carácter temporal – Anexo I. B–. La necesidad de atender a

⁶¹ Una mejora de la función comunicativa que está igualmente presente en la creación del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (art. 71). Una cuestión, de gran relevancia, que entronca sin duda con los compromisos comunitarios en materia de lucha antidiscriminatoria por este motivo (Directiva 2000/43). Véase igualmente el artículo 33 de la Ley 62/2003, LMAFOS.

los imperativos económicos del mercado ha determinado que, no obstante su carácter anual, el cupo de puestos estables –de duración no inferior a un año– quede abierto, de modo que no sólo se admite la reasignación del contingente a escala nacional, sino la «ampliación» del número a propuesta de la Dirección General del INEM, que a su vez responderá a la solicitud que en tal sentido hagan bien los agentes económicos –las organizaciones empresariales– bien los agentes públicos –los Servicios Públicos de Empleo, esto es, el Servicio Público Estatal de Empleo y los Servicios Autonómicos de Empleo, integrantes del recientemente conformado Sistema Nacional de Empleo–. Su vigencia es desde 1 de enero hasta 31 de diciembre 2004.

Segundo. *Gestión de Ofertas de carácter estable*: A) Genéricas y b) Nominativas. Respecto a las primeras se regula la legitimación para *presentar ofertas* de empleo –por empresas y organizaciones empresariales– ante las Áreas o Dependencias de Trabajo y Asuntos Sociales y según modelos normalizados (Anexos I y II), que una vez *verificada* la disponibilidad de cupo o contingente –de lo contrario se denegará o, incluso, se inadmitirá a trámite (véase nueva DA 4.ª LOExIS)– serán remitidas a los países de origen para *organizar la selección* de trabajadores. La selección se llevará a cabo «en la forma prevista en el acuerdo aplicable» –recuérdese la preferencia–, con la participación de la DGOM o Áreas de Trabajo y, si así se establece mediante acuerdos de colaboración, las organizaciones empresariales o, incluso, los empresarios oferentes-solicitantes. La Comisión de Selección remitirá *con carácter urgente* el Acta de Selección a la DGOM para su traslado a la Comisaría General de Extranjería de la Dirección General de Policía (DGP), para que se asigne el número de identificación de extranjeros (NIE), salvo causa impeditiva. Devuelta la lista con el NIE a la DGOM, se remite al Consulado, con copia a la Dirección General de Asuntos Consulares y Áreas de Trabajo.

También se regulan las particularidades, respecto del procedimiento general anterior, de las Ofertas Nominativas. Reténgase que los contratos de trabajo se configuran al mismo tiempo como solicitudes de autorización de trabajo y residencia. Esta autorización le será notificada, devolviéndose los ejemplares del contrato de trabajo para que sean firmados por el trabajador en el país de origen, ante la oficina consular competente para la expedición del visado –simultáneamente se comunicará el contenido del contrato a los interlocutores sociales en el marco de las comisiones ejecutivas del INEM, lo que supone una garantía de intervención en el control de la legalidad–.

Tercero y Cuarto. *Visado: tramitación y efectos*. Como es obvio, ante los cambios de función y revalorización de este documento, esta parte es del mayor interés. Así, prevé que realizada la selección, y a los efectos de solicitud de visado, se presente en la oficina consular la documentación junto con los contratos, de forma agrupada, haciéndose sólo énfasis en que sea con la antelación suficiente, teniendo en cuenta la fecha prevista del viaje y el número de solicitudes. El plazo de solicitud de visado por la organización empresarial o empresa que hayan presentado ofertas genéricas comenzará a contar «a partir de la fecha de la firma del contrato por el trabajador». En el caso de contratos nominativos la solicitud de visado será presentada directamente por los trabajadores. La Oficina Consular deberá ser diligente en la tramitación, aunque no se fija tiempo máximo, como sí sucede en la fase de selección –no puede superar el mes–, exigiéndose, si bien «en la medida de lo posible», la fijación de «horario especial para atender por grupos homogéneos a los trabajadores seleccionados».

Ya comentamos que este visado concedido por la autoridad consular incorporará la autorización inicial de trabajo por cuenta ajena –cuya concesión va implícita en el Informe favorable que tienen que realizar las Subdelegaciones, a propuesta de las Áreas de Trabajo en ellas integradas–. La autorización inicial de trabajo –y residencia– tendrá una duración de un año y podrá limitarse a un ámbito geográfico y sector de actividad, «*permitiendo la incorporación inmediata de los trabajadores a la empresa, y a su afiliación y alta en la Seguridad Social*», a cuyos efectos se deberá presentar el visado y el contrato de trabajo que proceda según los Anexos del Acuerdo (número III o IX). Efectuada la entrada, los trabajadores deberá solicitar personalmente (nueva DA 3.ª LOExIS), en el plazo de un mes, la tarjeta de identidad de extranjero (nuevo art. 4.2).

Quinto. *Gestión de ofertas de empleo de carácter temporal*. Contiene un régimen específico, más flexible y ágil, y en gran medida organizado a través de Acuerdos Tripartitos –AA.PP., empresarios y sindicatos–, especialmente en el ámbito de las actividades agrarias.

Este año se distingue, fijando algunas particularidades, entre actividades temporales no agrarias (A), agrarias (B), trabajadores de campaña anteriores (C) –que no tienen en cuenta la situación nacional de empleo–, las que califica como «*otras ofertas de empleo de carácter temporal*» (D) –remite a las previsiones del Anexo I.B–, y los trabajadores nacionales de países que se adhieran a la UE a partir del 1 de mayo de 2004. En este último caso, y como consecuencia del régimen comunitario de ampliación, a partir de esta fecha no precisarán visado los trabajadores que, procedentes de estos Estados, vayan a ser contratados por períodos no superiores a seis meses (180 días).

Sexto. *Puestos de trabajo estable en el servicio doméstico para ofertas genéricas*. Se prevé un régimen especialmente minucioso, destacándose en este momento la previsión de un «programa específico de intermediación dirigido a facilitar su contratación» en esta actividad, «previa comprobación de que se han presentado ofertas de empleo que no han podido ser atendidas». Si transcurrido tres meses el extranjero –normalmente será extranjera– no ha formalizado un contrato, «quedará obligado a salir del territorio español», so pena de infracción el artículo 53 a) LOExIS. Es interesante esta regulación porque, como veremos de inmediato, anticipa lo que es el visado por búsqueda de empleo.

Finalmente, hay que destacar de este Acuerdo el reconocimiento que se hace.

Punto Séptimo: *Otros procedimientos de gestión de ofertas de empleo para la contratación de extranjeros*–, como ya se apuntó, de la existencia de procedimientos alternativos al sistema de contingente, que deberán regirse por su normativa específica. A tal fin, se remite al RELOExIS, lo que supone mantener en vigor una regulación que, sin embargo, deberá ser objeto de importantes revisiones y adaptaciones. En todo caso, lo más relevante, al margen de indicar la existencia de al menos tres procedimientos alternativos –art. 40 LOExIS; oferta nominativa ordinaria *ex* art. 83.4 RELOExIS, sean o no residentes; contingente o cupo autonómico, a través de las propuestas de los Servicios Públicos de Empleo, que completarán la fijación del contingente de trabajadores extranjeros *ex* art. 70.11.3 RELOExIS–, como reconoce la doctrina judicial que ha veni-

do corrigiendo los excesos de la regulación extremadamente unitaria de los Contingentes precedentes –véase STSJ Cantabria 21-2-2003–, es la obsesión del legislador por condicionar el recurso a estas vías, en todo caso, a que se trate de personas que sean residentes legales o que no sean residentes, pero que tampoco se hallen en España, con la evidente finalidad de evitar cualquier regularización que no pase por el procedimiento de visado en origen. Naturalmente, habrá que descartar las previsiones en torno a las exenciones del mismo.

c) *La novedad «mayor»: el nuevo visado para la búsqueda de empleo y las políticas activas de empleo.*

Pero sin duda, la novedad más relevante de las reformas en el régimen del Contingente de trabajadores extranjeros reside en la posibilidad –no obligación– de establecer un número de «visados para búsqueda de empleo», sea a hijos o nietos de español de origen –es evidente el influjo de la actual situación crítica de los países iberoamericanos–, sea con carácter general, si bien en atención a determinados sectores de actividad u ocupaciones y en las condiciones que se determinen. Estos visados «*autorizarán a desplazarse al territorio español con la finalidad de buscar trabajo durante un período de estancia de tres meses, en los que podrán inscribirse en los servicios públicos correspondientes*». Si transcurrido dicho plazo no hubiera obtenido un empleo, el extranjero queda obligado a salir del territorio, incurriendo de lo contrario e infracción administrativa *ex artículo 53 a*), sin que pueda obtener nueva autorización para trabajar en el plazo de dos años.

No se trata, sin embargo, de una modalidad absolutamente nueva de visado. Además de aparecer en algunas iniciativas legislativas, que no llegaron a cristalizar, también fue experimentado, si bien con resultados poco halagüeños, por otras legislaciones comunitarias. Así, ya se recogía este criterio de admisión de extranjeros en el artículo 21 de la *Legge núm. 40 sulla Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, de 6 de marzo de 1998⁶². Esta modalidad de visado también se enmarcaba dentro del cupo o contingente de mano de obra extranjera y exigía la prestación de una garantía de acceso al trabajo por parte de la persona, de nacionalidad italiana o extranjera, o de la asociación que pretendiese contratar al extranjero⁶³.

Esta posibilidad ya había sido también barajada en los momentos previos a la reforma de la LO 7/1985, de 1 de julio (LOEx)⁶⁴. Asimismo aparece apuntado por el Comité Económico y Social de la UE, en su Dictamen (2001/C 260/19), sobre la, bastante olvidada, «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre una política comunitaria de migración»⁶⁵. La propuesta de la Comisión consistente en la apertura de vías legales a la inmigración laboral permite pensar que

⁶² Véase el texto de la ley en la dirección electrónica: www.parlamento.it/parlam/leggi/980401.htm

⁶³ Para la historia legislativa y la finalidad de esta norma, véase M. PAJARES: *La inmigración en España. Retos y propuestas*, Icaria, Barcelona, 1998, págs. 233-234.

⁶⁴ Véanse las propuestas realizadas acerca de esta modalidad de visado en *ibid.*, pág. 234.

⁶⁵ Véase *DOCE* Serie C núm. 260, de 17 de septiembre de 2001.

la entrada de extranjeros en el espacio comunitario tenga lugar a través de dos vías: de un lado, cuando se dispone de una oferta de empleo para trabajar y, de otro, cuando se obtiene una autorización legal para venir a buscar empleo.

La segunda de ellas permite tomar en cuenta el proyecto migratorio del propio inmigrante (establecimiento de un negocio, búsqueda de empleo, mejora de sus condiciones profesionales, etc.), que, a juicio del Comité Económico y Social, debe ser considerado de forma positiva por las autoridades de inmigración⁶⁶. No cabe duda de que esta opción, favorable a la integración y no a la represión, nota esta característica de la política comunitaria practicada desde 2001, está presente en la regulación española, fruto del referido pacto con el PSOE. Aunque la Comisión no llegó a concretar en la Comunicación citada, de 22 de noviembre de 2001, las estrategias a través de las que podía llevarse a la práctica el nuevo enfoque que propone acerca de la política de inmigración comunitaria (transparencia y flexibilidad en el mercado de trabajo), parece manifiesto que esta modalidad de visado permite cubrir las demandas de mano de obra extranjera que se presenten en sectores y zonas, que no ha sido posible prever antes⁶⁷.

No obstante, como se ha dicho, la previa experiencia italiana no parece alentadora, pues el legislador del país vecino ha suprimido esta modalidad de visado en la Ley de Reforma núm. 189/2002 (conocida con Bossi-Fini), cuyas normas –se ha señalado– parece que están dirigidas a restringir fuertemente las posibilidades de entrada legal por cuestiones de trabajo, dejando (en cambio) abierta la vía de la regularización permanente *ex post*⁶⁸. Asimismo, conviene tener en cuenta que es difícil no ver en esta propuesta la proyección, en el plano general, del programa experimental ensayado desde el Contingente 2003 con respecto al personal que presta sus servicios en el hogar familiar, en los términos reiterados en el Contingente 2004 y el evidenciado «programa específico de intermediación». Además, no puede ocultarse el objetivo de canalizar, por esta vía, las posibilidades que los Cupos Autonómicos *ex artículo 70 RELOExIS* abrió a las CC.AA., por tanto, a sus Servicios Públicos Autonómicos, de iniciar una política de gestión del fenómeno migratorio por razones de empleo, complementaria a la organizada por la Administración General del Estado mediante el Contingente Nacional.

El actual Contingente no ha recogido esta posibilidad, lo que ya viene a confirmar la escasa voluntad del Gobierno de llevarlo adelante. No obstante, sí conviene precisar que la eficacia del mismo, y por tanto su capacidad para reducir la inmigración ilegal y la economía irregular, dependerá de la seriedad con que sea afrontada la política de inserción de los inmigrantes, a los que hoy cabe considerar como colectivos prioritarios de la misma en virtud del artículo 26 de la Ley de Empleo.

⁶⁶ Véase Dictamen *supra* citado, pág. 108.

⁶⁷ El texto de la Comunicación de la Comisión, de 22 de noviembre de 2000, sobre una política comunitaria de inmigración está publicado en los documentos COM (2000) 757 final. De interés también el presupuesto integrador que parece animar la Comunicación al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre, inmigración, integración y empleo, de 3 de junio de 2003.

⁶⁸ Véase, en este sentido, T. CAPONIO/C. FINOTELLI: «La inmigración en Italia entre el Derecho de asilo y la obligación de trabajar», *Migraciones*, núm. 14, diciembre de 2003, pág. 79.

2. Las consecuencias del contrato de trabajo del inmigrante sin autorización previa de la Administración.

Junto a estas reformas, no cabe duda de que un cambio especialmente importante, dada la situación de anomalía que concurre en el actual panorama del mercado de trabajo español, es el que supone ampliar los derechos de los trabajadores que presten servicios aunque carezcan de la correspondiente autorización. Hoy encontramos una importante presencia de trabajadores indocumentados en la economía sumergida de los países del Sur de Europa –es un rasgo migratorio que comparten estos países, siendo especialmente acuciante en Grecia–, con tasas superiores a los países de la Europa del Norte. De ahí que el peso de la población trabajadora extranjera se subestima y podría llegar a duplicar el porcentaje de la legal (lo que para España representaría en torno al 6% de la población activa o que participa en el mercado de trabajo, pues la legal gira en torno al 4%).

No cabe duda de que el tema de los trabajadores inmigrantes indocumentados es uno de los que más atención suscita, hasta el punto de centrar los debates, lo que no deja de producir ciertas disfunciones. En todo caso, el legislador ha acogido de forma favorable, para este punto nodal desde luego, la orientación judicial y jurisprudencial decidida a extender, se parta –STS 9-6-2003– o no del carácter nulo del contrato de trabajo –la tesis correcta es la primera, de modo que *no puede defenderse ya en modo alguno la nulidad del contrato*–, a estos trabajadores todos y cada uno de los derechos derivados del contrato de trabajo, incluidos los derechos de Seguridad Social. Como tiene un alcance general no puede haber prestación que quede al margen, por supuesto incluido el derecho a la prestación por desempleo, con lo que se desacredita una posición doctrinal mayoritaria en contra de este reconocimiento. Téngase en cuenta que el reconocimiento de prestaciones de este tipo impide su expulsión [art. 57.5 letra d) LOExIS].

Ahora bien, y es un tema que aquí sólo podemos dejar apuntado, no se resuelven todas las cuestiones pendientes. El reconocimiento del derecho a las prestaciones del sistema de Seguridad Social –las de acción social ya las tenía reconocidas en virtud del art. 14.3 LOExIS, al menos las básicas– se hace acompañar, al menos en principio, por una contrapartida: también serán exigibles, entra las responsabilidades a que dé lugar este incumplimiento de las normas reguladoras de la autorización inicial para trabajar por el empresario, las propias de Seguridad Social. Ahora bien, ¿supone esta previsión corregir la práctica administrativa hasta ahora formalmente contraria, si bien iba por territorios o zonas, a proceder a la afiliación de los inmigrantes en situación irregular?

En este sentido, la exigencia de autorización para proceder a la afiliación en la Seguridad Social de los trabajadores inmigrantes aparece en la regulación vigente (art. 42 del Reglamento General sobre Inscripción de Empresas y Afiliación, Altas, Bajas y Variaciones de Datos de Trabajadores en la Seguridad Social, Real Decreto 84/1996, de 26 de enero). Y se mantiene en la regulación expuesta del Contingente 2004. Línea reglamentaria que ha sido seguida en la práctica por la Circular 5-04, 13 de febrero de 2001, que en su Instrucción 1 resalta la necesidad de desestimar la solicitud de afi-

liación y alta inicial si no se les ha concedido previamente el respectivo permiso de trabajo, sin que baste la mera solicitud. Se salía, así, al paso de una práctica difundida según la cual los empresarios procedían a dar de alta a los trabajadores inmigrantes sin permiso de trabajo como trámite «legalizador» de su situación y, elusivo, de sus eventuales responsabilidades.

La doctrina de suplicación ya estimó que no era posible la afiliación en estos casos –STSJ Murcia 4-10-1999–. En cambio, la Sala 3.^a parece entender que, a tenor del artículo 70 LGSS, la obligación de cotizar nacerá con el comienzo de la prestación del trabajo –SSTS 28-5-1991, ar. 4215; 2-12-1998, ar. 10268–. Si es claro que con la nueva redacción legislativa las responsabilidades empresariales no se pueden salvar, siéndoles exigibles en todo caso, no está tan claro que al mismo tiempo no se le pueda practicar un Acta de Liquidación por las cantidades dejadas de ingresar, partiendo de la obligación de cotizar, con todos sus efectos. En principio, y sin perjuicio de un análisis más detenido, entendemos que la tesis más correcta es la favorable a la vinculación de la obligación de cotizar al momento en que sean identificables las notas definidoras de una prestación de servicios, sin perjuicio del carácter estrictamente legal o *ex lege* de esta obligación jurídico-pública.

Finalmente, con respecto a los derechos de los trabajadores inmigrantes en situación irregular es oportuno recordar dos aspectos. En primer lugar, en cuanto que el legislador no ha querido modificar nada en relación a esta parte «dogmática» del estatuto jurídico-laboral, se mantiene la exclusión del ejercicio –no así de su titularidad– de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga (art. 11 LOExIS). De este modo, el legislador desoye la doctrina recientemente emitida por el Comité de Libertad Sindical que, en respuesta a la queja presentada por UGT, ha entendido contraria al Derecho Sindical Internacional esta exclusión. Quizás se esté anunciando de esta manera la solución que, confiemos que a no tardar demasiado –si la referencia es la LO 1/1996, entonces la esperanza es vana–, dé en su momento el TCo. La autoridad de esta «jurisprudencia» o doctrina ha sido muy tenida en cuenta siempre por el Tribunal, aunque hay que reconocer que la fundamentación de la resolución es bastante parca y deja que desear.

En segundo lugar, y aún menos justificable todavía, hay que recordar que la STCo. 95/2003, 22 de mayo, extiende el derecho a la justicia gratuita a cualquier persona, tenga o no la situación de irregular, y a cualquier proceso. Por tanto, también hemos de entender incluido el beneficio para estos trabajadores en el ámbito de los procesos laborales. Aunque frente a esta doctrina constitucional la norma vigente –art. 22– continúa restringiendo el reconocimiento de este derecho, carece de validez.

Finalmente, es oportuno poner de relieve que, entre las nuevas responsabilidades imputables al empresario que desconozca las reglas en materia de gestión del acceso al trabajo, está la reforma del artículo 15.3 de la LDC, 3/1991, 10 de enero. A su tenor, y en la línea de evitar un cierto «*dumping* social», ha de considerarse desleal, «en el marco de lo dispuesto en el artículo 2» LDC, «la contratación de extranjeros sin autorización para trabajar obtenida de conformidad con lo previsto en la legislación sobre extranjería».

V. REFLEXIÓN FINAL

Como cualquier otra norma que pertenece, a grandes rasgos, al «Derecho Social», y el abigarrado, incierto y subterráneo conjunto normativo que regula el fenómeno inmigratorio lo es, la reforma ha evidenciado aspectos claramente ambivalentes. En todo caso, el origen viciado de esta LO, que nació conferida para seguir imponiendo unas opciones de política jurídica en materia inmigratoria que, con buenos argumentos, el Tribunal Supremo había cuestionado y corregido, no puede hacer olvidar que, al final, ha sido fruto de un Pacto Político –no Social–, con vistas a introducir algunos aspectos que mejoren la situación de los extranjeros y que faciliten, aun en el marco sacrosanto de las necesidades del mercado de trabajo, su integración social.

Pese a todo, mayores y más profundos cambios han de impulsarse desde el legislador y, sobre todo, desde las políticas públicas. No cabe duda de que, hoy más que ayer, la noción que prima es la de cooperar en el control de los flujos, lo que se traduce básicamente en la selección de los trabajadores y colaboración para el retorno, así como en la readmisión de los inmigrantes en situación ilegal. Sin embargo, parece ya incuestionable que el impacto de la «mano de obra extranjera» en los países más tardíamente incorporados al flujo inmigratorio, como son los países del Sur, y especialmente España, está resultando extremadamente beneficioso: para mejorar la productividad (impulsan un movimiento de los trabajadores nativos hacia trabajos más cualificados); fomentar la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, también en puestos de mayor calidad; mejorar la rentabilidad empresarial al permitir una actividad productiva con menores costes; los amplios recursos educativos que suelen tener en un alto porcentaje facilita la adaptación a las variaciones de los ciclos económicos.

Por su parte, se constata cómo una inadecuada regulación de los flujos inmigratorios plantea importantes disfuncionalidades, por supuesto desde el punto de vista personal y social, pero también económico. Así, las altas tasas de irregularidad pueden contribuir al retraso de la puesta al día de ciertas actividades en sectores como la agricultura o la construcción, aunque ciertas experiencias parezcan acreditar todo lo contrario –ej. agricultura murciana y almeriense basada sobre «globalizadas» y tecnologizadas «Fábricas Vegetales»–. La irregularidad reduce la cotización de las empresas a la Seguridad Social. Asimismo, multiplica los riesgos de accidentalidad laboral, ya elevada en nuestro país, y oculta un mayor porcentaje de discriminaciones, por razón de la nacionalidad, incluso de la etnia o cultura, así como el sexo, con lo que la importante legislación antidiscriminatoria (arts. 17 y 28 LET; art. 23 LOExIS), recientemente renovada –Ley 62/2003–, se ve en entredicho en este creciente colectivo.

En definitiva, la irregularidad retrasa la integración y, por tanto, la aportación demográfica y cultural, al tiempo que debido a la idea predominante en las políticas de inmigración, la adaptación de los flujos a las necesidades cíclicas de mano de obra, se produce una falta de canales adecuados para la inmigración del grupo familiar –prima la idea del retorno sobre el asentamiento–. En la misma dirección, conviene enfatizar cómo los trabajadores extranjeros no constituyen tam-

poco una población homogénea, pues ofrecen un perfil laboral muy diverso (diferentes características profesionales y culturales), lo que obliga también a impulsar un enfoque preventivo y personalizado, en línea con lo perseguido por la Ley de Empleo. La búsqueda del principio de igualdad de oportunidades, también para ellos en cuanto colectivo prioritario, debería introducir una mayor estabilidad reguladora en un ámbito que sigue todavía demasiado dependiente de las demandas coyunturales y cíclicas de los mercados, desde luego en los trabajadores de temporada (temporeros), poco cualificados y destinados a los trabajos agrícolas, pero también a trabajadores temporales dedicados a tareas caracterizadas por uso significativo de nuevas tecnologías y cualificadas. A eso hay que añadir el incremento de la movilidad de otro tipo de personal –estudiantes, investigadores–.

El objetivo de la integración, además de escasamente presente en el diseño normativo y en las aplicaciones prácticas, estaría ampliamente desenfocado: en el tiempo y en el espacio. En lo primero porque se centra más en quienes van a quedarse, y menos en los que vienen temporalmente, si bien éstos necesitan igualmente estas acciones, sin que pobres reformas como las contempladas en los artículos 41 y 42 puedan servir para paliar mínimamente este desfase. En lo segundo, porque existe todavía una excesiva centralización, cuando hoy se acepta que el principio de proximidad de la acción es un eje cardinal, de ahí la necesidad de descentralización, no ya autonómica sino local, e incluso, su socialización –partenariado social–.

En consecuencia, hay que reducir los indicadores de divergencia y fomentar los de convergencia para una adecuada política de integración tanto en el mercado de trabajo como en la vida social, lo que no sólo precisa de la mayor equiparación de derechos ⁶⁹, sino que esta condición es necesaria o indispensable. En consecuencia, la línea dominante en la política inmigratoria de la UE debería ser «tender la mano» a la inmigración permanente, mediante la ordenación convencional positiva de los flujos –no para el retorno sino para la continuidad– y las políticas de integración. El problema es la dimensión extremadamente coyuntural y de políticas de «corto plazo» –dominio de la coyuntura económica–, con efectos «perversos». La inestabilidad extrema de la regulación legislativa, la incertidumbre sobre su validez, la deficiente técnica que acumula, al elevar a rango legal cuantas disposiciones de nivel inferior, a veces ínfimo –circulares, instrucciones– y «malas prácticas» de gestión administrativa son sacudidas o corregidas por los Tribunales, siguen siendo demasiados vicios para un ordenamiento que pugna, y no puede ser de otra manera, por entrar dentro de la «normalidad» del ordenamiento jurídico constitucional y, ahora ya, cada vez más, comunitario.

Precisamente, desde esta perspectiva, los Tribunales volverán a dictar su palabra de Ley y de Derecho, de modo que las fuentes extralegislativas consigan adquirir el peso racionalizador que, por vocación y función, tienen reconocido normativa, institucional, social y culturalmente. Cuando desde una perspectiva de predominio de la eficacia administrativa en la gestión –control de orden público y policial– del hecho social inmigración vuelva, el Legislador, a proponerse el dictar sus tres pala-

⁶⁹ Cfr. Conclusiones de A. IZQUIERDO, *op. cit. passim*.

bras rectificadoras que quieran hacer papel basura aquellas decisiones, otros «Poderes» tendrán que recordarle que, en un Estado Social de Derecho, todo legislador, incluso el de extranjería e inmigración, está sometido no sólo a la Ley sino al Derecho.

Afortunadamente, la realización de éste hace tiempo ya que se sabe no le corresponde exclusivamente al Legislador. Lo que sí le corresponde, y ya con carácter urgente, es elaborar un texto legal consolidado que permita clarificar la situación, en la medida en que son ya cuatro las Leyes que hay que manejar para intentar poner un poco de orden en este maremágnum regulador, donde ni el propio Legislador sabe conducirse, como evidencia algunos de los problemas de descoordinación normativa aquí señalados.