UNIVERSIDAD DE CÁDIZ
Aula Universitaria del Estrecho

JORNADAS SOBRE
NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA
24-25.11.2005 TANGER

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

mAarifa

RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

JORNADAS SOBRE NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA

Antonio Álvarez del Cuvillo
Jamal Benamar
Mª Dolores Cervilla Garzón
Julio V. Gavidia Sánchez
Antonio Marín Fernández
Rodrigo Sánchez Ger (coord.)
Mª Paz Sánchez González

Edita: Aula Universitaria del Estrecho

UCA Universidad de Cádiz

PRESENTACIÓN

El Estrecho de Gibraltar no es sólo un componente estratégico de las políticas exteriores de Marruecos y España, y un factor de desarrollo económico de enorme potencial. Esta zona transfronteriza es también una comunidad fuertemente marcada por su entorno geográfico, entorno que le confiere una personalidad propia y particular, pero que también condiciona una serie de problemas y retos específicos.

Es en este contexto donde se enmarca una iniciativa como estas I Jornadas sobre Nacionalidad y Extranjería, que nace en el seno del Aula Universitaria del Estrecho, y que se caracteriza por afrontar desde una perspectiva universitaria y formativa la regulación jurídica española sobre inmigración, para estudiantes y futuros profesionales marroquíes.

Hay que destacar la alta participación tanto de profesores como alumnos contribuyendo a un intercambio de experiencias enriquecedoras que van mas allá de la adquisición de conocimientos, teniendo una elevada aceptación, y creando lazos que esperemos tengan fruto en futuros trabajos y colaboraciones hispano-marroquíes.

El Aula Universitaria del Estrecho como instrumento de cooperación universitaria no podía permanecer ajena a la edición de esta obra fruto del diálogo y la reflexión, aportando su ya prolongada experiencia en el desarrollo de actividades de educación superior con Marruecos.

Francisco José Trujillo Espinosa
Director del Aula Universitaria del Estrecho

PRÓLOGO

Un millón de trabajadores españoles emigraron entre 1960 y 1970 a través de conductos legales a Francia, Alemania, Suiza, Bélgica y Holanda, pero los que salieron extraoficialmente probablemente superaron esa cifra. Todos ellos serían protagonistas del milagro español, financiando con sus envíos de divisas el desarrollo industrial y permitiendo la estabilidad presupuestaria. Qué bien encaja aquí la frase de W. Churchill de que *nunca tantos, debieron tanto a tan pocos.*

Cuarenta años después, España ha pasado de ser exportadora a ser importadora de mano de obra. De nuestra memoria colectiva se ha borrado cualquier recuerdo de esa España emigrante. Sin embargo una riada humana de desesperanza se empeña en recordarnos que la necesidad no conoce fronteras.

Justo cuando escribo estas líneas, miles de subsaharianos toman al asalto la frontera hispano-marroquí de Melilla, y los que lo consiguen, extenuados, catárticos emprenden una carrera en la que les va la vida, para conseguir llegar, inefable paradoja, a la Comisaría más próxima con la esperanza de recibir una notificación de expulsión del territorio español, este hecho en apariencia incomprensible marca, en muchos casos, la diferencia entre quedarse o ser devuelto, un papel, un documento, que les otorgará cuarenta días para desaparecer.

A quienes en estas Jornadas abordamos el fenómeno de la inmigración desde una perspectiva estrictamente jurídica, creo que nos une, al menos, un estado de ánimo; el de la perplejidad, y una convicción; la de que esto excede con mucho de lo estrictamente jurídico.

Durante nuestra estancia en Tánger hemos escuchado a unos alumnos que nos han hecho sentir envidia por su entusiasmo y su implicación en la realidad social de su país. Ellos nos han transmitido la humillación que sienten por la opinión que nuestros medios de comunicación transmiten del emigrante marroquí, también nos han contado que Marruecos soporta una población subsahariana ilegal no menor al medio millón de personas, ¿se imaginan la magnitud del problema?

A todos ellos quiero agradecerles su participación, su interés y su sinceridad. Espero que esta publicación responda a la idea que motivó estas Jornadas; explicar con rigor la normativa española sobre la materia, que se percibe en Marruecos plagada de mitos y desinformación.

Rodrigo Sánchez Ger.
Coordinador de las Jornadas.

AGRADECIMIENTOS

Este libro es fruto del trabajo realizado durante las “I Jornadas sobre Nacionalidad y Extranjería” organizadas por el Aula del Estrecho de la Universidad de Cádiz y por la Universidad Abdelmalek Essaâdi de Tetuán con financiación del proyecto Ma´arifa de la Iniciativa Comunitaria Interreg III A España-Marruecos, celebrado en Tánger en noviembre de 2005. A mis compañeros del área de Derecho Civil, a Jamal Benamar coordinador marroquí de dichas Jornadas y al resto de los ponentes quiero agradecerles su generosidad al aceptar mi propuesta de participación y su interés por las mismas, concretado en el excelente nivel de las aportaciones realizadas.

La buena acogida que el proyecto de esta publicación tuvo por parte de Miguel Expósito, y de Jesús Gómez del Aula Universitaria del Estrecho. Así como la labor desinteresada de los expertos informáticos Manuel Fernández Álvarez y Fran Jiménez Cintado la han hecho posible.

A todos, mi sincero agradecimiento.

INDICE

RÉGIMEN de ENTRADA y
RESIDENCIA de los EXTRANJEROS en ESPAÑA……7
Rodrigo Sánchez Ger. Profesor Titular de Derecho Civil Universidad de Cádiz.

DERECHOS de los EXTRANJEROS en ESPAÑA……31
Julio V. Gavidia Sánchez. Catedrático de Derecho civil. Universidad de Cádiz

Una APROXIMACIÓN a los DERECHOS LABORALES de los EXTRANJEROS en ESPAÑA……69
Antonio Álvarez del Cuvillo. Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Carlos III de Madrid

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE la SITUACIÓN JURÍDICA de los MENORES INMIGRANTES en ESPAÑA……92
Mª Paz Sánchez González. Catedrática de Derecho Civil**.** Universidad de Cádiz

ESTATUTO JURIDICO del RESIDENTE NO REGULARIZADO……..117
Antonio Marín Fernández. Magistrado. Audiencia Provincial de Cádiz

La ADQUISICIÓN de la NACIONALIDAD ESPAÑOLA……157
Mª Dolores Cervilla Garzón. Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Cádiz.

Las POLÍTICAS EUROPEAS de INTEGRACIÓN de los INMIGRANTES……..172
Jamal Benamar. Profesor de la Universidad Malek Essadi. Tánger.

ABREVIATURAS

Art.; artículo.
BOE: Boletín Oficial del Estado.
CC; Código Civil.
CCOM; Código de Comercio.
CE; Constitución Española.
CEDH; Convención Europea de Derechos Humanos.
D; Directiva.
DGRN: Dirección General de los Registros y el Notariado.
DOUE; Diario Oficial de la Unión Europea.
DUDH; Declaración Universal de los Derechos del Hombre.
ET; Estatuto de los Trabajadores.
LGSS; Ley General de la Seguridad Social.
LO; Ley Orgánica.
LOEx; Ley Orgánica de Extranjería.
LGCU; Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios
LOM; Ley Orgánica del Menor.
LRC; Ley del Registro Civil.
OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
OIT; Organización Internacional del Trabajo.
ONU; Organización de las Naciones Unidas.
PIDCyP; Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Civiles y Políticos
PIDESyC; Pacto Internacional de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
R; Reglamento Comunitario
RDGRN: Resolución de la Dirección General de los Registros y el Notariado.
RLOEx: Reglamento de Extranjería.
RD; Real Decreto.
RRC; Reglamento del Registro Civil.
SAP. Sentencia de Audiencia Provincial.
SNE; Situación Nacional de Empleo.
STC; Sentencia del tribunal Constitucional.
STS; Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ; Sentencia del Tribunal Superior de Justicia.
TC; Tribunal Constitucional.
TCE; Tratado de la Comunidad Europea.
TEDH; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TJCE; Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.
TS: Tribunal Supremo.
UE; Unión Europea.

RÉGIMEN de ENTRADA y RESIDENCIA de los EXTRANJEROS en ESPAÑA.

Rodrigo Sánchez Ger
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

INTRODUCCIÓN.

La historia de la humanidad es, en buena medida, la historia de los movimientos humanos. El fenómeno migratorio es endémico, si bien varían la intensidad de los flujos y sus trayectorias. De tal suerte que no es insólito que un país de emigración se convierta en apenas unas décadas, en receptor neto de inmigración. Singularmente, así ha sucedido en el nuestro, que ha pasado de albergar una reducida población extranjera a superar los tres millones de habitantes provenientes de otras naciones. La celeridad e intensidad de esta metamorfosis demográfica explican el impacto social que ha ocasionado

En la tercera de sus treinta y tres acotaciones dedicadas al fenómeno de la emigración, Hans M. Enzensberger apunta que "en cualquier época, y por las razones más diversas, una parte importante de la humanidad siempre ha estado en movimiento: de forma pacífica o forzada, en simple migración o huyendo; ha generado una circulación humana que necesariamente tenía que dar lugar a continuas turbulencias"

1. LA POBLACION EXTRANJERA EN ESPAÑA.

La inmigración se ha convertido en un fenómeno social de primer orden como consecuencia del espectacular incremento de la población extranjera residente en España que ha tenido lugar en la última década del siglo pasado. Hasta el punto de que la misma, siempre por referencia a los residentes extranjeros en situación administrativa regular, se ha multiplicado por quince.

La magnitud de este crecimiento ha de situarse en un contexto internacional en el que la población emigrante mundial se ha duplicado en apenas una generación hasta alcanzar los 175 millones de personas en 2002. En el caso español, este fenómeno ha convertido un país de emigración, como ha sido históricamente el nuestro, en uno receptor neto de inmigración.

Dicha transformación se ha dejado sentir también en nuestro ordenamiento jurídico, si bien es obligado reconocer que la normativa española no ha logrado aun desembarazarse de algunas rémoras históricas que lastran su desarrollo.

1.1. LAS CIFRAS IMPOSIBLES.

Uno de los primeros problemas con los que nos enfrentamos al estudiar la situación actual de la inmigración en España es el relativo al conocimiento de su magnitud. Dadas las características del fenómeno, sólo podemos saber a ciencia cierta el numero actual de extranjeros que poseen tarjeta o autorización de residencia, que según los datos de la Delegación del Gobierno para la Extranjería alcanzaba el 31 de marzo de 2005, la cifra de 2.054.453 personas, pero como quiera que dicho organismo solo refleja el número de extranjeros con tarjeta o autorización de residencia, es preciso contrastar estos datos con los que ofrece el Instituto Nacional de Estadística, organismo que agrega los datos de los diferentes padrones municipales de habitantes, con lo que la cifra a 31 de diciembre de 2003 se sitúa en 3.034.326 personas.

La razón de esta discrepancia de cifras hay que buscarla en la L.O 4/2000, de 11 de enero que reconoce determinados derechos prestacionales -en particular, la sanidad- a quienes estén empadronados, con independencia de cualesquiera otras circunstancias personales.

Estas diferencias son bien ilustrativas sobre las dificultades existentes para calcular con precisión el número total de extranjeros que residen en España. En particular parece casi imposible avanzar la cifra exacta de extranjeros en situación irregular. Muy posiblemente este desfase entre las cifras oficiales y las reales aumente a tenor de la introducción por la L.O 14/2003, de 20 de noviembre de una disposición adicional en la Ley de Bases de Régimen Local en cuya virtud se autoriza a la Dirección General de la Policía a acceder a los datos de inscripción patronal de los extranjeros existentes en los padrones municipales, pues no es arriesgado aventurar la hipótesis de que dicha autorización tendrá un importante efecto disuasorio para los extranjeros que se hallen en España en situación irregular, pues la posibilidad de que los datos del padrón sean utilizados para su expulsión del territorio nacional, los hará aun más invisibles a los ojos de la sociedad.

1.2. CIUDADANO, EXTRANJERO Y EMIGRANTE.

Estos tres conceptos tienen un carácter eminentemente relacional, de manera que las nociones de extranjero y emigrante sólo pueden entenderse como negativos de la noción de ciudadano. Ahora bien, es una especie dentro del género de la extranjería, cuya singularidad radica en el hecho de que la legitimación de su permanencia en el territorio nacional deriva de su condición de fuerza de trabajo.

De estas tres nociones podemos extraer una primera deducción, como es que la extranjería no es en nuestro ordenamiento jurídico una regulación uniforme a la que se sujetan todos aquellos que no poseen la nacionalidad española, sino más bien el mosaico resultante de diversos regímenes

Así, en primer lugar, debe hacerse mención de los ciudadanos de la Unión Europea cuyo régimen jurídico se aproxima considerablemente al de los ciudadanos españoles. Concretamente son los únicos que tiene reconocido el derecho a circular y residir libremente en el territorio de los diversos estados miembros.

Un segundo grupo está constituido por aquellos extranjeros que tengan reconocida la condición de refugiados. Su régimen jurídico resulta de la conjunción de la Ley 5/1984, de 26 de marzo reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiados y de varios textos del Derecho Internacional General. La concesión de asilo lleva aparejada no solo el derecho de no devolución, sino también la autorización de residencia.

Como tercer grupo tradicionalmente excluido de la aplicación de la normativa general sobre extranjería ha de mencionarse a los funcionarios y representantes internacionales, a ellos los excluye expresamente el Art. 2 LOEx

El último grupo, el más numeroso, es el integrado por aquellos cuyo estatuto ordinario se recoge en la LOEx; también en este grupo existen diferentes subgrupos, básicamente en función de la regularidad administrativa de su situación en España y de su mayor o menor dificultad para su acceso a la nacionalidad española.

En conclusión, puede afirmarse que en tanto los tres grupos minoritarios gozan de un régimen jurídico tendencialmente similar al de los ciudadanos españoles, los miembros del último grupo están sujetos a un estatuto definido justamente, por oposición al de los ciudadanos españoles , este régimen es el que recoge la normativa actual sobre extranjería concretada en la Ley Orgánica

14/2003 sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social y en su Reglamento de ejecución, aprobado por Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre.

Así pues, se considera extranjero, a los efectos de la aplicación de la Ley Orgánica que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social**,** a aquél que carezca de la nacionalidad española, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que España sea parte.

2. ENTRADA EN ESPAÑA.

El extranjero que pretenda entrar en España deberá hallarse provisto, para acreditar su identidad, de uno de los siguientes documentos:

- Pasaporte válidamente expedido y en vigor. Los menores de dieciséis años podrán figurar incluidos en el pasaporte de su padre, madre o tutor, cuando tengan la misma nacionalidad del titular del pasaporte.
- Título de viaje, válidamente expedido y en vigor.
- Documento nacional de identidad**,** cédula de identificación o cualquier otro documento que acredite su identidad y que se considere válido para la entrada en territorio español, en virtud de compromisos internacionales asumidos por España.

Estos documentos deberán estar expedidos por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia de sus titulares y contener, en todo caso, datos suficientes para la determinación de la identidad y nacionalidad de los titulares.

Asimismo, el extranjero que se encuentre en territorio español tiene el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia.

2.1. REQUISITOS DE ENTRADA Y JUSTIFICACION.

El extranjero que pretenda entrar en España deberá hacerlo por los puestos habilitados al efecto. Asimismo, deberá presentar los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, y acreditar medios de vida suficientes para el tiempo que pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios, y salvo en los casos en que se establezca lo contrario en los convenios internacionales suscritos por España o en la normativa de la Unión Europea, será preciso, además, un visado. Si bien esto no será de aplicación a los extranjeros que

soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica.

Asimismo, se podrá autorizar la entrada en España de los extranjeros que no reúnan los requisitos establecidos en los párrafos anteriores cuando existan razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España.

Los extranjeros deberán, si así se les requiere, especificar el motivo de su solicitud de entrada para estancia en España. Sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba o comprobación que puedan realizar los funcionarios responsables del control para justificar la verosimilitud de los motivos de entrada invocados, podrá exigirse, en concreto, uno o varios de los documentos siguientes:

a) *Para los viajes de carácter profesional:*

- La invitación de una empresa o de una autoridad para participar en reuniones de carácter comercial, industrial o vinculadas al servicio.
- Documentos de los que se desprenda que existen relaciones comerciales o vinculadas al servicio.
- Tarjetas de acceso a ferias y congresos.

b) *Para viajes realizados en el marco de estudios, o con fines de formación o investigación*:

- Documento de preinscripción o admisión de un centro de enseñanza público o privado legalmente reconocido para participar en cursos.
- Carné de estudiante o certificados relativos a los cursos seguidos.

c) *Para los viajes de carácter turístico o privado*:

- Documento justificativo del establecimiento de hospedaje.
- Confirmación de la reserva de un viaje organizado.
- Billete de vuelta o de circuito turístico.
- Invitación de un particular.

d) *Para los viajes por otros motivos*:

- Invitaciones, reservas o programas.
- Certificados de participación en eventos relacionados con el viaje, tarjetas de entrada o recibos.

2.1.1 Medios económicos

Los funcionarios responsables de efectuar los controles de entrada de personas podrán exigir a los extranjeros que se disponen a entrar en el territorio español, que acrediten la tenencia de recursos económicos o medios de vida suficientes para su sostenimiento durante el periodo de permanencia en España, así como para el traslado a otro país o el retorno al país de procedencia.

La disponibilidad por los extranjeros de los recursos económicos deberá acreditarse mediante exhibición de los mismos, en el caso de que los posean en efectivo, o por la presentación de cheques certificados, cheques de viaje, cartas de pago, tarjetas de crédito o certificación bancaria, o mediante documentación de la que resulte que se encuentran en condiciones de obtener legalmente dichos medios.

Los funcionarios responsables del control de entrada podrán permitir la entrada, reduciendo el tiempo de estancia en proporción a la cuantía de los recursos de que se disponga, advirtiendo, en su caso, al interesado, mediante diligencia en el pasaporte o documento análogo, de la fecha límite para abandonar el territorio español.

Los extranjeros deberán acreditar que disponen de los recursos que, con carácter de mínimos, se indican a continuación:

a) Para su sostenimiento, durante la estancia en España, los recursos económicos o medios de vida en la cantidad determinada mediante Orden del Ministerio de la Presidencia, teniendo en cuenta el número de días que pretendan permanecer en España y el número de personas que viajen juntas, pudiendo revisarse anualmente, en caso necesario, la cuantía de dichos recursos.

b) Para regresar al país de procedencia o para trasladarse en tránsito a terceros países, el billete o billetes de viaje nominativos, intransferibles y cerrados, en el medio de transporte que pretendan utilizar.

2.1.2. Requisitos Sanitarios

Cuando así lo determine el Ministerio del Interior, de acuerdo con los Ministerios de Sanidad y Consumo y de Trabajo y Asuntos Sociales, todas aquellas personas que pretendan entrar en territorio español deberán presentar en los puestos fronterizos certificado sanitario expedido en el país de procedencia por los servicios médicos que designe la Misión Diplomática u Oficina Consular española, o someterse a su llegada ,a reconocimiento médico por parte de los servicios

sanitarios españoles competentes , con el fin de acreditar que no padecen ninguna de las enfermedades cuarentenables contempladas en el Reglamento Sanitario Internacional.

2.2. PROHIBICIONES DE ENTRADA.

Se considerará prohibida la entrada de los extranjeros, y se les impedirá el acceso al territorio español, aunque reúnan los requisitos anteriormente indicados, cuando:

- Hayan sido previamente expulsados de España y se encuentren dentro del plazo de prohibición de entrada que se hubiera determinado en la resolución de expulsión.

- Hayan sido objeto de una medida de devolución y se encuentren dentro del plazo de prohibición de entrada que se hubiera determinado en el correspondiente acuerdo de devolución.

- Se tenga conocimiento, por conductos diplomáticos, a través de Interpol o por cualquier otra vía de que se encuentran reclamados, en relación con causas criminales derivadas de delitos comunes graves, por las autoridades judiciales o policiales de otros países, siempre que los hechos por los que figuran reclamados constituyan delito en España.

- Hayan sido objeto de prohibición expresa de entrada, en virtud de resolución del Ministro del Interior, por sus actividades contrarias a los intereses españoles o a los derechos humanos o por sus notorias conexiones con organizaciones delictivas, nacionales o internacionales.

- Tengan prohibida la entrada en virtud de convenios internacionales en los que España sea parte, salvo que se considere necesario establecer una excepción por motivos humanitarios o de interés nacional.

2.3. DENEGACIÓN DE ENTRADA

Los extranjeros que no reúnan los requisitos de entrada, les será denegada, por los funcionarios responsables del control, la entrada en el territorio español mediante resolución motivada y notificada, con información acerca de los recursos que puedan interponerse contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante la quien deban formalizarse, y de su derecho a la asistencia letrada, que comenzará en el momento en que se dicte el acuerdo de iniciación de expediente que pueda llevar a la denegación de entrada.

El extranjero al que le sea denegada la entrada en el territorio nacional deberá permanecer en las instalaciones destinadas al efecto en el puesto fronterizo hasta que, con la mayor brevedad posible, regrese al lugar de procedencia o continúe viaje hacia otro país donde sea admitido.

Si se negara la entrada en el territorio español a un extranjero por deficiencias en la documentación necesaria para el cruce de fronteras, el transportista que lo hubiere traído a la frontera por vía aérea, marítima o terrestre estará obligado a hacerse cargo de él inmediatamente. A petición de las autoridades encargadas del control de entrada, deberá llevar al extranjero al tercer Estado a partir del cual le hubiere transportado, al Estado que hubiere expedido el documento de viaje con el que hubiere viajado, o a cualquier otro tercer Estado donde se garantice su admisión.

Cuando embarquen viajeros fuera del territorio de los países en los que esté en vigor el Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985, la persona o personas que al efecto designe la empresa de transportes deberán requerir a todos los extranjeros para que presenten sus pasaportes, títulos de viaje o documentos de identidad pertinentes, a efectos de comprobar su titularidad y si aparentemente cumplen los requisitos necesarios. Cuando se constate que un extranjero no dispone de la documentación necesaria, no deberá ser admitido a bordo del vehículo; en el caso de que el extranjero con documentación aparentemente deficiente decidiese embarcar o no abandonar el vehículo, el conductor o el acompañante al llegar a la frontera exterior deberán comunicar a los agentes encargados del control las deficiencias detectadas a fin de que adopten la decisión que resulte procedente.

2.4. SALIDAS VOLUNTARIAS Y PROHIBICIONES DE SALIDA

Todas las salidas voluntarias del territorio nacional deberán realizarse, cualquiera que sea la frontera que se utilice a tal fin, por los puestos habilitados y previa exhibición del pasaporte, título de viaje o documento válido para la entrada en el país.

También podrán realizarse las salidas, con documentación defectuosa o incluso sin ella, si no existiese prohibición ni impedimento alguno, a juicio de los servicios policiales de control.

Los extranjeros en tránsito que hayan entrado en España con pasaporte o con cualquier otro documento al que se atribuyan análogos efectos, habrán de abandonar el territorio español con tal documentación, debiendo hacerlo dentro del plazo previsto en la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establecido por los Acuerdos Internacionales o en el plazo de validez de la estancia fijada en el visado.

Los que se encuentren en situación de estancia o de prórroga de estancia habrán de salir del territorio español dentro del tiempo de vigencia de dicha situación. Su entrada y permanencia posteriores en España habrán de someterse a los trámites establecidos.

Quienes disfruten de autorización de residencia pueden salir y volver a entrar en territorio español cuantas veces lo precisen, mientras el permiso y el pasaporte o documento análogo se encuentren en vigor.

No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, podrá expedirse al extranjero cuya autorización de estancia o residencia hubiera perdido vigencia, una autorización de regreso que le permita la salida de España y posterior retorno al territorio nacional dentro de un plazo no superior a noventa días, siempre que se acredite que el solicitante ha iniciado los trámites de renovación del título que le habilita para permanecer en España, dentro del plazo legal fijado al efecto. La autorización de regreso, cuando el viaje responda a una situación de necesidad, tendrá un tratamiento preferente. .

2.4.1. Prohibiciones

El Ministro del Interior podrá acordar la prohibición de salida de extranjeros del territorio nacional, en los casos siguientes:

- Extranjeros incursos en un procedimiento judicial, por la comisión de delitos en España.

- Extranjeros condenados por la comisión de delitos en España a pena de privación de libertad.

- Extranjeros detenidos para extradición.

- Los supuestos de padecimiento de enfermedad contagiosa que impongan la inmovilización o el internamiento obligatorio en establecimiento adecuado.

Las prohibiciones de salida se adoptarán con carácter individual por el Ministro del Interior, a iniciativa propia, a propuesta de las autoridades gubernativas o sanitarias, o a instancia de los ciudadanos españoles y de los extranjeros residentes legales en España que pudieran resultar perjudicados, en sus derechos y libertades, por la salida de los extranjeros del territorio español.

3. ESTANCIA

- Estancia es la permanencia en territorio español por un período de tiempo no superior a 90 días, sin perjuicio de lo dispuesto para los estudiantes.

Transcurrido dicho tiempo, para permanecer en España será preciso obtener o una prórroga de estancia o una autorización de residencia.

- En los supuestos de entrada con visado, cuando la duración de éste sea inferior a tres meses se podrá prorrogar la estancia que figura en el visado, que en ningún caso podrá ser superior a la estancia máxima señalada en el apartado anterior.
- En los supuestos de entrada sin visado, cuando concurran circunstancias de carácter humanitario, familiar, de atención sanitaria, de interés público, u otra circunstancia excepcional que lo justifique, podrá autorizarse la estancia de un extranjero en el territorio español por tres meses.
- Con respecto a los estudiantes, el visado de estudios habilita al extranjero a permanecer en España mientras dure el curso en el que esté matriculado o el trabajo de investigación que desarrolle.

3.1. PRÓRROGA DE ESTANCIA

- El extranjero que haya entrado en España para fines que no sean de trabajo o residencia, salvo en los casos de que sea titular de un visado para búsqueda de empleo, y desee prorrogar su estancia en España más allá de los 90 días indicados deberá solicitar una prórroga de estancia o una autorización de residencia.
- 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.
- La prórroga de estancia se hará constar en el pasaporte y amparará a su titular y a los familiares que, en su caso, figuren en dichos documentos y se encuentren en España.
- Las resoluciones denegatorias sobre la prórroga de estancia habrán de ser motivadas y deberán notificarse formalmente al interesado, con las garantías de recurso previstas legalmente, y dispondrán su salida del mismo del territorio nacional, que deberá realizarse antes de que finalice el período de estancia inicial o, de haber transcurrido éste, en el plazo máximo de setenta y dos horas.

La extinción de la vigencia de la prórroga de estancia se producirá por las siguientes causas:

- Por el transcurso del plazo para el que hubiera sido concedida.

- Por hallarse el extranjero incurso en alguna de las causas de prohibición de entrada.

3.2. DOCUMENTACION.

Todos los extranjeros que cuenten con una autorización o tarjeta para permanecer en España serán dotados de un único documento, la tarjeta de Extranjero en la que constará el tipo de autorización que se les haya concedido.

La Tarjeta de Extranjero es el documento único y exclusivo destinado a dotar de documentación a los extranjeros en situación de permanencia legal en España.

La Tarjeta de Extranjero es personal e intransferible, correspondiendo a su titular la custodia y conservación del. No obstante, los hijos o representados menores de edad no emancipados o incapacitados podrán figurar en la Tarjeta correspondiente al padre, madre o representante legal, si así se solicita por éstos, sin perjuicio de que aquéllos puedan ser titulares de un documento independiente.

La Tarjeta de Extranjero se expedirá únicamente a los extranjeros en situación legal en España por tiempo superior a tres meses, conforme al régimen general de extranjería, al comunitario o al de asilo.

Los titulares de la Tarjeta de Extranjero, están obligados a llevar consigo dicho documento, así como a exhibirlo cuando fueran requeridos por la Autoridad o sus agentes sin perjuicio de acreditar su identidad a través de su pasaporte o documento análogo en vigor.

La Tarjeta de Extranjero tendrá idéntico período de vigencia que la autorización o el reconocimiento del derecho que justifique su expedición, perdiendo su validez cuando se produzca la de la citada autorización, por cualesquiera de las causas reglamentariamente establecidas en su régimen de aplicación o, en su caso, la pérdida del derecho para permanecer en territorio español.

Las modificaciones que impliquen alteración del régimen de permanencia legal en España del titular de la Tarjeta de Extranjero así como de su situación laboral, determinarán la expedición de nueva Tarjeta adaptada al cambio o alteración producido, con la vigencia que determine la resolución que concede dichas notificaciones.

Corresponde a la Dirección General de la Policía, a través de sus servicios correspondientes en las Comisarías de Policía u Oficinas de Extranjeros, en que se hubiese tramitado el expediente administrativo, la expedición y entrega de la Tarjeta de Extranjero. Para el caso de la expedición de la Tarjeta de Extranjero correspondiente a la concesión de asilo, de los extranjeros domiciliados en Madrid,

las competencias anteriores serán asumidas por los servicios policiales en la Oficina de Asilo y Refugio de esa ciudad.

4. RESIDENCIA.

Se considera residentes a los extranjeros que se encuentren en España y sean titulares de una autorización para residir, que podrá ser temporal o permanente. La residencia es por tanto, junto con la estancia la otra situación en la que un extranjero puede encontrase en España. La diferencia entre ambas, radica en:

- El tiempo; puesto que la residencia supone una permanencia temporal mayor que la estancia.

- Los derechos; pues los residentes tienen la posibilidad de ejercer actividades laborales.

4.1. RESIDENCIA TEMPORAL

Se halla en la situación de residencia temporal el extranjero que se encuentre autorizado a permanecer en España, por un período superior a noventa días e inferior a cinco años. Para ello, el extranjero que desee residir temporalmente en España sin realizar actividades laborales, deberá solicitar el correspondiente visado.

Durante la sustanciación del trámite del visado, la oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, para comprobar su identidad, la validez de la documentación aportada y la veracidad del motivo de solicitud del visado.

Presentada en forma la solicitud de visado, la oficina consular, dará traslado de la solicitud, al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación y a la Delegación o Subdelegación del Gobierno en cuya demarcación solicite la residencia el extranjero para que resuelva lo que proceda sobre la autorización de residencia. Ésta en el plazo máximo de un mes desde la recepción de la solicitud, resolverá la concesión o denegación de la autorización de residencia de forma motivada. Una vez recogido el visado, el solicitante deberá entrar en el territorio español, en el plazo de vigencia del visado, que en ningún caso será superior a tres meses, y, una vez efectuada la entrada, deberá solicitar la tarjeta de identidad de extranjero.

El visado de residencia que se expida incorporará la autorización inicial de residencia, que tendrá la duración de un año.

El extranjero que desee renovar su autorización de residencia temporal deberá solicitarla durante los sesenta días naturales previos a la fecha de expiración de la vigencia de su autorización.

La autorización de residencia temporal renovada tendrá una vigencia de dos años, salvo que corresponda obtener una autorización de residencia permanente. En el supuesto de que la administración no resuelva expresamente en el plazo de tres meses desde la presentación de la solicitud, se entenderá que la resolución es favorable.

4.1.1. Residencia temporal en virtud de reagrupación familiar

Se halla en situación de residencia temporal, por razón de reagrupación familiar, el extranjero que haya sido autorizado a permanecer en España en virtud del derecho a la reagrupación familiar ejercido por un extranjero residente que haya residido legalmente en España durante un año y haya obtenido autorización para residir por, al menos, otro año.

El extranjero podrá reagrupar con él en España a los siguientes familiares:

- Su cónyuge, sólo uno,

- Sus hijos o los de su cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de dieciocho años o estén incapacitados, de conformidad con la ley española o su ley personal, y no se encuentren casados.

- Los menores de dieciocho años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal.

- Sus ascendientes o los de su cónyuge, cuando estén a su cargo y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Se entenderá que los familiares están a cargo del reagrupante cuando acredite que, al menos durante el último año de su residencia en España, ha transferido fondos o soportado gastos de su familiar en una proporción que permita inferir una dependencia económica efectiva.

Los extranjeros que hubieran adquirido la residencia temporal en virtud de una previa reagrupación familiar podrán, a su vez, ejercer el derecho de reagrupación respecto de sus propios familiares, siempre que cuenten con una autorización de residencia y trabajo obtenidos independientemente de la autorización del reagrupante y reúnan los requisitos establecidos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar.

El cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia temporal, independiente de la del reagrupante, cuando obtenga la correspondiente autorización para trabajar. En todo caso, el cónyuge reagrupado que no se encuentre separado, podrá solicitar una autorización de residencia independiente cuando haya residido en España durante cinco años.

Asimismo, el cónyuge reagrupado podrá obtener una autorización de residencia temporal independiente cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- Cuando se rompa el vínculo conyugal que dio origen a la situación de residencia, por separación de derecho o divorcio, siempre y cuando acredite la convivencia en España con el cónyuge reagrupante durante al menos dos años.

- Cuando fuera víctima de violencia de género, una vez dictada a su favor una orden judicial de protección.

- Por causa de muerte del reagrupante.

Los hijos y menores sobre los que el reagrupante ostente la representación legal, obtendrán una autorización de residencia temporal independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar, o bien cuando hayan alcanzado la mayoría de edad y residido en España durante cinco años.

El extranjero que desee ejercer el derecho de reagrupación familiar deberá solicitar, personalmente ante el órgano competente para su tramitación, una autorización de residencia temporal a favor de los miembros de su familia que desee reagrupar. La solicitud de reagrupación familiar se podrá presentar por parte del extranjero que tenga autorización para residir en España durante un año y haya solicitado la autorización para residir por, al menos, otro año.

En el plazo de dos meses desde la notificación al reagrupante de la concesión de la autorización, el familiar que vaya a ser reagrupado deberá solicitar personalmente el visado en la oficina consular en cuya demarcación resida.

Durante la sustanciación del trámite del visado, la misión diplomática u oficina consular podrá requerir la comparecencia del solicitante y, cuando se estime necesario, mantener una entrevista personal, para comprobar su identidad, el vínculo familiar alegado, en su caso, la dependencia legal o económica y la validez de la documentación aportada. Si los representantes de la Administración llegaran al convencimiento de que existen indicios suficientes para dudar de la identidad de las personas, de la validez de los documentos, o de la veracidad de

los motivos alegados para solicitar el visado, se denegará su concesión de forma motivada.

La renovación de las autorizaciones de residencia por reagrupación deberán solicitarse en el plazo de 60 días antes de su expiración.

A la solicitud de renovación deberán acompañarse los documentos que acrediten la disposición de empleo y/o recursos económicos suficientes para atender las necesidades de la familia, así como la cobertura de la asistencia sanitaria.

4.1.2. Residencia temporal por circunstancias excepcionales.

De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos determinados en este artículo, siempre que no haya mala fe del solicitante.

Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes supuestos:

a) Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año.

b) A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año, y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual.

c) Cuando se trate de hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

Se podrá conceder una autorización por razones humanitarias, en los siguientes supuestos:

a) A los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 314 del Código Penal (delitos contra los derechos de los trabajadores)

b) A los extranjeros que acrediten sufrir una enfermedad sobrevenida de carácter grave que requiera asistencia sanitaria especializada, de imposible acceso

en su país de origen, y que el hecho de ser interrumpida o de no recibirla suponga un grave riesgo para la salud o la vida.

c) A los extranjeros que acrediten que su traslado al país del que son originarios, a efectos de solicitar el visado que corresponda, implica un peligro para su seguridad o la de su familia, y que reúnen los demás requisitos para obtener una autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo.

d) A las personas que colaboren con las autoridades administrativas, policiales o judiciales, o cuando concurran razones de interés público o seguridad nacional que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.

Dado su carácter excepcional, las autorizaciones concedidas tendrán una vigencia de un año. Esta autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, que no requerirá visado, deberá ser solicitada personalmente por el extranjero.

4.1.3. Residencia temporal y trabajo.

Se halla en situación de residencia temporal, con autorización para trabajar, el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España por un período superior a 90 días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena.

4.1.3.1 Residencia temporal y trabajo por cuenta ajena

La autorización inicial de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena habilitará a los extranjeros que residen fuera de España y que hayan obtenido el correspondiente visado a iniciar una relación laboral por cuenta ajena.

La autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena tendrá una duración de un año y podrá limitarse a un ámbito geográfico y sector de actividad determinado conforme a las instrucciones o directrices determinadas por la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

En los supuestos previstos en este Reglamento, los extranjeros residentes o los que se hallan en situación de estancia por estudios podrán acceder a la correspondiente autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena, sin que sea exigible el visado. En el caso de los que hayan sido residentes, la duración de la autorización estará en función del tiempo que hayan residido previamente en España.

4.1.3.2 Residencia temporal y trabajo por cuenta propia

Son requisitos para la concesión de la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia:

- Cumplir los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales para la apertura y funcionamiento de la actividad proyectada.

- Poseer la cualificación profesional exigible o experiencia acreditada suficiente en el ejercicio de la actividad profesional, así como la titulación necesaria para las profesiones cuyo ejercicio exija homologación específica y, en su caso, la colegiación cuando así se requiera.

- Acreditar que la inversión prevista para la implantación del proyecto sea suficiente.

- La previsión de que el ejercicio de la actividad producirá desde el primer año recursos económicos suficientes al menos para la manutención y alojamiento del interesado, una vez deducidos los necesarios para el mantenimiento de la actividad.

- Carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español.

- No hallarse irregularmente en España.

El trabajador extranjero no residente que pretenda trabajar por cuenta propia en España deberá presentar la solicitud de autorización de residencia y trabajo por cuenta propia ante la oficina consular española correspondiente a su lugar de residencia. Presentada en forma la oficina consular dará traslado de ella, acompañada de la documentación correspondiente, al órgano competente en cuya demarcación solicite la residencia el extranjero.

A partir de la entrada legal en España del trabajador por cuenta propia, podrá comenzar su actividad y producirse su afiliación, alta y posterior cotización en los términos establecidos por la normativa de Seguridad Social que resulte de aplicación.

La autorización de residencia y trabajo por cuenta propia podrá ser renovada a su expiración cuando se acredite tanto la continuidad en la actividad que dio lugar a la autorización que se renueva como el cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social.

4.2. RESIDENCIA PERMANENTE.

Se halla en situación de residencia permanente el extranjero que haya sido autorizado a residir en España indefinidamente y a trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.

4.2.1. Supuestos.

Tendrán derecho a obtener una autorización de residencia permanente los extranjeros que acrediten haber residido legalmente y de forma continuada en el territorio español durante cinco años, dicha continuidad no quedará afectada por ausencias del territorio español de hasta seis meses, siempre que la suma de éstas no supere el total de un año dentro de los cinco años exigidos.

La autorización de residencia permanente también se concederá a los extranjeros que acrediten que se encuentran en cualquiera de los siguientes supuestos:

- Residentes que sean beneficiarios de una pensión de jubilación.

- Residentes que sean beneficiarios de una pensión de incapacidad permanente, absoluta o de gran invalidez, obtenidas en España.

- Que hayan nacido en España y al llegar a la mayoría de edad acrediten haber residido en España de forma legal y continuada durante, al menos, los tres años consecutivos inmediatamente anteriores a la solicitud.

- Que hayan sido españoles de origen y hayan perdido la nacionalidad española.

- Que al llegar a la mayoría de edad hayan estado bajo la tutela de una entidad pública española durante los cinco años inmediatamente anteriores de forma consecutiva.

- Apátridas o refugiados que se encuentren en territorio español y a quienes se les haya reconocido el respectivo estatuto en España.

- Extranjeros que hayan contribuido de forma notoria al progreso económico, científico o cultural de España, o a la proyección de España en el exterior.

4.3. EXTINCIÓN DE LAS AUTORIZACIONES DE RESIDENCIA Y/O TRABAJO

4.3.1. Extinción de la autorización de residencia temporal.

La vigencia de las autorizaciones de residencia temporal se extinguirá sin necesidad de pronunciamiento administrativo:

- Por el transcurso del plazo para el que se hayan expedido.

- Por renuncia expresa o tácita de su titular: se entenderá que ha habido renuncia tácita cuando el interesado, tras haber sido requerido para comparecer en la oficina de para hacerle entrega de la tarjeta de identidad de extranjero, no se persone en ella en el plazo de tres meses desde que se practicó aquel requerimiento, salvo que el interesado acredite que la incomparecencia fue debida a una causa justificada.

- Por la inclusión en alguno de los supuestos de prohibición de entrada previstos en la normativa, bien por no haberse conocido dicha circunstancia en el momento de su entrada, bien por haberse producido durante su permanencia en España.

Asimismo la autorización de residencia temporal se extinguirá por resolución motivada de la autoridad competente, cuando se constate la concurrencia de alguna de las siguientes circunstancias:

- Cuando el extranjero deje de disponer de recursos económicos o medios de vida suficientes, de asistencia sanitaria garantizada o de vivienda adecuada, sin que pueda disponer de ellos en un plazo de tres meses contados a partir de la notificación en relación con tal circunstancia.

- Cuando el extranjero cambie o pierda su nacionalidad, sin perjuicio de que pueda adquirir otra autorización de residencia en atención a las nuevas circunstancias.

- Cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular para obtener dicha autorización de residencia.

- Por la permanencia fuera de España durante más de seis meses en un período de un año; esta circunstancia no será de aplicación a los titulares de una autorización de residencia que permanezcan en el territorio de otro Estado miembro de la Unión Europea para la realización de programas temporales de estudios promovidos por la propia Unión.

4.3.2. Extinción de la autorización de residencia permanente.

La vigencia de las autorizaciones de residencia permanente se extinguirá:

- Por resolución motivada del órgano competente para su concesión, cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular para obtener dicha autorización de residencia.

- Por resolución motivada del órgano competente, cuando se encuentre incluido en alguno de los supuestos de prohibición de entrada previstos en el Reglamento de Extranjería.

- Por la permanencia fuera de España durante más de 12 meses consecutivos o más de treinta meses en el cómputo global de los cinco años de residencia.

4.4. AUTORIZACIÓN PARA INVESTIGACIÓN Y ESTUDIOS

Los extranjeros que deseen realizar trabajos de investigación o formación no remunerados laboralmente, o cursar o ampliar estudios, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles públicos o privados oficialmente reconocidos, deberán disponer del correspondiente visado de estudios.

El visado de estudios habilita al extranjero a permanecer en España en situación de estancia para la realización de cursos, estudios, trabajos de investigación o formación, siendo la duración de dicha estancia igual a la del curso para el que esté matriculado o, en su caso, del trabajo de investigación que desarrolle. Será causa de la extinción de su vigencia el cese en la actividad para la que fue concedido.

Son requisitos para la obtención del visado de estudios:

- Cumplir todos los requisitos para la entrada establecidos en la normativa general.

- Haber sido admitido en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos, para cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente.

- Tener garantizados los medios económicos necesarios para sufragar el coste de sus estudios, así como los gastos de estancia y regreso a su país, sin perjuicio de su derecho al acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

Si la estancia por estudios tuviera una duración superior a seis meses, el extranjero deberá solicitar la correspondiente tarjeta de estudiante extranjero en el plazo de un mes desde la entrada efectiva en España.

La autorización de estancia por estudios podrá prorrogarse anualmente cuando el interesado acredite:

- Que sigue reuniendo los requisitos establecidos para la obtención del visado de estudios.

- Que ha superado las pruebas o requisitos pertinentes para la continuidad de sus estudios o, que la investigación desarrollada por el extranjero progresa adecuadamente.

Los extranjeros que hayan solicitado un visado de estudios podrán solicitar los correspondientes visados de estancia para que sus familiares entren y permanezcan legalmente en España durante la duración de dichos estudios o investigación, sin que se exija un período previo de estancia al estudiante o investigador extranjero, y podrán solicitarse dichos visados de manera simultánea con la solicitud del visado de estudios por el estudiante o investigador, o en cualquier momento posterior, durante el período de vigencia de la autorización de estancia por estudios. El término familiar se entenderá referido, a estos efectos, al cónyuge e hijos menores de dieciocho años o sometidos a su patria potestad o tutela.

4.4.1. Trabajo de estudiantes o investigadores.

Los extranjeros que dispongan del correspondiente visado de estudios podrán ser autorizados a realizar actividades lucrativas laborales, en instituciones públicas o entidades privadas, siempre que cumplan los requisitos exigidos con carácter general.

Dichas actividades deberán ser compatibles con la realización de los estudios, y los ingresos obtenidos no podrán tener el carácter de recurso necesario para su sustento o estancia.

No será preciso solicitar autorización para aquellas prácticas en entidades públicas o privadas que formen parte del plan de estudios para el que se otorgó el visado de estudios y se produzcan en el marco de los correspondientes convenios de colaboración entre dichas entidades y el centro docente de que se trate.

Los contratos deberán formalizarse por escrito y se ajustarán a la modalidad de contrato de trabajo a tiempo parcial. En el supuesto de ser a jornada

completa, su duración no podrá superar los tres meses ni coincidir con los períodos lectivos.

La autorización que se conceda no tendrá limitaciones geográficas, salvo que la actividad lucrativa coincida con períodos lectivos; en tal caso, se limitará al ámbito territorial de residencia de su titular.

Los familiares del estudiante o investigador no tendrán derecho a la autorización para la realización de actividades lucrativas laborales.

4.5. MODIFICACIÓN DE LAS SITUACIONES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

a) De la situación de estancia por estudios a la situación de residencia y trabajo.

Los extranjeros que se encuentren en España en situación de estancia por estudios podrán acceder a la situación de residencia y trabajo sin necesidad de solicitar visado cuando el empleador presente la solicitud de autorización para residir y trabajar y se cumplan los requisitos laborales exigidos en el artículo 50 del Reglamento de Extranjería, y se acredite, además, que el extranjero:

- Ha permanecido en España durante, al menos, tres años en la situación de estancia por estudios.

- Ha realizado los estudios o el trabajo de investigación con aprovechamiento.

- No ha sido becado o subvencionado por organismos públicos o privados dentro de programas de cooperación o de desarrollo del país de origen.

El estudiante o investigador que se acoja a esta posibilidad podrá igualmente solicitar una autorización de residencia a favor de los familiares en situación de estancia, siempre y cuando acredite suficiencia económica y disponibilidad de vivienda adecuada.

Excepcionalmente y previo informe favorable de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración podrá reducirse el plazo de tres años, cuando se trate de extranjeros cuya residencia en España se considere oportuna por razón de la relevancia excepcional de los méritos profesionales y científicos acreditados por aquéllos.

b) De la situación de residencia a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena.

Los extranjeros que se encuentren en España durante, al menos, un año en situación de residencia legal, podrán acceder a la situación de residencia y trabajo por cuenta ajena cuando el empleador presente la solicitud de autorización para residir y trabajar y se cumplan los requisitos laborales exigidos en el artículo 50. Excepcionalmente podrá acceder a la situación de residencia y trabajo, sin necesidad de que haya transcurrido el plazo de un año, el extranjero que acredite una necesidad por circunstancias sobrevenidas de trabajar para garantizar su subsistencia.

Los extranjeros en situación de residencia por haber sido reagrupados, así como el cónyuge que accede a una autorización de residencia temporal independiente podrán acceder a la autorización de residencia y trabajo sin necesidad de que se cumpla el plazo de residencia legal establecido.

c) De la situación de residencia por circunstancias excepcionales a la situación de residencia y trabajo por cuenta propia o ajena.

Los extranjeros que se encuentren en España durante, al menos, un año en situación de residencia por circunstancias excepcionales, en los supuestos que determina el artículo 47 del Reglamento de Extranjería, podrán acceder a la situación de residencia o de residencia y trabajo sin necesidad de visado.

d) Modificaciones de la autorización de residencia y trabajo.

En el caso de las autorizaciones iniciales, el órgano competente que concedió la autorización inicial para residir y trabajar por cuenta ajena o cuenta propia podrá modificar su alcance en cuanto a la actividad laboral y ámbito territorial autorizados, siempre a petición de su titular, así las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena podrán mutarse, respectivamente, en autorizaciones de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, a solicitud del interesado.

BIBLIOGRAFÍA.

ALONSO OLEA; “Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000”. Civitas. Madrid. 2001.

BORRAJO INIESTA; “El status constitucional de los extranjeros” en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al prof. García de Enterría II*. Civitas. Madrid.

HORNERO MENDEZ y RODRIGUEZ BENOT (coords.); “El nuevo derecho de extranjería”. Comares. Granada. 2001.

FRESNO LINERA; “Permisos de estancia y residencia” en *Ciudadanía y Emigración*. Zaragoza. 2003.

RUBIO MARÍN; “La inclusión del emigrante: un reto para las democracias constitucionales”, en *Extranjería e Inmigración (Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*).

POMED SÁNCHEZ; “Algunas consideraciones sobre la situación actual del Derecho de inmigración en España”, en *Extranjería e Inmigración (Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*).

DERECHOS de los EXTRANJEROS en ESPAÑA

Julio V. Gavidia Sánchez
Catedrático de Derecho civil
Universidad de Cádiz

1. LA DISTINCIÓN ESPAÑOL/EXTRANJERO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

1.1. EL ART. 13 CE.

La Constitución española de 1978 rubrica el capítulo primero de su título primero con la frase "De los españoles y los extranjeros". En lo que más directamente concierne al tema objeto de este estudio es el art. 13.1 CE el que contiene una regla general, acaso, la más general sobre qué derechos corresponden a los extranjeros: "Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley". Si bien está claro que en este precepto se autoriza expresamente el tratamiento desigual de españoles y extranjeros, sin una exigencia constitucional de igualdad en su ámbito de aplicación, no son pocas las dudas que suscita la interpretación de esta disposición, tanto en sí misma, como en relación con otros preceptos constitucionales.

Así, para empezar, los extranjeros a los que se refiere pueden no ser sólo los que se encuentren en España, sino también los que no estén en España, cuando se trate de derechos que no presupongan la presencia física de su titular, como puede suceder, por ejemplo, con el derecho de propiedad (art. 33 CE) o la libertad de empresa (art. 38 CE). Pero, ¿y el derecho a entrar en España (art. 19.2 CE)[1]?

En segundo lugar, la referencia a "las libertades públicas", como el objeto de reconocimiento constitucional para los extranjeros, plantea dudas: si se refiere a todas las libertades públicas por igual y si no se refiere a los derechos fundamentales, ni a los que la propia Constitución reconoce pero no califica como fundamentales. ¿Son sólo las libertades públicas las que pueden no ser reconocidas a los extranjeros, a menos que un tratado o la ley establezcan otra cosa? En tal caso, ¿qué sucede con los derechos fundamentales? ¿Los extranjeros gozan de ellos, salvo cuando la propia Constitución los reconoce sólo a los españoles? ¿Pueden los tratados y las leyes extender a los extranjeros el goce de todos estos derechos constitucionalmente sólo reconocidos a los españoles? ¿Y los derechos que la Constitución no reconoce a todos ni sólo a los españoles?

[1] La STC 72/2005 parece dar a entender que no corresponde a los extranjeros como derivado de la Constitución, si bien no se excluye que pueda derivar de la ley.

Se ha impuesto la interpretación amplia de "libertades públicas", de modo que lo mismo vale para los derechos fundamentales (STC 107/1987 y otras).

Ahora bien, si la regla contenida en el art. 13.1 CE comprende todos los derechos y libertades garantizados en el título primero de la Constitución, esto implica que están no sólo incluidos los contemplados en el capítulo II en sus dos secciones, sino también los que lo estén en el capítulo III, entre los principios rectores de política social y económica, así como los que no estén reconocidos como tales en estas sedes, sino que deriven de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE, incluido en dicho título), así como sus garantías (arts. 53 y 54 CE) y su eventual suspensión (art. 55 CE).

Otra conclusión se deriva de una de las anteriores. Y es que aquellos derechos que sean exigencia de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad deberán ser reconocidos a todas las personas, con independencia de su nacionalidad, en aquella parte de su contenido o condiciones de ejercicio que resulten de esa exigencia, aunque no estén mencionados especialmente en la Constitución. En lo demás, la regla contenida en el art. 13.1 CE da a entender que dependerá de lo que establezcan los tratados y las leyes, por lo tanto, ya sin garantía constitucional de igualdad entre españoles y extranjeros. En esta situación se encuentran derechos de la personalidad tales como el derecho a la identidad sexual y al nombre.

En tercer lugar, la referencia que en el art. 13.1 CE se hace a los tratados y a las leyes comprende tanto la decisión sobre la titularidad como sobre el contenido y las condiciones de ejercicio de los derechos o, al menos, no las excluye. Por lo tanto, esta remisión a los tratados es para que en ellos se pueda decidir de qué derechos y en qué medida gozan los extranjeros –todos o sólo algunos-, con la eficacia normativa que la propia Constitución reconoce a los tratados (art. 96), con independencia de su valor como canon interpretativo de la propia Constitución, para determinar el contenido –¿también la titularidad, si de ésta ya se ocupa el art. 13.1 CE?- de los derechos fundamentales en ella reconocidos (art. 10.2 CE).

En el art. 13.2 CE se contiene una regla aclaratoria de alguna de las dudas que suscita el art. 13.1 CE. En aquél se establece que "[s]olamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales". Así, pues, por un lado, hay una prohibición constitucional, que opera como excepción a la regla general contenida en el art. 13.1 CE, en virtud de la cual ni los tratados ni las leyes pueden extender a los extranjeros los derechos de participación en los asuntos públicos y de acceso a las funciones y cargos públicos, reconocidos a "los

ciudadanos", es decir, a los españoles en el art. 23 CE[2]. Y, por otro, se formula una excepción a esta excepción, en virtud de la cual se restablece la regla general del art. 13.1 CE para el derecho de sufragio activo y pasivo de los extranjeros en las elecciones municipales, si bien condicionándolo a la reciprocidad de otros Estados para con los españoles.

De la regla contenida en el art. 13.2 CE se desprende, "a contrario", que la Constitución no impide que un tratado o una ley reconozcan a los extranjeros cualesquiera otros derechos y no sólo libertades públicas, incluido el derecho de asilo (art. 13.4 CE). Ahora bien, subsisten otras muchas dudas, tales como si los extranjeros tienen o no constitucionalmente garantizados algunos derechos fundamentales, cuando su reconocimiento no venga exigido por la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, y si, en caso de tenerlos, su nivel de garantía es el mismo que el previsto para los españoles.

En el art. 13.3 CE se garantiza no sólo a los extranjeros que la extradición sólo se concederá si hay tratado o ley que la prevea y a condición de reciprocidad con el Estado que la solicite, excluyendo los delitos políticos, pero no los de terrorismo.

1.2. LA CLÁUSULA DE IGUALDAD DEL ART. 14 CE.

El precepto inmediatamente siguiente al general sobre derechos de los extranjeros resulta ser, precisamente, la cláusula de igualdad ante la ley y de prohibición de discriminaciones, referida exclusivamente a los españoles: "Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social". Esto puede ser cualquier cosa menos una casualidad o una inadvertencia del constituyente.

En coherencia con lo establecido en el art. 13.1 CE, no hay un mandato constitucional de igualdad de trato de los extranjeros en comparación con los españoles. Pero es que tampoco lo hay siquiera en comparación con otros extranjeros. Por lo menos, no en el art. 14 CE. Y es que este precepto está comprendido en el ámbito del art. 13.1 CE, al enunciar un derecho susceptible de ser extendido a los extranjeros, mientras que este art. 13.1 CE difícilmente puede ser interpretado conforme a una cláusula de igualdad referida exclusivamente a los españoles, como es la contenida en el art. 14 CE.

---

[2] "1. Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que señalen las leyes" (art. 23 CE).

En cambio, entiendo que del mismo art. 14 CE sí se desprende para los españoles el derecho a no ser discriminados respecto a los extranjeros, siendo la nacionalidad una de las circunstancias personales englobables en la cláusula antidiscriminatoria, como una condición personal. De esto resultaría que cualquier diferencia de trato favorable a extranjeros –a todos o sólo a algunos- habría de superar el test de proporcionalidad, para que fuera admisible, no bastando con que el fin fuera constitucionalmente legítimo, ni con que la distinción estuviera racionalmente indicada para conseguirlo[3]. Ahora bien, considero que en estas condiciones es posible dispensar un trato de favor a los extranjeros, como un supuesto de discriminación positiva, amparado en los mandatos a los poderes públicos, contenidos en el art. 9.2 CE, para que promuevan "las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo" –no sólo del ciudadano- "y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas" y remuevan "los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud".

En consecuencia, como el derecho a la igualdad y a la no discriminación sólo está constitucionalmente reconocido a los españoles, los tratados y las leyes pueden extenderlo a los extranjeros, como permite el art. 13.1 CE y no impide el mismo art. 13.2 CE. En ausencia de tratado o de ley que lo haya extendido, un extranjero no puede hacer valer el art. 14 CE para reaccionar contra una diferencia de trato, ni cabe impugnar la norma o el acto que la produzca, cualquiera que sea el criterio de distinción que se haya utilizado, salvo que sea contraria a la dignidad de la persona o al libre desarrollo de la personalidad, pero entonces se estará haciendo valer el art. 10.1 CE, no el 14 CE[4]. Del mismo modo, los derechos que la Constitución reconoce a todos también corresponden a los extranjeros, ¿pero en las mismas condiciones de ejercicio que las aplicables a los españoles? ¿Y los derechos que la Constitución no reconoce a todos, pero tampoco sólo a los españoles?

Si esto fuera así, las diferencias de trato entre españoles y extranjeros o entre éstos no habrían de superar el test de proporcionalidad, sino sólo el de racionalidad y sólo al objeto de excluir su arbitrariedad, dada su prohibición, contenida en el art. 9.3 CE. Bastaría, por lo tanto, con que la diferencia de trato estuviera racionalmente indicada para conseguir el fin propuesto. Eso sí, siempre que esto no suponga trato indigno para los no favorecidos o peor tratados, ni que les impida el libre desarrollo de su personalidad (art. 10.1 CE).

---

[3] En el caso de la STC 220/1988 se alegaba tal discriminación, pero el Tribunal entendió que no la había, no que no fuera aplicable la cláusula general de igualdad sin discriminación de los españoles, aunque el test empleado no parece que fuera sino el de mera racionalidad, desde luego, no el más estricto.

[4] STC 107/1984.

Sin embargo, ciertamente, no son escasas las cláusulas de igualdad que se contienen en tratados suscritos por España, que, por mandato de la norma contenida en el art. 13.1 CE, obligan a plantearse si hemos de considerar extendido a los extranjeros el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación, al menos, en relación a los derechos reconocidos en tales tratados. Así, podemos citar las formuladas en los arts. 2 de la Declaración universal de derechos del hombre (DUDH) de 1948[5], del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCyP) de 1966[6] y del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (PIDESyC) de 1966[7] y 14 del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH) de 1950[8]. Es más, en los arts. 7 DUDH y, especialmente, 26 PIDCyP se contienen cláusulas de igualdad y prohibición de la discriminación tan generales, que son similares a la contenida en el art. 14 CE[9], de modo que el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación habría quedado extendido con carácter general, esto es, no sólo en relación a los derechos reconocidos en este Pacto, sino como prohibición general de discriminar, también a los extranjeros o a algunos extranjeros por el hecho de serlo, según obligaría a entender lo establecido en los arts. 13.1 y 96 CE[10].

Creo que a esto obliga la regla contenida en el mismo art. 26 pr. PIDCyP -"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley"-, aunque después no mencione la nacionalidad, sino el origen nacional[11], ni cualquier condición personal, sino social, como criterios

---

[5] "1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición" (art. 2.1).

[6] "1. Cada uno de los Estados Parte del presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 2.1).

[7] "2. Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por razón de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 2.2).

[8] "El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razón de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación" (art. 14).

[9] "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación" (art. 7 DUDH).

"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social" (art. 26 PIDCyP).

[10] Sobre este tema, vid. M. del C. VIDAL FUEYO: *Constitución y extranjería*, Madrid 2002, págs. 159-183 y compárese con lo que aquí se dice a continuación.

[11] La nacionalidad, como vínculo jurídico-político más fuerte entre una persona y un Estado, puede no coincidir con el origen nacional, relacionado más bien con la pertenencia a una nación, configurada por hechos diferenciales de tipo cultural, lingüístico, etc., no explicitados en cualquiera de los otros criterios de diferenciación sospechosos, de los mencionados en el mismo art. 26 PIDCyP. Así entendido, el origen nacional puede ser diferente, incluso, entre los nacionales de un mismo Estado y ser el mismo entre nacionales de diferentes Estados. Pues bien, establecer

sospechosos de discriminación. Por lo tanto, la nacionalidad no es uno de los criterios sospechosos de distinciones discriminatorias, pero no por ello queda fuera del principio de igualdad ante la ley ni de la prohibición general de discriminar en la protección de la ley.

Ésta es o debe implicar una protección superior para los extranjeros, de la que se desprende de la prohibición de arbitrariedad, contenida en el art. 9.3 CE y que es la base del test de mera racionalidad para enjuiciar diferencias de trato, ya que no veo por qué el legislador iba a quedar fuera de dicha prohibición. Así, pues, a los extranjeros, por la vía del art. 13.1 CE en relación con el art. 26 pr. PIDCyP, habría quedado extendido, cuanto menos, el derecho a la igualdad ante la ley, reconocido en el art. 14 CE sólo a los españoles. Si esto debe entrañar algo más que la mera prohibición de arbitrariedad, no debería bastar con que la diferencia de trato superase el test de mera racionalidad. En tal caso, no cabrán diferencias de trato entre nacionales y extranjeros ni entre éstos, si no están justificadas, debiendo superar un test de razonabilidad o proporcionalidad. No sería suficiente, pues, con que tales diferencias no fuesen contrarias a la dignidad de la persona, ni arbitrarias, pues no bastaría con que superasen el test de mera racionalidad, sino que tampoco podrían resultar excesivamente gravosas[12].

Quien considere que el test de mera racionalidad es el exigido por el derecho a la igualdad ante la ley, por entender que es tan sólo concreción de la interdicción de la arbitrariedad del legislador, habrá de admitir que es el aplicable a las distinciones basadas en la nacionalidad, cuando impliquen un trato peor que el previsto para los españoles o para otros extranjeros. Ahora bien, no excluyamos que, si tales diferencias afectan a la titularidad, al contenido o al ejercicio de un derecho fundamental, el test aplicable sea uno de proporcionalidad, si así se entiende procedente para los que están protegidos por el derecho a la igualdad ante la ley sin discriminación, ya que, en este nivel de protección, los extranjeros están equiparados a los españoles, por lo que, según he mostrado, resulta de los arts. 13.1 y 14 CE y 26 pr. PIDCyP.

Lo dicho vale para el derecho a la igualdad ante la ley. En cuanto al derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, al consistir, en definitiva, en el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, de la que se desprenda el criterio de decisión seguido, aunque no sea el mismo que el seguido anteriormente en casos similares, hemos de referirla al derecho a la tutela judicial efectiva.

---

diferencias de trato por razón del origen nacional sí es sospechoso de trato discriminatorio, por lo que tales diferencias han de superar el test de proporcionalidad más estricto –el de la alternativa menos gravosa-, al menos, cuando afecten a la titularidad, al contenido o al ejercicio de un derecho fundamental.

[12] Es el test menos estricto de proporcionalidad, que no llega a exigir que la diferencia de trato sea la menos gravosa posible, por no ser sospechoso de trato discriminatorio el criterio de distinción empleado, como sucede con la nacionalidad, salvo cuando este criterio sea utilizado para tratar peor a un nacional, pues éste sí está protegido por el art. 14 CE, incluso, frente a discriminaciones por la nacionalidad, como una condición personal.

1.3. LOS DERECHOS Y LIBERTADES SINGULARES.

Conforme a la doctrina formulada en la STC 107/1984 (ponente, el magistrado Rubio Llorente), tres son las categorías de derechos y libertades, cuando se trata de saber si están o no reconocidas a extranjeros: los inherentes a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), que han de ser reconocidos a todos; los que la Constitución niega a los extranjeros (arts. 13.2 y 23); y los demás, que pueden ser reconocidos a los extranjeros, si así lo deciden los tratados o las leyes (art. 13.1 CE). Ahora bien, no se hace una relación completa de los que se consideran inherentes a la dignidad de la persona, sino que tan sólo se enuncian algunos: el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica y otros que en esa sentencia no se mencionaron. En otras ocasiones se ha dejado sentado que el derecho a la tutela judicial efectiva también es uno de éstos (STC 99/1985 y otras). En la STC 115/1987 se entendió que los derechos de reunión y asociación son también reconocidos a nacionales y extranjeros, aunque no porque sean inherentes a la dignidad de la persona. En las SSTC 82 y 86/1996, 174/1999 y otras se ha reconocido que también los extranjeros tienen garantizado el derecho a la libertad (art. 17 CE), al menos, en la STC 147/2000, como inherente a la persona.

Sin desechar, en modo alguno, el criterio de la dignidad para precisar qué derechos y libertades han de entenderse constitucionalmente garantizados a todos, debemos atender también a los términos en los que son reconocidos los derechos y libertades y las garantías de que aparecen dotados, entre otras razones, porque, como puede apreciarse, no son sólo los exigidos por la dignidad de la persona aquellos de los que también gozan los extranjeros, sin necesidad de que un tratado o una ley así lo establezca.

Así, por un lado, los reconocidos en las secciones primera y segunda del capítulo II y en el capítulo III del título primero creo que pueden ser analizados, atendiendo a lo que se establece en el art. 53 CE, distinguiendo entre los que tienen eficacia directa y garantía de su contenido esencial (art. 53.1 CE) –los del capítulo II- y los que sólo la tienen programática –los del capítulo III-, puesto que el tratamiento de los primeros podría ser esclarecedor del que merezcan los segundos, atendiendo sólo a la propia Constitución.

Por otro lado, básicamente son tres las fórmulas empleadas por la Constitución al reconocer los derechos y libertades dotados de eficacia directa:

- Los reconocidos a todos o las libertades y garantías de las que nadie puede ser privado: la vida y la integridad física y moral (art. 15) [13]; la

[13] Arts. 3-5 y 9 DUDH, 6-8 PIDCyP y 2-4 CEDH.

libertad ideológica, religiosa y de cultos (art. 16.1)[14]; no declarar sobre la propia ideología, religión o creencias (art. 16.2); la libertad y la seguridad (art. 17.1)[15]; la tutela judicial efectiva, el juez natural, la defensa, la presunción de inocencia (art. 24)[16]; la tipicidad y legalidad de las penas y sanciones administrativas (art. 25.1)[17]; la educación (art. 27.1)[18]; la contribución al sostenimiento de los gastos públicos (art. 31.1); la garantía expropiatoria (art. 33.3)[19].

- Los reconocidos a los españoles o a los ciudadanos[20]: la igualdad ante la ley sin discriminación (art. 14)[21]; la limitación de la informática en garantía del honor y la intimidad personal y familiar (art. 18.4)[22]; la entrada y salida de España, la libertad de circulación y residencia (art. 19)[23]; la participación política y el acceso a cargos y funciones públicas (art. 23)[24]; la petición (art. 29.1); la defensa de España (art. 30); el trabajo y la elección de profesión y oficio (art. 35)[25]; el procedimiento preferente y sumario y, en su caso, el recurso de amparo por la violación de los derechos y libertades reconocidos en los arts. 14-30 (art. 53.2).

- Los reconocidos de forma genérica, esto es, ni explícitamente a todos, ni sólo a los españoles: el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones (art. 18)[26]; las libertades de expresión y de información (art. 20.1)[27]; la reunión (art. 21) y la asociación (art. 22)[28]; la elección por los padres del tipo de educación para sus hijos (art. 27.3)[29]; la creación de centros docentes (art. 27.6)[30]; la libertad sindical (art. 28.1[31])[32]; la huelga (art.

---

[14] Arts. 18 DUDH y PIDCyP y 9 CEDH.
[15] Arts. 3 y 9 DUDH, 9 PIDCyP y 5 CEDH.
[16] Arts. 8, 10 y 11 DUDH,14 PIDCyP, 3 y 6 CEDH.
[17] Art. 15 PIDCyP y 7 CEDH.
[18] Arts. 26 DUDH y 13 PIDESyC.
[19] Art. 17 DUDH.
[20] ¿Qué sucedería con estos y otros derechos, si se llegase a configurar un estatuto propio del ciudadano, diferente y de menor contenido, que el propio del nacional?
[21] Arts. 7 DUDH y 26 PIDCyP.
[22] No tiene demasiado sentido que la llamada "libertad informática" sea reconocida a menos sujetos que la intimidad personal en general (art. 18.1 CE). Es más, en la declaración de 13 de diciembre de 1985 la Asamblea General de la O.N.U. incluyó, sin matices, la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en la intimidad en la relación de derechos que los individuos deben gozar en el Estado del que no sean nacionales.
[23] Arts. 13 DUDH, 12 y 13 PIDCyP.
[24] Arts. 21 DUDH y 25 PIDCyP.
[25] Arts. 23 DUDH y 6 y ss. PIDESyC.
[26] Arts. 12 DUDH, 17 PIDCyP y 8 CEDH.
[27] Arts. 19 DUDH, 19 PIDCyP y 10 CEDH.
[28] Arts. 20 DUDH, 21 y 22 PIDCyP y 11 CEDH.
[29] Arts. 26 DUDH, 18 PIDCyP y 13 PIDESyC.
[30] Esta libertad está reconocida a "las personas físicas y jurídicas", por lo que, a primera vista, no sé si esto es más, menos o lo mismo que cuando se reconoce a "todos".

En cualquier caso, se trata de una manifestación especialmente protegida de la libertad de empresa (art. 38 CE), por dos vías. La primera consiste en que su violación sí permite recurrir en amparo (art. 53.2 CE). La segunda

28.2)[33]; el matrimonio (art. 32)[34]; la propiedad privada y la herencia (art. 33.1)[35]; la fundación (art. 34); la negociación colectiva (art. 37.1); los conflictos colectivos (art. 37.2); la libertad de empresa (art. 38).

Pues bien, los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente a todos no podrían dejar de ser reconocidos a los extranjeros, en virtud de un tratado ni de una ley. Son los reconocidos sólo a los españoles los que, salvo los del art. 23 CE, pueden ser extendidos a los extranjeros, mediante un tratado o una ley (art. 13.1 y 2 CE). Son los del tercer grupo los que podrían plantear más dudas. Ahora bien, hay algunos datos a tener en cuenta: los pronunciamientos del TC, antes referidos, considerando que algunos son también derechos inherentes a la dignidad de la persona (la intimidad) o que corresponden también a los extranjeros (la reunión y la asociación); la analogía, pues no se aprecian razones que impidan que lo mismo valga para los demás derechos de este mismo grupo, puesto que, aunque no todos ellos hayan de ser reconocidos a todos, cuando no sean inherentes a la persona –algunos requieren algo más, como es una cierta capacidad de obrar-, es lo cierto que, aun así, se reconocen a todos los que reúnan una cierta condición, podemos suponer que, en principio, con independencia de que sean españoles.

Con todo, no son pocas las dudas que se suscitan y los matices que se han de realizar. ¿Los reconocidos a todos o de forma genérica han de serlo en la misma medida para todos o cabe introducir diferencias de trato por razón de la nacionalidad o de la situación de cada extranjero en España? Los que sean inherentes a la persona, cuyo reconocimiento venga exigido por su dignidad, está claro que no pueden dejar de ser reconocidos a ningún extranjero, sea cual sea su

---

resultaría de que no puede dejar de estar reconocida a personas físicas o jurídicas, es decir, no puede circunscribirse sólo a las unas o a las otras, lo cual sólo significa que para emprender este tipo de actividad han de bastar los requisitos generales, pudiendo establecer sólo aquellos específicos cuya exigencia esté justificada por la consecución de un fin constitucionalmente legítimo, exigibles por igual a todas las personas físicas o a todas las jurídicas. Ahora bien, ¿acaso esto segundo no debería valer igualmente para la libertad de empresa en general? ¿Acaso estaría permitido negar a una confesión religiosa reconocida el desarrollo de cualquier otra actividad empresarial, precisamente, por el hecho de ser religiosa? Quiero pensar que no, pues se la estaría penalizando, es decir, discriminando, en contra de lo establecido en el art. 14 CE, si es española, y, en todo caso, no observaría el mandato de cooperación contenido en el art. 16.3 CE, y se estaría violando la libertad de empresa (art. 38 CE), aunque no fuese española, pues no está constitucionalmente reconocida sólo a los españoles. Dicho de otro modo: aunque fuera constitucionalmente posible reservar el desarrollo de una determinada actividad económica a personas físicas o jurídicas, la creación de centros docentes siempre ha de ser posible tanto para unas como para otras, aunque, evidentemente, no necesariamente para todas.

Con base en lo anterior, considero que la expresión "las personas físicas y jurídicas" no equivale a "todos", ya que no se trata de un derecho o una libertad inherente a la persona, puesto que hará falta una cierta capacidad de obrar para poder ejercitarla. Con los matices antes apuntados, estamos ante otro caso más de los de este grupo, como la libertad de empresa en general, esto es, un derecho que no es reconocido a todos ni sólo a los españoles.

[31] Aunque esta libertad es reconocida a "todos", está claro que se refiere a todos los trabajadores y no a todas las personas.

[32] Arts. 23 DUDH y 8 PIDESyC.

[33] Art. 8 PIDESyC.

[34] Arts. 16 DUDH, 23 PIDCyP y 12 CEDH.

[35] Art. 17 DUDH.

situación en España. Pero, ¿y los demás, que estén constitucionalmente reconocidos no a todos, ni sólo a los españoles, es decir, los del tercer grupo, cuando no sean inherentes a la persona? ¿Podrían ser reconocidos a los extranjeros sólo a condición de reciprocidad, o sólo a los residentes o sólo a los que hubieran entrado y se hallaren legalmente en España? No olvidemos que en el art. 27 CC se ha reconocido a los extranjeros los derechos civiles de los españoles, salvo que por tratado o ley se establezca otra cosa[36]. ¿Es ésta una regla inversa a la del art. 13.1 CE? ¿Es éste el tratamiento constitucional implícito para los derechos del tercer grupo, que es donde se encontraría la mayor parte de los derechos civiles no inherentes a la persona? ¿Son reconocidos de forma genérica también a los extranjeros, dejando abierta la posibilidad de que los tratados o las leyes fijen el umbral de capacidad de obrar que se exija y, cuando se trate de extranjeros, además, su residencia o su entrada y estancia legales en España u otras condiciones específicas para su ejercicio? Al tratar de las garantías volveré a plantear algunas de estas cuestiones, pero creo que éste es el lugar en el que se pueden abordar otras. Concretamente, la esencial ahora es si los extranjeros gozan "ex Constitutione" de los derechos y libertades reconocidos de modo impersonal, ni a todos ni sólo a los españoles, cuando no sean inherentes a la persona, estando claro que, al menos, en principio, no gozan así de los que la Constitución reconoce sólo a los españoles, sino sólo por decisión de un tratado o de una ley.

La respuesta negativa, que sería la preconizada por la STC 107/1984, dejaría la decisión a los tratados o las leyes, con arreglo al art. 13.1 CE, con lo cual esos derechos y libertades tendrían o podrían tener un ámbito constitucional de reconocimiento igual o más reducido que el de algunos de los reconocidos sólo a los españoles, por cuanto ni siquiera todos los españoles los tendrían reconocidos, sino sólo aquellos para los que la ley así lo decidiese, al establecer condiciones de capacidad de obrar, por ejemplo. No considero aceptable esta interpretación[37], por varias razones. En primer lugar, porque esta categoría de derechos y libertades perdería autonomía, ya que quedaría embebida en la de los reconocidos a los españoles, puesto que no todos los que son reconocidos a los nacionales lo son a todos, ni siquiera aunque así lo diga la Constitución; pensemos en el derecho al trabajo y a la libertad de elección de profesión y oficio (art. 35.1 CE), nominalmente

---

[36] En esta línea, para uno de los derechos civiles económicos, tan emblemático, como es el ejercicio de actividades comerciales –la libertad de comercio-, el art. 15 CCOM ha venido estableciendo lo siguiente: "Los extranjeros y las Compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España con sujeción a las Leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación. Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias".

[37] Téngase en cuenta, con todo, que la STC 107/1984 recayó sobre un recurso de amparo, en el que se alegó la violación del derecho a la igualdad sin discriminación en el derecho al trabajo de un extranjero (arts. 14 y 35.1 CE), es decir, no sobre derechos reconocidos constitucionalmente de modo impersonal, sino sólo a los españoles, por lo que las afirmaciones contenidas en ella sobre otros derechos no integran la *ratio decidendi* del fallo.

reconocido a “todos los españoles”, cuando está claro que harán falta requisitos de capacidad de obrar para ejercitarlo. En segundo lugar, porque hay doctrina del propio TC sobre algunos de los derechos de este grupo, de los no reconocidos a todos ni sólo a los españoles, de la que claramente resulta que los extranjeros gozan de ellos antes y por encima de lo que las leyes establezcan, esto es, con base directa en la Constitución y no en los tratados o las leyes (STC 115/1987, en lo relativo a los derechos de reunión y asociación).

La respuesta afirmativa no obliga necesariamente a que los derechos y libertades reconocidos no a todos ni sólo a los españoles queden embebidos en los que la Constitución reconoce a todos, salvo cuando sean inherentes a la persona, es decir, como exigencia de la dignidad humana, por ejemplo, la intimidad personal y familiar, pues entonces tal asimilación es una exigencia de la propia Constitución. Y es que se trata de derechos y libertades que, cuando no presenten esa inherencia, no son reconocidos a todos ni sólo a los españoles, sino a todos aquellos que reúnan las condiciones exigidas por la ley que regule su ejercicio, sean o no españoles. Se trata de derechos para los que puede requerirse una cierta capacidad de obrar para su ejercicio (asociación, matrimonio, negociación colectiva, libertad de empresa…), o haberlos adquirido (y no perdido) en alguno de los modos legalmente previstos (propiedad privada, herencia). Son, por lo tanto, derechos y libertades que, aun cuando no sean inherentes a la persona, derivan de la propia Constitución, en principio, para todos (nacionales y extranjeros) aquellos que reúnan las condiciones establecidas por la ley. Esto se parece a lo que venía estableciendo el art. 27 CC. Las cuestiones a plantear ahora son dos: ¿puede la ley o un tratado establecer cualesquiera condiciones de ejercicio? ¿Pueden ser diferentes esas condiciones para los nacionales y para los extranjeros o según para qué extranjeros? Algunas cosas sí me parecen claras al respecto.

A diferencia de los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles, el legislador, respetando los tratados, no tiene plena libertad para dejar de reconocerlos a los extranjeros al regular su ejercicio, sino que, al establecer las condiciones para su ejercicio, éstas han de estar constitucionalmente justificadas y ser razonables, también las impuestas a los extranjeros, como las impuestas a los españoles, es decir, no tanto por exigirlo la cláusula de igualdad del art. 14 CE, inaplicable a los extranjeros según él mismo, sino porque esos derechos y libertades están constitucionalmente reconocidos, en principio, también a los extranjeros, salvo las excepciones que la ley o los tratados puedan establecer, si están justificadas por perseguir un fin constitucionalmente legítimo y ser esta restricción proporcionada (razonable) a la consecución de tal fin. No se trataría en este momento tanto de una cuestión de igualdad ante la ley, cuanto de legitimidad de las condiciones a las que la ley sujeta el ejercicio de los derechos, no estando constitucionalmente excluido que puedan ser diferentes para los extranjeros, como advertirían los arts. 13.1 y 14 CE. Dicho con otras palabras,

las condiciones de ejercicio de los derechos y libertades no inherentes a la persona, que la Constitución no ha reconocido a todos, pero tampoco sólo a los españoles, han de ser enjuiciadas, en primer lugar, desde la misma Constitución y en sí mismas, también cuando afectan específicamente a extranjeros, sin necesidad de compararlas con las impuestas a los españoles o a otros extranjeros –una justificación puede ser la reciprocidad. Si tales condiciones, específicamente impuestas a extranjeros para el ejercicio de tales derechos, superan ese test de legitimidad, ahora sí, habrán de superar, además, el de igualdad, que proceda aplicar, por lo que resulta de los arts. 13.1 y 96 CE y 26 pr. PIDCyP[38].

En definitiva, este grupo de derechos y libertades, cuando no sean inherentes a la persona, habrían mantenido el tratamiento que les venía dispensando el art. 27 CC, si bien, ahora, sujetando la libertad del legislador para limitarlos o no reconocerlos a las exigencias constitucionales requeridas en general para la restricción de libertades, así como a la prohibición de discriminar a los españoles y a los extranjeros.

Adviértase cómo la norma contenida en el art. 13.1 CE opera de modo distinto, según se trate de derechos y libertades reconocidos constitucionalmente sólo a los españoles o no a todos pero tampoco sólo a los españoles. De los primeros los extranjeros sólo gozarán si así lo decide y en la medida en que así lo decida un tratado o una ley. De los segundos, aunque no sean inherentes a la persona, los extranjeros gozan, en principio, en las mismas condiciones de ejercicio que los españoles, a menos que un tratado o una ley impongan condiciones diferentes, que habrán de estar justificadas, ser razonables y no ser discriminatorias[39].

---

[38] Podría entenderse que, tratándose de derechos fundamentales, las diferencias de trato desfavorables a los españoles han de superar el test más estricto de proporcionalidad –la alternativa menos gravosa-, pues estarían incluidas en la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE, que protege a los españoles frente a las discriminaciones basadas en la nacionalidad, como una condición personal, mientras que las desfavorables a los extranjeros habrían de superar el test de proporcionalidad menos estricto –la alternativa no excesivamente gravosa- o, incluso, el de mera racionalidad –no arbitrariedad, para quienes consideren que esto es lo único que prohibe la cláusula general de igualdad ante la ley-, ya que la nacionalidad no está entre los criterios de diferenciación sospechosos enunciados en el art. 26 PIDCyP, que es, a tenor del art. 13.1 CE, la norma en la que los extranjeros encontrarían el parámetro de constitucionalidad de esas diferencias de trato.

[39] Pensemos, por ejemplo, en el derecho al trabajo y a la libre elección de profesión y oficio, reconocido en el art. 35.1 CE sólo a los españoles, en comparación con la libertad de empresa, reconocida en el art. 38 CE de modo impersonal, esto es, ni a todos ni sólo a los españoles. Es lo lógico, cuando se trata de un país con escasez de trabajo -netamente exportador de mano de obra- y de iniciativas empresariales, es decir, necesitado de inversiones extranjeras directas, para emprender actividades económicas. Lo coherente con esa situación es, por un lado, otorgar a los nacionales preferencia en el acceso a los puestos de trabajo, a la vez que se abre el país a la importación de capitales y al establecimiento de empresas extranjeras. Por esto, no es de extrañar que los términos impersonales, en los que se reconoce la libertad de empresa en el art. 38 CE, estén en perfecta sintonía con lo que se ha venido estableciendo en los arts. 27 CC y 15 CCOM. Lo que sucede es que, al menos, en relación al trabajo la situación ha cambiado bastante después de elaborarse la Constitución.

Si, en el plano constitucional, los derechos y libertades reconocidos sólo a los españoles pueden ser extendidos o no por tratado o ley a los extranjeros[40], salvo los del art. 23 CE (art. 13.1 y 2 CE), pueden también tales instrumentos normativos modular el contenido y las condiciones en las que los extranjeros –todos o algunos- podrán ejercitarlos, ya que el derecho a la igualdad sin discriminación no está constitucionalmente reconocido a los extranjeros (art. 14 CE). Ahora bien, ya hemos visto cómo tratados suscritos por España han introducido cláusulas de igualdad sin discriminación al reconocer ciertos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales e, incluso, cláusulas genéricas de igualdad ante la ley y no discriminación (arts. 2 DUDH y 26 PIDCyP), que exigen someter esas diferencias de trato entre españoles y extranjeros o entre extranjeros, si las hubiera, a un test de razonabilidad, más o menos estricto, que proceda, según los casos, por mandato del art. 13.1 CE.

Pues bien, si hemos visto cómo, en el plano constitucional, hay derechos reconocidos sólo a los españoles, con eficacia directa y cuyo contenido esencial ha de ser respetado por la ley, a la que se reserva la regulación de su ejercicio, que se encuentran en el capítulo II del título primero (art. 53.1 CE), que pueden no ser reconocidos a los extranjeros o serlo con un contenido o condiciones de ejercicio diferentes, ¿qué hemos de decir a este respecto de aquellos derechos que, como los reconocidos en el capítulo III del mismo título, carecen de eficacia directa, dependiendo del desarrollo que de ellos haga el legislador la medida en que los mismos españoles podrán hacerlos valer, por tener eficacia sólo programática (art. 53.3 CE)? Pues parece que hemos de entender, con mayor motivo, que dependerá de los tratados y de las leyes que sean reconocidos a los extranjeros, así como su contenido y las condiciones para su ejercicio. Ahora bien, las cláusulas de igualdad sin discriminación, contenidas en tratados suscritos por España, referidas o no específicamente a los derechos reconocidos en cada tratado, obligarán a someter

---

[40] En la STC 93/1994 (ponente, el magistrado De la Vega Benayas) se dijo por dos veces que el art. 19 CE reconoce el derecho a la libertad de circulación a los extranjeros que se hallen legalmente en territorio español, lo cual podría interpretarse como una desautorización al más alto nivel de la interpretación literal de los términos en los que se reconocen derechos y libertades en la Constitución de 1978. Una lectura más atenta de la sentencia no permite llegar tan lejos.

En ella se dice que la libertad de circulación, reconocida en el art. 19 CE a los españoles no es una exigencia de la dignidad de la persona, por lo que también se puede reconocer a los extranjeros, si así lo establecen las leyes o los tratados (art. 13.1 CE), como así ha sucedido en los arts. 12 y 13 PIDCyP para los que residan legalmente en el país. Por lo tanto, se puede expulsar a un extranjero si concurre una causa legalmente tipificada y si se observan las garantías procesales mínimas del art. 13 PIDCyP.

Pues bien, se concedió el amparo porque la orden de expulsión fue dada prescindiendo de si se tenía o no derecho a residir en España. En el caso de autos habían caducado los permisos de residencia y de trabajo, pero había sido solicitada su renovación cuando se incoó el expediente de expulsión, y ya se había concedido el de trabajo cuando se dictó esa orden. Debió, por lo tanto, analizarse si se tenía o no derecho a la renovación del permiso de residencia, que había sido solicitada. Estoy plenamente de acuerdo con este razonamiento, que proporciona la ratio decidendi al fallo.

Por lo tanto, la decisión fue la correcta, no por lo que resulta sólo del art. 19 CE en sí mismo considerado, sino por lo que resulta del conjunto de los arts. 13.1 y 19 CE, 12 y 13 PIDCyP. Dicho con otras palabras: a la misma solución se habría llegado sin afirmar que del art. 19 CE resulta ya un derecho a la libertad de circulación para extranjeros, por lo que ésta no es sino una consideración a mayor abundamiento, que no integra la ratio decidendi del fallo.

al test más o menos estricto de razonabilidad, que proceda según los casos, las diferencias de trato que se establezcan entre españoles y extranjeros o entre extranjeros en el contenido o las condiciones de ejercicio de tales derechos (arg. arts. 13.1 CE y 26 pr. PIDCyP).

2. LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN LA LEY 4/2000, REGULADORA DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL.

2.1. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS E INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS (ART. 3).

El art. 3.1 pr. LOEx coincide con lo previsto en el art. 13.1 CE, por lo que es irrelevante, salvo que con él se pretenda advertir de que no se opta por un principio o regla de equiparación salvo excepciones, sino por el tratamiento específico de cada derecho, a diferencia de lo que se establecía en su redacción originaria[41]. Lo que sucede es que, atendiendo al bloque de constitucionalidad, es decir, a lo que resulta, sobre todo, de la cláusula general de igualdad sin discriminación, contenida en el art. 26 pr. PIDCyP, la ley puede establecer diferencias de trato por razón de la nacionalidad –otra cosa es que superen los tests de legitimidad de restricción de la libertad y de no discriminación-, pero no puede sentar como principio o regla general la no equiparación en todo lo demás. Así las cosas, la llamada a los tratados, que se hace en el art. 3.1 LOEx no puede sino implicar dicha regla general de equiparación, salvo diferencias no discriminatorias.

El art. 3.1 "in fine" LOEx parece pretender dejar claro que tampoco por vía interpretativa se establece esa equiparación, ni siquiera como presunción para resolver dudas en la interpretación de las reglas de la propia ley. Es más, lo que permite es presumir que los extranjeros no tienen obstáculos reales específicos, que les impidan el ejercicio de los derechos que se les reconocen, sino que los vienen ejercitando en las mismas condiciones que los españoles, por lo que no procedería presumir su discriminación ni, acaso, implementar, salvo que se demuestre otra cosa, medidas de apoyo específico ni, mucho menos, discriminaciones positivas, posibles al amparo del art. 9.2 CE. Pues bien, más allá de establecer esta presunción, que ha de ser vencida sólo para que normas de rango inferior favorezcan a los extranjeros, lo que está fuera de toda duda es que la ley no puede excluir medidas de discriminación positiva, amparadas en el art.

[41] "Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley orgánica" (art. 3.1 LOEx). Aquí sí se formulaba una regla general de equiparación de los extranjeros a los españoles, salvo las excepciones o modulaciones que se previeran en la propia ley.

9.2 CE, sino condicionar su legalidad a la existencia de una situación real de desventaja de los extranjeros favorecidos por tales medidas.

El art. 3.2 LOEx reitera la previsión contenida en el art. 10.2 CE para las normas de la propia ley o de otras leyes sobre derechos fundamentales de los extranjeros.

2.2. DERECHO A LA DOCUMENTACIÓN (ART. 4).

Desarrollado por los arts. 100-111 RLOEx (RD 2393/2004).

Derecho y deber de conservar la documentación acreditativa de su identidad y de su situación en España (arts. 4 LOEx y 100 RLOEx).

El número de identidad de extranjero (art. 101 RLOEx).

Documentación acreditativa (art. 102 RLOEx): pasaporte (art. 103 RLOEx), visado (art. 104 RLOEx), tarjeta de identidad de extranjero (art. 105 RLOEx), tarjetas de trabajador transfronterizo y de estudiante (art. 106 RLOEx).

Indocumentados (arts. 107 y 108 RLOEx).

Registro central de extranjeros (arts. 109 y 110 RLOEx).

Registro de menores extranjeros no acompañados (art. 111 RLOEx).

2.3. DERECHO A LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN (ART. 5).

Reconocido en el art. 5.1 LOEx junto a la libertad de elección de residencia sólo a los extranjeros que se hallen en España en situación regular –igual en la redacción originaria-, no plantea problema alguno, puesto que en el art. 19.1 CE este derecho está reconocido sólo a los españoles. Sin embargo, en el art. 13.1 DUDH este derecho es reconocido a"toda persona". Lo que sucede es que en el art. 12.1 PIDCyP es reconocido a "toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado".

Las medidas limitativas de estos derechos, contempladas en el art. 5.2 LOEx, requieren más garantías que las de la redacción originaria, tanto en general, en cuanto a su duración, como en especial, cuando hayan sido impuestas por resolución del Ministro del interior.

2.4. PARTICIPACIÓN PÚBLICA (ART. 6).

A los extranjeros residentes se les reconoce el derecho de sufragio en las elecciones municipales, a condición de reciprocidad para los españoles en el correspondiente país de origen[42] (art. 6.1 LOEx). Plenamente conforme a los arts. 13.2 y 23.1 CE.

Mandato a los Ayuntamientos para que incorporen a su padrón a los extranjeros residentes en ellos, de lo que resultarán para éstos todos los derechos que por tal concepto reconozca la legislación de bases de régimen local, incluido el derecho de audiencia en los asuntos que les afecten (art. 6.2 y 3 LOEx). Si "por tal concepto" se refiere a los derechos que correspondan a los españoles residentes empadronados, hemos de tener en cuenta que, lógicamente, habrá de tratarse de derechos que permitan un grado de participación en los asuntos municipales, nunca de superior entidad al derecho de sufragio activo y pasivo, que es el máximo, pero sólo en los asuntos municipales.

Mandato a los poderes públicos para que faciliten a los extranjeros, con independencia de su situación en España, el ejercicio del derecho de sufragio en los procesos electorales democráticos[43] en su respectivo país de origen (art. 6. 4 LOEx).

2.5. LIBERTADES DE REUNIÓN Y MANIFESTACIÓN (ART. 7).

El derecho de reunión es reconocido a los extranjeros, como a los españoles, pero se condiciona su ejercicio a que hayan obtenido autorización de estancia o de residencia en España (art. 7.1 LOEx).

No tratándose de un derecho inherente a la persona, como en el art. 21.1 CE es reconocido no a todos, pero tampoco sólo a los españoles, habría que analizar si esta condición, que no se exigía en la redacción originaria, está justificada por la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y si es proporcionada a su consecución. En el art. 20.1 DUDH es reconocido a "toda persona", pero en el art. 21 PIDCyP se autorizan restricciones de este derecho, si están previstas en la ley y si" son necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás". En el art. 11.2 CEDH también se admiten restricciones, si están previstas en la ley, que "constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención

[42] En la redacción originaria de esta ley no se exigía esta condición, violando así lo exigido en el art. 13.2 CE.
[43] ¿Podría, entonces, impedirse a los extranjeros el sufragio en procesos electorales por no ser democráticos?

del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos". Aquí se contienen parámetros, con los que valorar si exigir al extranjero que haya obtenido autorización de estancia o de residencia en España para ejercer el derecho de reunión está justificado y es proporcionado a la consecución de alguno de estos objetivos.

Recordemos que en la STC 115/1987 se exigió que en el ámbito del contenido esencial de este derecho no hubiera distinciones entre españoles y extranjeros. Por lo tanto, habría que valorar si de esto se desprende que no puede ser negado el ejercicio de este derecho a aquellos extranjeros que no hayan obtenido autorización de estancia o de residencia en España.

Podría argumentarse que, al exigir tal autorización, se está, precisamente, equiparando a los extranjeros con los españoles, puesto que éstos, por el hecho de serlo, tienen derecho a circular libremente y residir en España (art. 19.1 CE), mientras que aquéllos no tienen reconocido ese derecho constitucionalmente, sino por esta misma ley, si su situación en España es acorde a lo previsto en la misma ley (arts. 13.2 y 19.1 CE y 5.1 LOEx). En definitiva, se habría optado por vincular el derecho de reunión y manifestación a la libertad de circulación y residencia en España, de modo que este derecho sólo podría ser ejercitado por quienes, con independencia de su nacionalidad, tengan derecho a estar, circular y residir en España.

Los promotores de reuniones en lugares de tránsito público habrán de comunicarlo previamente a la autoridad competente (art. 7.2 LOEx). Es una exigencia prevista ya en el mismo art. 21.2 CE.

2.6. LIBERTAD DE ASOCIACIÓN (ARTS. 8 Y 11.1).

Es reconocida a los extranjeros en los mismos términos que el derecho de reunión, es decir, como a los españoles, siempre que el extranjero haya obtenido autorización de estancia o de residencia en España.

Los términos del reconocimiento constitucional de la libertad de asociación en general son los mismos que los del derecho de reunión (arts. 22.1 CE), así como los de su reconocimiento por acuerdos internacionales (arts. 20.1 DUDH, 22 PIDCyP y 11 CEDH), siéndole de aplicación igualmente la doctrina contenida en la STC 115/1987.

En cambio, la libertad de asociación sindical es reconocida constitucionalmente a "todos" (art. 28.1). Igual sucede en los arts. 23.4 DUDH y 8.1.a PIDESyP. Aun así, al requerirse una cierta capacidad de obrar, no pueden

ser todas las personas las titulares de este derecho. Se trata, en realidad, de un derecho de reconocimiento impersonal, como los de reunión y de asociación en general, por lo que considero que valen para éste las consideraciones relativas a aquéllos. Tan es así, que en el último precepto se admiten restricciones para este derecho, con tal que estén prescritas por la ley y "que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de derechos y libertades ajenos", similares a las previstas para aquellos otros derechos.

Me parece discutible que exigir como condición para el ejercicio del derecho de asociación que el extranjero haya obtenido autorización de estancia o de residencia en España esté en este caso igualmente justificado; en la redacción originaria no se contenía tal restricción. Sí lo tiene o puede tenerlo en el caso del derecho de reunión y manifestación, puesto que implica o puede presuponer libertad de movimiento en el territorio nacional, pero no así en relación al derecho de asociación. En la redacción originaria no se exigía tal condición, aunque sí se exigía la condición de residente para promover asociaciones.

Por su parte, en el art. 1 de la ley 6/2002, orgánica de partidos políticos, se limita a los españoles el derecho a crearlos. En la STC 48/2003 (ponente, el magistrado Jiménez de Parga y Cabrera) se entendió que no es inconstitucional reservar a los españoles el derecho a crear partidos políticos, puesto que se trata de "asociaciones cualificadas por la relevancia constitucional de sus funciones", concretamente, por ser "instrumento privilegiado de participación política, actividad ésta cuyo ejercicio se constituye en un derecho que, garantizado por el art. 23 CE, tiene por titulares únicamente a los españoles (art. 13.2 CE)", si bien esta "restricción ha de ser interpretada en sus estrictos términos", esto es, "no puede afectar al derecho de los extranjeros a afiliarse a los partidos políticos ya constituidos, ni traducirse en ninguna limitación de los derechos derivados de la afiliación". Esta fundamentación podría superar el test de racionalidad de la diferencia de trato, pero no está claro que superase el de razonabilidad o proporcionalidad –conforme a la STC 115/1987, éste sería el aplicable, por cuanto establece una diferencia de trato entre nacionales y extranjeros en el ejercicio de un derecho, como es el de asociación, constitucionalmente reconocido no sólo a los españoles, sino de modo impersonal, esto es, tampoco a todos, como los de reunión y manifestación, objeto de dicha sentencia-, por cuanto hay extranjeros que sí tienen el derecho de participación política, incluso el de sufragio activo y pasivo en elecciones (municipales), por lo que resulta excesivo negarles la facultad de crear partidos políticos.

2.7. DERECHO A LA EDUCACIÓN (ART. 9)[44].

Se reconoce a todos los extranjeros menores de edad, con independencia, por lo tanto, de cuál sea su situación en España, el derecho y el deber a la educación obligatoria en las mismas condiciones que a los españoles, con acceso a las ayudas públicas y a la correspondiente titulación (art. 9.1 LOEx). Ninguna objeción desde el punto de vista constitucional, puesto que se reconoce sin distinción este derecho en lo que, sin duda, integra su contenido esencial (art. 27.1 y 4 CE). Dígase otro tanto, por lo que establecen los arts. 26.1 DUDH, 13 y 14 PIDESyC.

Se reconoce sólo a los extranjeros residentes el derecho a la educación no obligatoria en las mismas condiciones que a los españoles, salvo el acceso a las ayudas públicas para la educación infantil, nivel en el que sólo se manda a las Administraciones públicas que garanticen que se oferten plazas suficientes para quienes las soliciten, pero sin compromiso de gratuidad, es más, ni siquiera de igualdad en las condiciones de acceso respecto a los españoles (art. 9.2 y 3 LOEx)[45]. Aquí sólo podría plantearse un problema de discriminación[46], no de violación del derecho a la educación, ya que ni siquiera los españoles tienen garantizado constitucionalmente el acceso a niveles de enseñanza no obligatoria con un sistema de ayudas públicas. La posible discriminación sería, sobre todo, en cuanto al acceso a las ayudas públicas para la enseñanza infantil no obligatoria, por lo que se establece no sólo en el art. 26 PIDCyP, sino por lo que impone el art. 24.1 del mismo Pacto, acerca de no discriminar a los niños, aunque no mencione entre los motivos sospechosos la nacionalidad, sino el origen nacional[47].

---

[44] Estrechamente relacionado con este derecho, especialmente, en relación a las condiciones de acceso a niveles de educación medios y superiores, está el reconocimiento de certificados y otros títulos, que desde el 23.01.2006 habrá de realizarse a los extranjeros residentes con permiso de residencia de larga duración, obtenido en cualquier Estado de la Unión, en igualdad de condiciones que las previstas para los españoles (art. 11.1.c de la directiva 2003/109).

[45] En la redacción originaria (art. 9.2) todos los extranjeros tenían reconocido el acceso a la educación en los niveles de enseñanza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles.

[46] Es una discriminación admitida por la propia ley, por lo tanto, no salvable acudiendo a sus propias disposiciones antidiscriminatorias, contenidas en su art. 23.1 y 2.b y c, donde, por cierto, se contiene una mención expresa a la educación.

La discriminación de extranjeros residentes en España con permiso de residencia de larga duración, obtenido en cualquier Estado de la Unión, en cuanto a la educación será desde el 23.01.2006 contraria al art. 11.1.b de la directiva 2003/109, a menos que deba entenderse que las ayudas públicas a la educación infantil no obligatoria pertenecen al ámbito de la asistencia y protección social (arg. art. 11.3.b y 4 de la misma directiva).

[47] "Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado".

Sin embargo, tal discriminación podría no vulnerar la Convención de Naciones Unidas sobre derechos del niño de 1989, a tenor de cuyo art. 28.1 pueden no tener derecho a la educación infantil de nivel inferior a la primaria, puesto que la cláusula antidiscriminatoria, contenida en su art. 2.1, va referida sólo a los derechos enunciados en la misma Convención, aunque sí permita incluir la nacionalidad entre los motivos sospechosos de discriminación, como una condición del niño, de sus padres o de sus representantes:

"1. Los Estados Parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma,

Se formula un mandato a los poderes públicos, para que promuevan una enseñanza para la integración social de los extranjeros residentes -¿y de los demás, como los menores de edad, contemplados en el mismo art. 9.1 LOEx?-, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural (art. 9.4 LOEx), que no tiene por qué implicar concesión alguna a ciertas formas de entender el multiculturalismo, como fundamento de una excepción al mandato constitucional, contenido en el art. 27.2, según el cual "[l]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales"; prescripción ésta plenamente conforme a lo declarado en el art. 26.2 DUDH y 13.1 PIDESyC.

Se permite el acceso de los extranjeros residentes a actividades docentes e investigadoras, si bien sólo con una remisión a las disposiciones vigentes (art. 9.5 pr. LOEx).

Finalmente, a diferencia de lo que se establecía en la redacción originaria, se reconoce sólo a los extranjeros residentes el derecho a crear y dirigir centros docentes, también con remisión a las disposiciones vigentes (art. 9.5 "in fine" LOEx). Haber impuesto la condición de residencia para que un extranjero pueda crear un centro docente implica una restricción al derecho reconocido en el art. 27.6 CE a "las personas físicas y jurídicas" a la libertad de creación de centros docentes, que, siendo una manifestación de la libertad de empresa, reconocida de modo impersonal en el art. 38 CE, debe estar justificado por la consecución de un fin constitucionalmente legítimo y ser proporcionado a su consecución. No veo razón suficiente para esta restricción.

2.8. DERECHO AL TRABAJO (ART. 10)[48].

El derecho al trabajo por cuenta propia o ajena está condicionado a que el extranjero obtenga la correspondiente autorización administrativa (arts. 10.1 y 36-43 LOEx, 48-70 y 75-99 RLOEx). Ésta es una regla general, que admite excepciones que resulten de un tratado o de otra ley (arg. arts. 13.1 y 35.1 CE, SSTC 107/1984 y 150/1994). No cabe hacer reproche constitucional alguno a esta

---

la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o representantes legales.

2. Los Estados Parte tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".

[48] Estrechamente relacionado con este derecho está el reconocimiento de diplomas profesionales, certificados y otros títulos, que desde el 23.01.2006 habrá de realizarse a los extranjeros residentes con permiso de residencia de larga duración, obtenido en cualquier Estado de la Unión, en igualdad de condiciones que las previstas para los españoles (art. 11.1.c de la directiva 2003/109).

exigencia legal, puesto que el derecho al trabajo sólo está reconocido constitucionalmente a los españoles.

Dígase otro tanto de la equiparación de los extranjeros residentes a los ciudadanos comunitarios en el acceso como personal laboral al servicio de las Administraciones públicas (art. 10.2 LOEx). Recordemos que en el art. 13.2 CE se reserva a los españoles el derecho de acceder a cargos y funciones públicos.

2.9. DERECHO DE HUELGA (ART. 11.2).

Es condicionado a que el extranjero esté autorizado a trabajar, condición que no se exigía en la redacción originaria, pues bastaba con el hecho de ser trabajador, sin exigir esa autorización. Como en el art. 28.2 CE este derecho es reconocido no a todos pero tampoco sólo a los españoles y no es inherente a la persona, habría que valorar si esa condición que se impone a los extranjeros está justificada por perseguir un fin constitucionalmente legítimo y ser proporcionada a su consecución. No se puede afirmar, sin más, que, por no tener derecho a trabajar, tampoco se tiene derecho a la huelga si, a pesar de todo, se trabaja. Si existe la obligación de trabajar, no se puede dejar de reconocer el derecho de huelga.

La regla contenida en el art. 36.3 in fine LOEx no sanciona con la nulidad el contrato de trabajo por carecer de la correspondiente autorización administrativa, sino que se limita a advertir de que se salvan las responsabilidades a que hubiere lugar, así como los derechos y prestaciones que pudieran corresponder al trabajador.

Estas previsiones no prejuzgan cuál sea la sanción que merezca el contrato, sino que se limitan a salvar ciertos efectos –los favorables al trabajador- y responsabilidades. Sí está claro que no se trata de un contrato inexistente. Puede ser válido, en cuyo caso, no sólo se mantienen los efectos producidos favorables para el trabajador, sino todos y, además también para el futuro, en cuyo caso, subsiste la obligación de trabajar, por lo que no puede negarse el derecho de huelga. Puede ser nulo, pero salvando los efectos favorables para el trabajador, producidos con anterioridad a su declaración de nulidad, de modo que no subsistiría la obligación de trabajar[49]. Puede ser válido, pero ineficaz en tanto no se obtenga la autorización administrativa, en cuyo caso, de momento, no existiría tal obligación, subsistiendo los efectos producidos anteriormente a favor del trabajador.

[49] La nulidad del matrimonio tampoco implica la desaparición retroactiva de todos los efectos ya producidos, puesto que los hijos, en todo caso, y el cónyuge o los cónyuges de buena fe tienen derecho a conservar los ya producidos (art. 79 CC, situación de matrimonio putativo).

La sanción de nulidad no puede basarse en lo establecido en el art. 6.3 CC, por cuanto considero que sólo es la aplicable cuando se ha infringido un límite a la libertad contractual –el contenido de lo pactado es contrario a leyes imperativas, a la moral o al orden público-, no cuando se ha infringido una limitación de dicha libertad, como es la necesidad de contar con una autorización[50]. En principio, con base en esta interpretación del art. 6.3 CC, a falta de otra norma específica, lo más adecuado es entender que el contrato de trabajo es válido, pero ineficaz en tanto no se obtenga la correspondiente autorización.

Las SSTS (Sala de lo social) de 09.06 y 29.09.2003[51] afirman la validez del contrato, con base en el art. 36.3 LOEx. Me parece que es, mejor, en la inaplicabilidad del art. 6.3 CC en lo que se basaría tal validez. No se dice en ellas que el contrato sea, con todo, ineficaz, en tanto no se obtenga la correspondiente autorización. Sin embargo, una interpretación conjunta de las reglas contenidas en los arts. 11.2 y 36.3 LOEx reforzaría esta interpretación, por cuanto así se explicaría que, entre tanto no llegue a nacer la obligación de trabajar, no tenga el trabajador derecho a la huelga. Es más, la presunción de constitucionalidad de las leyes o, si se prefiere, el principio de conservación de los actos jurídicos obligarían a realizar esta interpretación, ya que, de considerar que el contrato de trabajo es válido y eficaz, tendríamos que considerar inconstitucional la exclusión del derecho de huelga de estos trabajadores, contratados sin contar con la preceptiva autorización administrativa.

2.10. DERECHO A LA PROTECCIÓN SOCIAL (ARTS. 10.1 Y 12-14).

En cuanto a la asistencia sanitaria, se identifican cuatro supuestos. En primer lugar, los extranjeros empadronados en el municipio en el que residan habitualmente, que tienen derecho a dicha asistencia en las mismas condiciones que los españoles (art. 12.1 LOEx). En segundo lugar, todo extranjero que se encuentre en España tiene derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia, por accidente o enfermedad grave, hasta el alta médica (art. 12.2 LOEx). En tercer lugar, los extranjeros menores de edad que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria igual que los españoles (art. 12.3 LOEx). Finalmente, las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tienen derecho a esta asistencia durante el embarazo, parto y postparto (art. 12.4 LOEx). En definitiva, sólo se restringe significativamente esta asistencia para los extranjeros no empadronados, mayores de edad, fuera de las urgencias y embarazos, lo cual satisface sin problemas las previsiones constitucionales sobre

[50] Me remito a lo que más en extenso manifesté en mi prólogo al libro LAS FUNDACIONES: PATRIMONIO, FUNCIONAMIENTO Y ACTIVIDADES, de L. Linares Andrés, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 13-22.
[51] Antonio Álvarez del Cuvillo me ha facilitado las referencias.

protección de las madres con independencia de su estado civil (art. 39.2 CE), de los niños (art. 39.4 CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE), cuya eficacia es programática, incluso, para los españoles (art. 53.3 CE).

Hay que advertir que la asistencia sanitaria a la que se refiere el art. 12 LOEx es aquella que puede exigir un extranjero por sí mismo. Además, está aquella a la que tenga derecho, por ejemplo, como familiar de otro (STC 95/2000), como una forma de protección de la familia.

Se reconoce a los extranjeros residentes en España el derecho a acceder al sistema público de ayudas en materia de vivienda, en las mismas condiciones que los españoles (art. 13 LOEx). En la redacción originaria también tenían acceso a estas ayudas los extranjeros empadronados. Ningún reproche cabe hacer desde la propia Constitución, ya que el derecho a una vivienda digna y adecuada es, uno de los principios rectores de política económica y social, dotado, lógicamente, de eficacia meramente programática, incluso, para los españoles (arts. 47.1 y 53.3 CE).

Finalmente, en cuanto a las prestaciones del sistema de Seguridad Social y demás servicios sociales, los extranjeros residentes en España son equiparados a los españoles (art. 14.1 y 2 LOEx), si bien todos ellos tienen reconocido el derecho a las prestaciones sociales básicas (art. 14.3 LOEx). Con todo, se trata de una regla general, que no impide, por ejemplo, que un tratado o una ley prevean supuestos en los que no se requiera la residencia para acceder a prestaciones diferentes a las básicas (STC 130/1995). Ningún reproche cabe hacer desde la propia Constitución, que reconoce el derecho a la Seguridad Social sólo a los ciudadanos y en la medida en que b prevea la legislación que lo desarrolle (arts. 41 y 53.3 CE)[52].

Este cuadro de protección social de los extranjeros respeta igualmente los Tratados suscritos por España, tanto en lo que respecta al contenido de los derechos reconocidos en sí mismos, como en comparación con los reconocidos a los españoles, por lo que resulta de los arts. 22 y 25 DUDH y 10-12 PIDESyP.

2.11. FISCALIDAD (ART. 15.1).

Se establece una regla general de equiparación a los españoles, a salvo convenios de doble imposición, en cuanto a impuestos, que supongo ha de valer igualmente para cualquier figura impositiva (art. 15.1 LOEx). Esta regla es

[52] Ha de tenerse en cuenta que los extranjeros residentes que hayan obtenido en España o en otro Estado de la Unión un permiso de residencia de larga duración tendrán derecho desde el 23.01.2006 a la igualdad de trato con los españoles en las prestaciones de la Seguridad Social (art. 11.1.d de la directiva 2003/109).

plenamente conforme al derecho-deber de todos de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante un sistema tributario (art. 31.1 CE).

Ahora bien, ¿comprende esta regla de equiparación el disfrute de las ventajas fiscales, en cualesquiera de sus modalidades? Si se trata de desgravaciones o cualquier tipo de beneficio ligado a un impuesto, entiendo que sí. Pero esto no implica que los extranjeros tengan derecho a cualquier subvención por desarrollar una actividad empresarial, pues dependerá de las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa, derecho reconocido de modo impersonal (art. 38 CE), por lo tanto, donde hay equiparación a los españoles, en tanto no se establezca un trato diferente, que, sin embargo, deberá perseguir en la medida adecuada un fin constitucionalmente legítimo[53].

2.12. DERECHO A TRANSFERIR INGRESOS Y AHORROS (ART. 15.2).

Se reconoce el derecho a realizar tales transferencias, sin límite, para los ingresos y ahorros obtenidos en España, con destino a cualquier otro país, claro está, conforme a los procedimientos previstos en la legislación española y conforme a los acuerdos internacionales aplicables (art. 15.2 LOEx).

No es una exigencia constitucional la libertad de exportación de capitales, pero tampoco parece que esta libertad de transferencia de ingresos y ahorros implique necesariamente esa libertad de circulación de capitales, puesto que, aunque se refiere a cualesquiera ingresos y ahorros, han de haberse generado en España, de modo que no se trata de capitales ingresados, invertidos, desinvertidos y exportados, sino de la transferencia de ganancias obtenidas en España.

2.13. DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR (ART. 16.1).

Junto a la vida en familia es reconocido el derecho a la intimidad familiar sólo a los extranjeros residentes (art. 16.1 LOEx). Pues bien, al tratarse de un derecho inherente a la dignidad de la persona, reconocido constitucionalmente de modo impersonal (art. 18 CE), está fuera de toda duda que corresponde a toda persona, con independencia de que la familia en la que se inserte sea la formada en el país de origen, tras su reagrupación a España, o la que haya formado en España. Así, pues, todo extranjero goza de la protección que le dispensa el art. 18 CE y la ley 5/1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal

[53] Téngase en cuenta que los extranjeros residentes que hayan obtenido en España o en otro Estado de la Unión un permiso de residencia de larga duración tendrán derecho desde el 23.01.2006 a la igualdad de trato con los españoles en los beneficios fiscales (arts. 11.1.e y 21.1 de la directiva 2003/109).

y familiar y a la propia imagen, frente a cualesquiera intromisiones ilegítimas. El contenido esencial de este derecho resulta, además de lo que prevé la propia Constitución, de los arts. 12 DUDH, 17 PIDCyP y 8 CEDH.

2.14. REAGRUPACIÓN FAMILIAR (ARTS. 16-19).

El derecho a la reagrupación familiar puede ser ejercitado sólo por los extranjeros residentes en España, cuando su residencia sea legal y se haya prolongado, al menos, un año, si hay autorización para residir al menos otro año (arts. 16.2 y 18.2 LOEx y 42.1 RLOEx)[54]. Hace falta solicitar una autorización de residencia a favor de los familiares que van a ser reagrupados, aportando prueba de que se dispone de alojamiento y medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de la familia una vez reagrupada (arts. 18.1 LOEx y 42.2 RLOEx)[55]; si el reagrupado es cónyuge, se requiere también declaración jurada del reagrupante de que con él no reside otro cónyuge en España (art. 42.2.f RLOEx).

Los familiares reagrupables son los enumerados en el art. 17.1 LOEx y 39 RLOEx[56]. Se trata, con matices de los siguientes familiares: (un) cónyuge no separado del residente, hijos menores o incapacitados del residente o de su cónyuge, menores o incapaces de los que el residente ostente su representación legal y ascendientes a cargo del residente o de su cónyuge.

La directiva 2003/86 ha fijado un plazo de nueve meses desde la presentación de la solicitud para notificar la resolución, salvo que concurran circunstancias excepcionales por razón de la complejidad de la solicitud (art. 5.4).

Esta directiva permite que los Estados denieguen una solicitud de entrada y de residencia de miembros de la familia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública (art. 6.1).

---

[54] La directiva 2003/86 no exige en su art. 3.1 que el reagrupante haya residido un cierto tiempo, sino que tenga un permiso de residencia de, al menos, un año, pero también que tenga la perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente. No exigir lo segundo es posible, pues caben disposiciones nacionales más favorables (art. 3.5). Exigir el año previo de residencia del reagrupante entra dentro del margen de dos años dejado por el art. 8.1.

Sin embargo, está pendiente de adaptarse a la directiva 2003/109, por cuanto no se podrá exigir desde el 23.01.2006 tiempo previo de residencia ni autorización para seguir residiendo durante un cierto tiempo a los extranjeros extracomunitarios residentes en España, que hayan obtenido en otro Estado de la Unión un permiso de residencia de larga duración, para que les acompañen o se reúnan con su cónyuge e hijos menores del reagrupante o de su cónyuge (art. 16.1).

[55] La directiva 2003/86 permite exigir también seguro de enfermedad con cobertura para todos los miembros de la familia (art. 7.1).

[56] La exclusión del cónyuge del reagrupante separado de hecho o de Derecho no está expresamente prevista en la directiva 2003/86 (art. 4.1.a), pero sí responde al espíritu y finalidad de la misma, que es la de mantener la unidad familiar (art. 2.d). Debemos entender, pues, que la separación de hecho ha de haberse producido por causa diferente a la emigración del reagrupante y haberse prolongado durante un tiempo tal, que permita considerar rota la unidad familiar preexistente.

La autorización de residencia será expedida por el mismo tiempo que reste a la autorización de residencia del reagrupante (art. 18.3 LOEx); y si éste tiene autorización de residencia permanente, hasta la fecha de validez de la tarjeta de identidad de extranjero del reagrupante, si bien una autorización posterior de residencia del reagrupado será ya de carácter permanente (art. 42.7 RLOEx)[57]. El cónyuge del extranjero y sus familiares reagrupados con él conservarán su autorización de residencia, aunque se rompa el vínculo matrimonial que dio lugar a la reagrupación (art. 16.3 LOEx), aunque no por más tiempo que el inicialmente autorizado, si bien su renovación dependerá de la situación del miembro de la familia con el que convivan (art. 41.3 RLOEx).

Los familiares reagrupados podrán obtener autorización de residencia independiente de la del que los reagrupó, en los siguientes casos y condiciones (art. 19 LOEx):

- el cónyuge, si obtiene autorización para trabajar, o si se hubiera dictado orden de protección a su favor por violencia doméstica, o (art. 41.1 RLOEx) si ya ha residido en España sin separarse durante cinco años[58], o (art. 41.2.a RLOEx) cuando se haya separado judicialmente o divorciado del que lo reagrupó, si la convivencia en España duró al menos dos años, o (art. 41.2.c RLOEx) por muerte del reagrupante;
- los hijos, si han alcanzado la mayoría de edad y, o bien obtienen autorización para trabajar, o bien (art. 41.4 RLOEx) han residido en España durante cinco años[59];
- los menores de los que el reagrupante tenga la representación legal, igual que los hijos (art. 41.4 RLOEx);
- y los ascendientes, si obtienen autorización para trabajar, acreditando solvencia económica.

Los familiares residentes por reagrupación podrán reagrupar a familiares propios, si, además de reunir las condiciones requeridas para solicitar la

[57] La directiva 2003/86 exige que la duración del permiso de residencia sea de un año como mínimo (art. 13.2), pero también establece que, en principio, no superará la duración del permiso de residencia del reagrupante (art. 13.3). ¿Puede entenderse que la duración será, como mínimo de un año, salvo que sea menor la duración del permiso de residencia del reagrupante? ¿Ha de entenderse que el mínimo es un año, salvo que sea mayor la duración del permiso de residencia del reagrupante? Considero que hay una regla general: la duración del permiso de residencia del familiar del reagrupante será la misma que la del permiso de éste; si es superior al año, puede limitarse a un año la duración del permiso de residencia del familiar del reagrupante; si es inferior al año, no se impone que la duración del permiso de residencia del familiar del reagrupante sea de un año. Así interpretada la directiva, es respetada por el art. 18.3 LOEx.

[58] La previsión reglamentaria a favor del cónyuge no separado del reagrupante, que haya residido cinco años en España, no prevista por la ley –por lo tanto, de legalidad más que dudosa-, permite, sin embargo, cumplir una exigencia de la directiva 2003/86 (art. 15.1).

[59] La previsión reglamentaria a favor de los hijos del reagrupante, que hayan residido cinco años en España y sean mayores de edad, no prevista por la ley –por lo tanto, de legalidad más que dudosa-, permite, sin embargo, cumplir una exigencia de la directiva 2003/86 (art. 15.1).

reagrupación del ahora reagrupante, cuentan con autorización de residencia independiente y de trabajo, solicitando la correspondiente autorización de residencia para esos familiares y probando que disponen de alojamiento y medios de subsistencia suficientes (arts. 17.2 y 18.1 LOEx). Cuando se trata de ascendientes reagrupados habrán de haber conseguido la residencia permanente y acreditado solvencia económica, como regla general, salvo que tengan hijo menor o incapacitado a su cargo, en cuyo caso se aplicará la regla general del art. 17.2 LOEx (art. 17.3 LOEx).

Tramitación del visado en el procedimiento de reagrupación familiar (art. 43 RLOEx).

Renovación de autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación (art. 44 RLOEx).

Ningún reproche de inconstitucionalidad puede hacerse a estas previsiones, puesto que en el art. 39.1 CE se manda proteger a la familia, pero su eficacia es programática, incluso, para los españoles (art. 53.3 CE). Tampoco se violan los arts. 16.3 DUDH y 23.1 PIDCyP. Al admitir la reagrupación de hijos menores se respeta la exigencia contenida en el art. 10.1 de la Convención sobre derechos del niño[60], si bien faltaría admitir la reagrupación del otro progenitor, con el que conviviera el reagrupante sin estar casados (arg. arts. 9.1 y 10.1 de la Convención y 39.4 CE). Que en los demás supuestos no se haya incluido al conviviente del reagrupante no merece reproche alguno de inconstitucionalidad, ya que ni es equiparable al cónyuge, ni se admite a otros familiares que los mencionados[61].

2.15. GARANTÍAS JURÍDICAS (ARTS. 20-22).

Se reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 20.1 LOEx), que lo está constitucionalmente a "todas las personas" (art. 24.1 CE), por lo que no podía dejar de ser reconocido a todos los extranjeros, puesto que es uno de los inherentes a la persona (SSTC 11/1983, 99/1985, 82/1996, 91, 95, 134, 162 y 163/2000, 227/2001, 32 y 95/2003, 148/2004). Este derecho comprende, básicamente, los de acceso a la jurisdicción, a defenderse, a proponer y practicar

[60] "De conformidad con la obligación que incumbe a los Estados Parte a tenor de lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 9, toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado Parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estado Parte de manera positiva, humanitaria y expeditiva".

[61] En la redacción originaria se admitía la reagrupación de "cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias" (art. 17.1.e LOEx). Por esta vía podía autorizarse la reagrupación del conviviente del residente, al menos, cuando hubiera hijos menores comunes, como vía para satisfacer la exigencia de permitir la reagrupación del niño y sus padres, con independencia de que éstos estén casados, si convivían. Sobre esto ya me pronuncié en "¿Es la unión libre una situación análoga al matrimonio?, Revista Jurídica del Notariado, n.º 32, págs. 312 y 313.

la prueba, a una resolución fundada en Derecho, a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes. Está reconocido en los arts. 10 DUDH, 14 PIDCyP y 6 CEDH.

Se reconocen las garantías en los procedimientos administrativos previstas en la legislación general (art. 20.2 LOEx).

Se reconoce legitimación para intervenir en procedimientos administrativos y en los procesos contenciosos relativos a extranjería a organizaciones creadas para la defensa de los derechos de extranjeros (art. 20.3 y 4 LOEx).

Se reconoce el derecho a recurrir actos y resoluciones administrativos, conforme a la legislación vigente, así como el régimen de ejecución de actos administrativos dictados en materia de extranjería, sin otras especialidades que las previstas en la misma ley para los procedimientos de expulsión (art. 21 LOEx).

Se reconoce sólo a los extranjeros residentes el derecho a la justicia gratuita en las mismas condiciones que a los españoles en cualesquiera procesos (art. 22.2 LOEx). En cambio, sí se reconoce a todo extranjero que se encuentre en España, en las mismas condiciones que a los españoles, el derecho a la justicia gratuita en "los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo", teniendo en este caso derecho a intérprete, si no comprenden ni hablan la lengua oficial que se utilice (art. 22.1 LOEx).

En la STC 95/2003 (ponente, el magistrado Giménez Sánchez) se declaró inconstitucional el art. 2.a de la ley de asistencia jurídica gratuita, por considerar que de ese beneficio no se podía privar a cualquier persona que, encontrándose en España, reuniese las condiciones exigidas para los españoles, para todo tipo de procesos y con independencia de la legalidad o ilegalidad de su situación en España. Esta decisión se fundamentó en que el beneficio de justicia gratuita, aunque no está mencionado entre los derechos recogidos en el título primero de la Constitución, sino en su art. 119, es instrumental respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, inherente a la persona. Hubo, sin embargo, tres magistrados que formularon otros tantos votos particulares. Conde Martín de Hijas advirtió que el beneficio de justicia gratuita no se encuentra en el art. 24 CE, sino en el art. 119 CE, por lo tanto, como un mandato de configuración legal, y que los textos internacionales no contemplaban dicho beneficio, por lo que el legislador podía o no reconocerlo a los extranjeros, conforme al art. 13.1 CE. García-Calvo y Montiel admitió que, si bien este beneficio no puede negarse a todo extranjero, tampoco ha de reconocerse a todo extranjero, esto es, con independencia de la legalidad de su residencia en España, de modo que, una vez que la ley de

asistencia jurídica gratuita ya lo concedió para litigar en procesos contencioso-administrativos, no era obligado extenderlo a todos los extranjeros ni a todos los procesos. Por su parte, Rodríguez-Zapata Pérez formuló otro voto, pero concurrente, advirtiendo que la Constitución no impone la identidad entre españoles y extranjeros en relación con el beneficio de justicia gratuita, por lo que son posibles diferencias de trato razonables y proporcionadas entre unos y otros.

En mi opinión, siendo coherente con las premisas que he sentado, no estando el beneficio de justicia gratuita reconocido en el art. 24 CE, como uno de los derechos reconocidos a todos, y no siendo inherente a la dignidad de la persona, sino que está formulado en términos genéricos, puesto que no está referido a todos ni sólo a los españoles, la Constitución no impide que se establezcan condiciones específicas para los extranjeros, siempre que no produzcan como resultado una denegación de acceso a la justicia, pues es instrumental respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, si persiguen un fin constitucionalmente legítimo y son proporcionadas a ese fin. Ahora bien, considero que la cláusula general de igual protección, contenida en el art. 26 PIDCyP obliga a someter al test de razonabilidad cualquier diferencia de trato por razón de la nacionalidad, también en el acceso al beneficio de justicia gratuita, aunque en dicho Pacto no se mencione como uno de los derechos en él reconocidos. Lo que sucede es que, si, como ordena esta sentencia, el requisito de residencia en España es interpretado como situación de hecho, con independencia de que sea legal o no, parece que ningún extranjero verá denegado su acceso a la justicia por insuficiencia de recursos económicos, por aplicación del art. 22 LOEx.

2.16. DE LAS MEDIDAS ANTIDISCRIMINATORIAS (ARTS. 23 Y 24).

En el art. 23.1 LOEx se contiene una cláusula general antidiscriminatoria, comprensiva de algunas discriminaciones directas e indirectas, que afecten a los derechos humanos y a las libertades fundamentales[62], cuyo sentido no se comprende bien, teniendo en cuenta la protección que se les dispensa por lo que resulta del art. 13.1 CE, puesto en relación con las cláusulas antidiscriminatorias contenidas en textos internacionales (arts. 2.1 y 7 DUDH, 2.1 y 26 PIDCyP, 2.2 y 3 PIDESyC y 14 CEDH). Algunas consideraciones merece, pues, esta cláusula legal general.

La primera consiste en que entre los criterios de distinción prohibidos no se encuentra el del sexo, ni el del nacimiento, por citar dos criterios sí incluidos en

[62] "A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones o prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural" (art. 23.1 LOEx).

la cláusula del art. 14 CE, como tampoco el de la lengua, ni otros criterios mencionados en el art. 26 PIDCyP, como son las opiniones, el origen social, la posición económica o cualquier otra condición social, que también se refiere al sexo y al nacimiento. La ley puede no extender a los extranjeros la cláusula antidiscriminatoria, contenida en el art. 14 CE, en todo o parte de su contenido, pero lo que no puede es recortarles la protección que ya tenían, con base en la cláusula antidiscriminatoria contenida en el art. 26 PIDCyP, o en las contenidas en otros tratados[63] (arts. 10.2, 13.1 y 96 CE). Lo que sucede es que esa protección la mantienen, puesto que esta ley no impide hacer valer tales tratados, como, por lo demás, resulta del art. 3.1 de la propia LOEx.

Por lo tanto, criterios de distinción sospechosos de discriminación no son sólo los citados en el art. 23.1 LOEx, sino todos los que lo han sido en los tratados suscritos por España. La consecuencia de emplear uno de estos criterios para establecer diferencias de trato en perjuicio de extranjeros es que tales diferencias habrán de superar el test de proporcionalidad más estricto. Es más, podría entenderse, para dar un sentido protector a la cláusula antidiscriminatoria contenida en esta ley, que no la haga irrelevante ni inconstitucional, que los criterios de distinción que menciona no pueden ser empleados, sin más, es decir, que generan distinciones prohibidas, sin necesidad de someterlas a test alguno.

La segunda consiste en que tampoco ahora se ha introducido la nacionalidad como criterio sospechoso de discriminación. No se prohíbe distinguir entre nacionales y extranjeros, ni entre éstos, por razón de su nacionalidad. Seguimos, pues, con la cláusula general de igualdad sin discriminación, contenida en el art. 26 pr. PIDCyP, y las contenidas en los demás tratados, ninguno de los cuales menciona la nacionalidad como uno de tales criterios.

En consecuencia, las distinciones por razón de la nacionalidad seguirían, también en el plano infralegal, sujetas al test menos estricto de proporcionalidad, a menos que perjudiquen a españoles, por cuanto a estos sí les es aplicable la cláusula antidiscriminatoria, contenida en el art. 14 CE, que sí comprende cualquier condición, de modo que el test a aplicar sería el más estricto. En los demás criterios diferenciadores, el test a aplicar es el mismo para cuando sean perjudicados españoles o extranjeros, por lo que resulta de los arts. 14 CE y 26 PIDCyP.

En el art. 23.2 LOEx se contiene una lista de conductas que, en todo caso, son discriminatorias. Su sentido lógico sería reforzar la cláusula general antidiscriminatoria, especificando algunas conductas que, en todo caso, están

[63] Por ejemplo, sobre el sexo como criterio de diferenciación, ha de tenerse presente, específicamente, la Convención de Naciones Unidas de 1979 sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, vigente en España desde el 04.02.1984.

prohibidas, sin necesidad de plantearse si quedan o no comprendidas en la cláusula general. Pues bien, no es exactamente esto lo que resulta de esta lista.

En primer lugar, se refiere a los actos llevados a cabo por funcionarios o personal encargado de servicios públicos, pero parece que sólo quedan prohibidos cuando se trate de actos que sean en sí mismos discriminatorios y estén prohibidos por la ley, con lo cual la propia ley desactivaría su cláusula general antidiscriminatoria, ya que no se trata de actos que se califican de discriminatorios por ir dirigidos contra un extranjero por su condición de tal, por su nacionalidad, raza, etnia o religión, sino que se trata de actos discriminatorios, que no serán ilícitos sin más, sino cuando, además, estén prohibidos por la ley y perjudiquen a un extranjero, pero sólo cuando se emplee alguno de estos criterios diferenciadores, con lo cual, se viene a salvar discriminaciones de extranjeros cuando no estén prohibidas por la ley o cuando respondan a otros criterios de diferenciación[64]. Considero que, como mínimo, éstos pueden hacer valer la cláusula general antidiscriminatoria, así como las genéricas o específicas de los tratados firmados por España[65].

En segundo lugar menciona los actos que impliquen denegación, imposición de condiciones más gravosas o resistencia a proporcionar bienes o servicios ofertados al público[66]. Pero resulta que, en tercer lugar, se refiere a la denegación, mayor gravosidad, limitación o resistencia a facilitar acceso al trabajo, la vivienda, la educación[67], la formación profesional, cualquier servicio social o socioasistencial y cualquier otro derecho reconocido en la propia ley, pero sólo cuando sea llevadas a cabo en perjuicio de extranjeros que se encuentren

---

[64] "En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

a) Los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público, que en el ejercicio de sus funciones, por acción u omisión, realice cualquier acto discriminatorio prohibido por la ley contra un ciudadano extranjero sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad" (art. 23.2.a LOEx).

[65] Así las cosas, carecería de sentido plantearse si genera responsabilidad adoptar el criterio de pertenencia a una raza para que un agente de policía pida la documentación, ya que pedir la documentación no es un acto discriminatorio prohibido en general por la ley, por el que un extranjero tenga derecho a sentirse discriminado, ya que su objeto es, precisamente, comprobar si es o no extranjero y, si lo es, si tiene el permiso de residencia.

En cambio, en la STC 13/2001 se resolvió un amparo, en el que se discutía si adoptar ese criterio de selección era o no discriminatorio. Discusión que no tendría relevancia alguna ya, tal y como está redactado el art. 23.2.a LOEx. Sí la tendría si se suprimiera la frase "prohibido por la ley" o si se entendiera que con esa frase no se agrega una condición adicional a la de que el acto sea discriminatorio, como obliga a entender la cláusula general antidiscriminatoria del art. 23.1 LOEx. Habría, por lo tanto, que recurrir a las cláusulas generales de igualdad sin discriminación, contenidas en los tratados suscritos por España.

Esta sentencia, con todo, no proporciona argumento en contra de la consideración aquí sostenida, en virtud de la cual el art. 14 CE, en sí mismo considerado, sólo ampara a los españoles, ya que en el caso de autos la recurrente en amparo, a quien se pidió la documentación por el color de su piel, resultó ser española.

[66] "En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

b) Todos los que impongan condiciones más gravosas que a los españoles, o que impliquen resistencia a facilitar a un extranjero bienes o servicios ofrecidos al público, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad" (art. 23.2.b LOEx).

[67] Adviértase que la propia ley admite la discriminación de extranjeros residentes en el acceso a la educación infantil no obligatoria y al sistema de ayudas a este nivel de educación (art. 9.2 y 3).

regularmente en España y si esas conductas no están justificadas[68], lo cual, o va dirigido a dejar sin efecto la cláusula general antidiscriminatoria o hace irrelevante el supuesto, dado que ya la cláusula general permite considerar discriminatorias esas conductas cuando afecten a derechos humanos o libertades fundamentales, a menos que se deba entender que las discriminaciones relativas a los derechos reconocidos en la propia ley no están comprendidas en la cláusula general del art. 23.1 LOEx, con lo que no estoy de acuerdo.

En cuarto lugar, se considera discriminatorio impedir el ejercicio de actividades económicas a extranjeros con residencia legal en España[69], lo cual me parece un reconocimiento implícito a los extranjeros de la libertad de empresa, en principio, en las mismas condiciones que los españoles.

Finalmente, se proporciona un concepto de discriminación indirecta de trabajadores[70]. Sigue sin incluir los criterios de sexo, nacimiento, etc., de los citados en el art. 26 PIDCyP, como tampoco los del art. 2.2 PIDESyC, cuyo art. 6 recoge el derecho al trabajo. Pues bien, una vez más, he de afirmar que esta regla, contenida en el art. 23.2.e LOEx, no puede recortar la protección de los extranjeros, que resulta de los citados Pactos, por exigirlo lo establecido en los arts. 10.2, 13.1 y 96 CE.

Constátese, por lo expuesto, en primer lugar, que en las reglas específicas, contenidas en el art. 23.2.a y c LOEx se limita la protección que resultaba de la cláusula general contenida en el mismo art. 23.1 LOEx, en lugar de reforzarla. En segundo lugar, recuérdese que esta cláusula general ya recortaba la protección que para los extranjeros resulta de la contenida en el art. 26 PIDCyP y otras contenidas en otros tratados. Sin necesidad de declarar la inconstitucionalidad de tales recortes, las normas contenidas en los arts. 10.2, 13.1 y 96 CE permiten garantizar la protección que resulta de los tratados, puesto que no impiden considerar que sólo es discriminatorio lo que esta ley dice que lo es, sino todo aquello que lo sea según tales tratados. En tercer lugar, adviértase que en estas reglas específicas sí se ha introducido el criterio de la nacionalidad o el hecho de ser extranjero como una de las distinciones discriminatorias, en lo cual sí

---

[68] "En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

c) Todos los que impongan ilegítimamente condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten el acceso al trabajo, a la vivienda, a la educación, a la formación profesional y a los servicios sociales y socioasistenciales, así como a cualquier otro derecho reconocido en la presente Ley Orgánica, al extranjero que se encuentre en situación regular en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad" (art. 23.2.c LOEx).

[69] "En cualquier caso, constituyen actos de discriminación:

d) Todos los que impidan, a través de acciones u omisiones, el ejercicio de una actividad económica emprendida legítimamente por un extranjero residente legalmente en España, sólo por su condición de tal o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad" (art. 23.2.d LOEx).

[70] "Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad" (art. 23.2.e LOEx).

se va más allá de lo que se establece en la cláusula general del art. 23.1 LOEx y de las contenidas en los tratados. Y, finalmente, observar que, en cambio, se ha seguido omitiendo la inclusión de criterios de distinción tan sospechosos de discriminación, como son el sexo, el nacimiento, las opiniones, la situación social, la lengua, etc. de los mencionados en el art. 26 PIDCyP y demás cláusulas antidiscriminatorias contenidas en tratados suscritos por España, que no por esto dejan de ser alegables y aplicables (arg. arts. 10.2, 13.1 y 96 CE).

Por lo demás, cualesquiera infracciones, tanto las tipificadas singularmente como las encuadrables sólo en la cláusula genérica, son calificadas como muy graves, cuando se basen en motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos (art. 54.1.c LOEx). ¿Y cuando sea por otros motivos? No están tipificadas como infracciones. La sanción de las muy graves consiste en la imposición de una multa de entre 6.001 y 60.000 € (art. 55.1.c LOEx). En la medida en que la falta de sanción de las discriminaciones de extranjeros contrarias a los tratados suscritos por España, pero no tipificadas como infracción por esta ley, implique una menor protección de los extranjeros serían contrarias al art. 26 PIDCyP, serían inconstitucionales (arg. arts. 13.1 y 96 CE). Aunque no hubiera sanción administrativa, tales conductas tendrían la protección que frente a la discriminación proporciona la legislación especial sobre consumidores[71] o trabajadores, o la general por la vía de la responsabilidad civil, que, en modo alguno, pueden entenderse excluidas por los arts. 23, 54 y 55 LOEx, para aquellas conductas que no tipifica como discriminatorias, pero que lo son conforme a los tratados suscritos por España.

Por último, en el art. 24 LOEx se amplía a los extranjeros la facultad de acudir al procedimiento previsto en el art. 53.2 CE para la tutela judicial frente a discriminaciones que impliquen vulnerar derechos y libertades fundamentales. No comprende, por lo tanto, otras lesiones a esos mismos derechos, es decir, cuando no haya habido discriminación. Esta extensión parcial es posible a tenor del art. 13.1 CE, ya que el art. 53.2 CE sólo se refiere a los ciudadanos. Ahora bien, como ya advertí, pudiera ser que tal equiparación a los españoles viniera exigida por las cláusulas de igualdad contenidas en tratados, especialmente, la de igual protección del art. 26 PIDCyP.

---

[71] Por ejemplo, el derecho del consumidor o usuario a optar entre las condiciones pactadas singularmente, las contenidas en las condiciones generales y las enunciadas en la publicidad (art. 8 LGCU 26/1984). Pero también la sanción administrativa, por la infracción tipificada en el art. 3.2.8 del RD 1945/1983, por la negativa infundada a satisfacer las demandas del consumidor o usuario y de expendedores o distribuidores, producidas de buena fe o conforme al uso establecido, cuando su satisfacción esté dentro de las disponibilidades del vendedor o prestador habitual, así como cualquier forma de discriminación con respecto a las referidas demandas". Y, por supuesto, también se podrá hacer valer el derecho a contratar con el prestador del servicio, cuando así esté establecido (ya los RRDD 1457/1986 y 58/1988, sobre reparación de vehículos automóviles y aparatos de uso doméstico). Me remito a lo que expuse en "Protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios. Comentario a los arts. 9 y 10 del Estatuto de consumidores y usuarios de la Comunidad Valenciana", coord. por V. Cuñat Edo, Valencia 1993, págs. 76-81.

3. DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS (EXTRACOMUNITARIOS) EN LA UNIÓN EUROPEA.

3.1. EL DERECHO A EJERCER UNA ACTIVIDAD ECONÓMICA ASALARIADA.

Art. 39.1 TCE.

Aunque este precepto no contenía referencia alguna al carácter nacional del trabajador, ha sido en este sentido restrictivo como ha sido desarrollado por el Derecho derivado y por la jurisprudencia.

Con la excepción de familiares de ciudadanos comunitarios y de los que pertenecen a países del EEE, no hay tal libertad para los nacionales de terceros países.

Arts. 64 y 65 Acuerdo Euromediterráneo con Marruecos.

Igualdad de trato en las condiciones de trabajo, de remuneración y de seguridad social entre los trabajadores magrebíes empleados en los Estados miembros y sus nacionales.

La noción de trabajador se ha de entender en sentido amplio, comprendiendo tanto a los activos como a los jubilados, a los que sean víctimas de accidente de trabajo o fallecidos que hayan realizado su carrera profesional en un Estado miembro (TJCE).

La noción de familia había sido interpretada de manera flexible por el TJCE, de modo que incluía no sólo al cónyuge y a los hijos, sino a cualquier pariente por consanguinidad o afinidad que residiese efectivamente con el trabajador.

Los derechos reconocidos a los familiares del trabajador lo son directamente, no por ser familiares, con la consecuencia de que no gozan de ellos los familiares extracomunitarios de trabajadores comunitarios (TJCE).

3.2. LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

Arts. 43 y 48 TCE

Sólo para los ciudadanos comunitarios y para las sociedades constituidas conforme a la legislación de un Estado miembro, siempre que tengan en él su sede social y su administración central o su actividad principal.

Arts. 49 y ss. TCE

Sólo cuando sean comunitarios tanto el prestador como el prestatario del servicio, de modo que no se vean sujetos a condiciones diferentes de las exigidas para los nacionales del Estado en el que se presta el servicio.

El prestador puede valerse de su propia plantilla, es decir, con independencia de que sus empleados sean ciudadanos extracomunitarios.

Arts. 31 y 32 Acuerdo Euromediterráneo con Marruecos

Contiene un acuerdo de ampliación, sólo referido a las sociedades y en el marco de la cláusula de nación más favorecida.

3.3. LOS MIEMBROS DE LA FAMILIA DE TRABAJADORES MIGRANTES COMUNITARIOS.

3.3.1. Derecho vigente.

- Art. 10 R 1612/68

"1. Con independencia de su nacionalidad, tendrán derecho a instalarse con el trabajador nacional de un Estado miembro empleado en el territorio de otro Estado miembro: su cónyuge y sus descendientes menores de 21 años o a su cargo; los ascendientes del trabajador y de su cónyuge que estén a su cargo.

2. Los Estados miembros favorecerán la admisión de cualquier miembro de la familia que no se beneficie de lo dispuesto en el apartado 1, si se encontrase a cargo o viviese en el país de origen con el trabajador antes mencionado.

3. A los efectos de los apartados 1 y 2, el trabajador deberá disponer de una vivienda para su familia, considerada como normal para los trabajadores nacionales en la región donde esté empleado, sin que esta

disposición pueda ocasionar discriminación entre los trabajadores nacionales y los trabajadores provenientes de otros Estados miembros".

- Peculiaridades contenidas en directivas.

Algo diferente la D 73/148, relativa a profesionales independientes: no los descendientes exclusivos del cónyuge menores de 21 años si no están a cargo del trabajador; sí los ascendientes a cargo exclusivo del cónyuge del trabajador.

DD 90/364 y 365, al extender a todos los nacionales comunitarios la posibilidad de trasladarse y residir en otro Estado miembro, se refieren al cónyuge, ascendientes y descendientes a cargo del titular de derecho de residencia –no a los menores de 21 años que no estén a su cargo.

D 93/96, al referirse al derecho de residencia de estudiantes, sólo considera beneficiarios al cónyuge y a los hijos a su cargo.

Estas directivas exigen que los ciudadanos comunitarios dispongan de seguro de enfermedad para ellos y sus familiares con cobertura total de riesgos, así como recursos suficientes que les permitan no tener que acudir a la asistencia social del Estado miembro de acogida.

- Art. 3.1 R 1251/70

"Los miembros de la familia de un trabajador mencionados en el art. 1 del presente Reglamento, que residan con él en el territorio de un Estado miembro, tendrán derecho a residir en él a título permanente, si el trabajador ha adquirido el derecho a residir en el territorio de dicho Estado según lo dispuesto en el art. 2, incluso después de su fallecimiento".

Las directivas de los 90 no reconocen la obtención de tal derecho de permanencia por tiempo indefinido, ni siquiera a los ciudadanos comunitarios, como tampoco a sus familiares, con los que residan, aunque sí por el tiempo en que tenga derecho a residir el titular del derecho de residencia. ¿Discriminación para los familiares extracomunitarios de nacionales comunitarios, respecto a familiares comunitarios, que siempre podrían acogerse al derecho de residencia de carácter general de la D 90/365?

- Art. 11 R 1612/68

"Cuando un nacional de un Estado miembro ejerce en el territorio de otro Estado miembro una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, su cónyuge y los hijos menores de veintiún años o a su cargo tendrán derecho a acceder a

cualquier actividad por cuenta ajena en todo el territorio de ese mismo Estado, incluso aunque no tenga la nacionalidad de un Estado miembro".

- Art. 12 R 1612/68

"Los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio.

Los Estados miembros fomentarán las iniciativas que les permitan seguir los mencionados cursos en las mejores condiciones".

- Art. 2 R 1408/71

Los trabajadores por cuenta propia o ajena pueden exigir la aplicación del mismo régimen de seguridad social cubiertas por el propio reglamento, en tanto que derechos propios, mientras que sus familiares, por entenderse que tienen un derecho derivado, sólo pueden exigir las prestaciones previstas para los familiares de los propios nacionales por el Estado de acogida.

Esta diferencia de trato ha sido paliada en ocasiones acudiendo al concepto de "ventaja social", contenido en el art. 7.2 R 1612/68, conforme al cual el trabajador de un Estado miembro se beneficiará en el territorio de otro Estado miembro de las mismas ventajas sociales y fiscales que los trabajadores nacionales.

3.3.2. Directiva 2004/38[72].

Art. 2.2: familiares destinatarios de la directiva.

Art. 3.2: otros familiares beneficiarios, conforme al Derecho del Estado de acogida.

Art. 23: derecho a trabajar por cuenta propia o ajena de los miembros de la familia del ciudadano comunitario, si tienen derecho de residencia.

Art. 24.1: regla general de igualdad de trato del ciudadano comunitario y de los miembros de su familia respecto a los nacionales del Estado de acogida, si éstos tienen derecho de residencia.

[72] Deberá estar transpuesta el 30.04.2006.

Art. 24.2: prestaciones que pueden ser denegadas a residentes, salvo que tengan derecho a residencia permanente, si no son trabajadores por cuenta propia o ajena, así como a los miembros de sus familias.

Art. 37: admite disposiciones nacionales más favorables para los beneficiarios de la directiva.

Una APROXIMACIÓN a los DERECHOS LABORALES de los EXTRANJEROS en ESPAÑA

Antonio Álvarez del Cuvillo
Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Carlos III de Madrid

"*Queríamos trabajadores y vinieron personas"*
MAX FRISCH

1. PLANTEAMIENTO

No cabe duda de que la emigración-inmigración es uno de los grandes retos que se plantean en la actualidad a las sociedades contemporáneas; ello es particularmente cierto en España, que tradicionalmente había sido un importante emisor de población emigrante hacia el extranjero y en poco tiempo ha asumido el rol de sociedad receptora de inmigrantes; a pesar de que todavía reside fuera del país un número considerable de españoles, el flujo masivo de población –y por tanto el debate académico- ha cambiado de sentido. Este cambio, que muchos podrían percibir como vertiginoso, unido a las propias peculiaridades del fenómeno migratorio en las sociedades post-industriales ha generado una gran incertidumbre. De hecho, en mi experiencia personal de contacto con el fenómeno he percibido una sociedad receptora confusa, una población de acogida con sentimientos y actitudes ambivalentes, una legislación inestable, errática e insegura, una Administración Pública vacilante y voluble con un amplio margen de discrecionalidad y por último una población inmigrante profundamente desorientada, en la que abundan los rumores y las noticias erróneas sobre política inmigratoria[73]. Así por ejemplo, en muchas ocasiones, los que trabajábamos de algún modo en este campo percibíamos que para la resolución de problemas relativos a la regularización de los extranjeros era más útil la presión política o mediática y el conocimiento de las últimas tendencias administrativas en la resolución de expedientes que el desarrollo de una buena argumentación jurídica.

En medio de esta confusión resulta particularmente importante y necesaria la reflexión académica sobre esta materia, pero también es especialmente dificultoso llevar a cabo análisis sosegados y rigurosos. Una legislación tan caótica

[73] En todo caso, es preciso hacer constar que mi experiencia "de campo" tuvo lugar con motivo de mi participación en el programa jurídico del Centro de Acogida de Inmigrantes de la provincia de Cádiz entre diciembre de 2000 y febrero de 2004, fechas que se han caracterizado por una peculiar intensidad del caos normativo y de las oscilaciones de la política migratoria, lo que puede haber sesgado en cierta medida la percepción del fenómeno.

y voluble, en la que se ponen en juego los derechos fundamentales, las esperanzas y en definitiva, las vidas de muchas personas es siempre fácil de criticar; sin embargo más interesante que la simple crítica me parece la propuesta de alternativas viables que pudieran mejorar, dentro de lo posible, la situación actual. Ello resulta difícil, sin embargo en el momento actual en el que un nuevo reglamento de Extranjería acaba de "echar a rodar", resultando prudente esperar a observar sus resultados y si implica cambios significativos respecto a la etapa anterior. Con esta intervención pretendo simplemente dar cuenta de las líneas maestras del estado de cosas actual, sin detenerme en los detalles de una regulación muy compleja, cuya enumeración, amén de aburrida sería poco útil; asimismo, intentaré señalar una serie de problemas o paradojas a las que se enfrenta la regulación pasada, actual y seguramente futura con el objetivo principal de señalar los dilemas a los que se enfrenta cualquier legislador en materia de extranjería en el marco de nuestros actuales condicionamientos económicos, jurídicos y sociales.

Por supuesto, mi perspectiva va a ser eminentemente jurídica, pero voy a intentar no dejar el resto de la realidad al margen del Derecho. En esta, como en otras materias, el papel que corresponde a las normas jurídicas se ha sobredimensionado en gran parte de los discursos; la legislación de extranjería no es ni la causa profunda de los problemas que la migración produce en las sociedades emisora y receptora -aunque pueda influir en ellos-, ni la "varita mágica" con la que podemos resolverlos con un mero ejercicio de voluntad política -aunque las reformas legislativas puedan tener una incidencia importante en la sociedad. Por ello, la reflexión jurídica no puede dejar de tener en cuenta las diversas miradas que sobre la emigración-inmigración pudieran tener otras disciplinas como la Economía, la Sociología, la Antropología Social y Cultural o la Psicología Social. Asimismo, mi análisis va a ser principalmente de Derecho Laboral, aunque en materia de Extranjería resulta a veces inexcusable la conexión con otras ramas del ordenamiento jurídico. Por último, esta intervención se va a centrar en la perspectiva del Derecho del Trabajo español, ya que desconozco la legislación marroquí que pudiera ser relevante, pero voy a intentar superar el común sesgo sociocéntrico que considera el fenómeno migratorio únicamente desde la perspectiva de la sociedad receptora; el propio derecho interno español debe participar de un enfoque más amplio (VALDUEZA BLANCO).

En mi opinión, el eje básico del bloque temático que podríamos denominar como "derechos laborales de los extranjeros" es la existencia –como regla general- de una importante limitación en el acceso al empleo de los trabajadores extranjeros "extracomunitarios": la exigencia de una autorización para trabajar. La importancia del trabajo asalariado como medio de subsistencia y consumo para la mayor parte de la población, unida a la conexión automática que nuestro ordenamiento establece entre la autorización para trabajar y la residencia legal en España, hacen

que la obtención de esta autorización se convierta en una cuestión de vital importancia para los extranjeros y, en muchos casos, el centro de sus aspiraciones. Esta importancia es aún mayor si cabe si se tiene en cuenta que, en principio, el régimen español de extranjería hace una distinción muy marcada de estatutos jurídicos entre los extranjeros residentes, esto es, aquellos que se encuentran en situación administrativa regular ("regulares") y los que se encuentran en situación irregular ("irregulares"), siendo la obtención de una autorización para trabajar el elemento que determina la adscripción a uno u otro *status* cuando la finalidad principal del desplazamiento es el desarrollo de un trabajo productivo. Así pues, una segunda cuestión significativa en este bloque temático es la determinación de los derechos que se aplican a los trabajadores extranjeros que prestan servicios por cuenta ajena a pesar de no haber obtenido la correspondiente autorización. En lo que refiere a los extranjeros "regulares" existe en nuestro ordenamiento una regla muy clara de equiparación plena de estatutos jurídicos en materia laboral: los trabajadores extranjeros que estén autorizados para trabajar gozan exactamente de los mismos derechos laborales y de Seguridad Social que los ciudadanos españoles, sin que el dato jurídico de la nacionalidad sea una circunstancia relevante para la diferencia de trato. Ahora bien, lo cierto es que esta equiparación legal no impide completamente que en la práctica los extranjeros puedan ser discriminados en el acceso al empleo o en las condiciones de trabajo por ser percibidos como pertenecientes a una categoría social distinta a la del grupo mayoritario de referencia, por lo que surge una tercera cuestión que es la de la posible discriminación laboral de los extranjeros, sean "regulares" o no. Dado que la temática de estas jornadas es la nacionalidad y la extranjería, no voy a tratar específicamente en esta intervención la cuestión de la discriminación de los extranjeros, dado que en estos casos el dato jurídico de la nacionalidad no es la verdadera causa de la diferencia de trato, sino, todo lo más, uno de los "rasgos distintivos" que permiten categorizar a las personas en un género o categoría social diferente (ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2004), de manera que incluso personas de nacionalidad española pueden ser discriminadas por su origen nacional. No obstante, la cuestión de la posible discriminación debe tenerse en cuenta en todo caso de manera transversal para evaluar e interpretar la legislación de extranjería en su totalidad. Asimismo, trataré de hacer algunas referencias a los derechos laborales del trabajador irregular, pero voy a centrar mi intervención sobre todo en los requisitos de obtención de las autorizaciones para trabajar, debido a la importancia significativa que el tema tiene desde muy diversos puntos de vista (en particular, desde la óptica de los extranjeros y desde la perspectiva de los empresarios españoles) y al hecho de que esta materia se ha visto bastante afectada por los últimos cambios normativos.

2. LA AUTORIZACIÓN PARA TRABAJAR

La Constitución española proclama el derecho de los españoles a trabajar en su artículo 35.1; en lo que refiere a los extranjeros, el artículo 13.1 establece que gozarán de los derechos constitucionales en los términos que establezcan los tratados y la ley. De acuerdo con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, ello no significa que las leyes tengan una absoluta libertad para definir los derechos de los extranjeros. Así pues, establece una clasificación en tres grupos de derechos: a) aquellos inherentes a la dignidad humana, que tienen que reconocerse en condiciones de igualdad respecto de los nacionales; b) derechos cuya titularidad es exclusiva de los nacionales y que, por tanto, se niegan a los extranjeros, y; c) derechos que las leyes pueden extender a los extranjeros, estableciendo las modulaciones que se consideren oportunas[74]. El TC sitúa el derecho al trabajo, y por tanto el derecho a acceder a un empleo por cuenta ajena en este tercer grupo, de manera que es constitucionalmente posible establecer diferencias de trato entre extranjeros y nacionales en esta materia. Incluso podría ser posible establecer diferencias entre extranjeros de diferentes nacionalidades por razón del dato jurídico de la nacionalidad, pero a menudo se olvida, debido a la confusión aún reinante entre principio de igualdad e interdicción de discriminación[75], que la prohibición de discriminación por razón del origen nacional es un derecho inherente a la dignidad humana sobre el que no caben excepciones (si se interpreta el artículo 14 de la Constitución, por mandato del 10.2 del mismo texto, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos y los convenios multilaterales promulgados en la materia); dado que existe un vínculo muy directo entre la nacionalidad y el origen nacional, las diferencias de trato en el acceso al empleo por razón de nacionalidad que sitúen a determinados colectivos nacionales en una posición sistemática de inferioridad deben fundarse en circunstancias objetivas que no se refieran al origen nacional o étnico de los afectados; tienen que orientarse razonablemente a la consecución de un fin relacionado con dichas circunstancias objetivas; y, por último, debe haber una relación de proporcionalidad entre el fin perseguido y los efectos perjudiciales sobre la posición jurídica de los colectivos nacionales perjudicados. De no cumplir estos requisitos, la distinción será una discriminación indirecta[76].

---

[74] A modo de ejemplo de esta asentada doctrina jurisprudencial, STC 107/1984, de 23 de noviembre (BOE nº 305 de 21 de diciembre).

[75] El principio de igualdad del artículo 14 de nuestra Constitución prohíbe el trato diferenciado que no se base en criterios objetivos, razonables y proporcionados; por otra parte el artículo 13 da carta de naturaleza a las diferencias de trato entre extranjeros y españoles por razón del dato jurídico de su nacionalidad. Ahora bien, existe una confusión doctrinal y jurisprudencial muy frecuente que termina equiparando las desigualdades "irrazonables" con los supuestos de discriminación. La prohibición de discriminación por razón de raza, etnia u origen nacional es un derecho inherente a la condición humana y como tal está reconocido en gran cantidad de instrumentos internacionales. Así pues, la mención a los "españoles" en el artículo 14 sólo se refiere al principio de igualdad, pero no al segundo inciso del artículo.

[76] Así, la distinción en el acceso al empleo entre extranjeros comunitarios y extracomunitarios (donde la nacionalidad es el elemento principal de distinción), o la falta de consideración de la situación nacional de empleo a efectos de otorgar la autorización para trabajar para los ciudadanos de algunas nacionalidades en cumplimiento de un Tratado

En todo caso, como dije anteriormente, la regla general en nuestro ordenamiento es la exigencia a los extranjeros de una autorización para trabajar por cuenta ajena (art. 36.1 LOEx), que, de acuerdo con la jurisprudencia del TC constituye una limitación legítima de su derecho al trabajo. Como es sabido, las personas a las que se les aplica el régimen comunitario[77] –incluyendo a sus familiares directos-, están exentas de esta autorización, así como los extracomunitarios que gocen de la situación de residencia permanente; asimismo, el artículo 41 LOEX establece una serie de circunstancias que también eximen de la autorización para trabajar, aunque en estos casos es necesario un procedimiento administrativo para acreditar la exención (profesores de Universidad, españoles de origen, periodistas acreditados de medios extranjeros, etc.)

No puedo detallar aquí con prolijidad los distintos supuestos de obtención de la autorización para trabajar y sus pormenores, puesto que la regulación es muy casuística; más bien pretendo hacer un esbozo general de la situación desde la perspectiva de su eficacia o ineficacia para regular los flujos migratorios y por tanto, de prevenir la inmigración irregular y las situaciones de marginalidad y explotación que conlleva. El problema de fondo es a mi juicio el siguiente: en líneas generales el ordenamiento español establece como principio general la contratación en origen; así pues, pretende canalizar las migraciones laborales desde fuera del país con objeto de evitar que se concentren en el territorio nacional bolsas de extranjeros desocupados con los consiguientes problemas sociales. Esta opción provoca notables disfunciones debido a las dificultades que existen para conectar adecuadamente desde el extranjero la oferta y la demanda de trabajo. Este principio de contratación en origen supone asimismo otro problema accesorio

---

Internacional me parecen, en principio, perfectamente ajustadas a la Constitución; en cambio, la preferencia para la obtención del permiso de trabajo que se establecía en la Ley de Extranjería de 1985 para los iberoamericanos, portugueses, filipinos, andorranos, ecuatoguineanos o sefardíes –este último criterio directamente étnico dado que no constituye una nacionalidad- me parece claramente discriminatoria. Desde luego, las posibles razones de "afinidad cultural" o "histórica", aparte de ser relativamente arbitrarias y subjetivas (por ejemplo, Marruecos podría haber estado perfectamente en la lista, o al menos los territorios que fueron colonia española) suponen la proyección de generalizaciones étnicas sobre sujetos particulares para producir efectos desfavorables sobre otros, lo que es un claro ejemplo de discriminación racial; si la Jurisprudencia constitucional y comunitaria sobre discriminación indirecta por razón de género establece que la justificación de la diferencia de trato aparentemente neutra con impacto desfavorable no puede venir basada en criterios de género, de la misma manera, *mutatis mutandis*, debe entenderse que los criterios "culturales", "históricos," o "étnicos" no son válidos en ningún caso para justificar diferencias de trato por razón de la nacionalidad. Tampoco puede alegarse válidamente que se está emprendiendo una "acción positiva", porque ello sólo tiene sentido cuando se pretende equilibrar a las minorías victimizadas respecto a la mayorías privilegiadas. Curiosamente, subsiste un despropósito similar en el artículo 47 de la LOEx en relación a las tasas derivadas de autorizaciones para trabajar por cuenta propia.

[77] El régimen comunitario se aplica a los ciudadanos del Espacio Económico Europeo (países de la Unión Europea, Liechtenstein, Noruega e Islandia), y Suiza. Los ciudadanos de los Estados recientemente incorporados a la UE, excepto Chipre y Malta, no gozan aún de la libre circulación en cuanto a trabajadores por cuenta ajena (pueden circular libremente con otras fuentes de ingresos). El art. 2 del RD 178/2003 y el art. 2 de la Directiva 2004/38/CE especifican los familiares directos de españoles, comunitarios o ciudadanos del Espacio Económico Europeo que se encuentran en su ámbito de aplicación y que podrán trabajar normalmente con su tarjeta de residente comunitario.

(que, no obstante, se extiende a los supuestos excepcionales de contratación en España): el empresario que ha solicitado la autorización no puede recibir efectivamente la prestación de servicios hasta que no ha finalizado todo el procedimiento autorizatorio, que habitualmente se prolonga durante varios meses, lo que supone un notable desincentivo para la contratación de extranjeros.

Para comprender más claramente estos problemas es necesario distinguir entre tres grandes vías para obtener la autorización de trabajo: el llamado "régimen general", el Contingente anual de extranjeros y los supuestos excepcionales, como el arraigo.

2.1. CONCESIÓN INICIAL EN EL RÉGIMEN GENERAL

El procedimiento del "régimen general" se divide ahora claramente en dos fases; en primer lugar, el empresario (no el trabajador, salvo excepciones) debe solicitar la autorización administrativa para que un determinado extranjero pueda trabajar en España por cuenta ajena presentando un contrato de trabajo o una oferta de empleo en modelo oficial; si le conceden la autorización, el trabajador deberá solicitar el correspondiente visado en su país de origen, que le permitirá al mismo tiempo entrar, residir y trabajar en España. La autorización tendrá efectos si el extranjero obtiene el visado y se incorpora a la empresa, dándose de alta en la Seguridad Social como trabajador por cuenta ajena.

En lo que refiere a la solicitud de la autorización administrativa hay un problema práctico evidente. Suponiendo que hay un empresario español que necesita contratar mano de obra extranjera y un extranjero en algún lugar del mundo que desea venir a España a trabajar por cuenta ajena, si nadie ha conectado previamente la oferta y la demanda es prácticamente imposible que se encuentren espontáneamente y el empresario haga una oferta o contrato que se refiera a esa persona en concreto.

Desde la perspectiva del extranjero que pretende emigrar, el problema consiste en que éste no conoce ningún empleador español que pueda proporcionarle trabajo; la respuesta más habitual a este problema por parte de los extranjeros consiste en entrar a España sin visado de residencia y trabajo –normalmente como turista, con visado o no, dependiendo del país, o, en su caso, por medios irregulares si la entrada regular se hace imposible-, con la esperanza de encontrar trabajo y regularizar su situación una vez hayan llegado a España.

Desde la óptica de los intereses empresariales la respuesta habitual a este problema es la regulación del Contingente de trabajadores extranjeros; así pues, los empleadores se limitan a señalar sus necesidades de mano de obra mediante una oferta genérica de empleo, estableciéndose posteriormente algún

procedimiento de intermediación con los trabajadores extranjeros. No obstante, como veremos más adelante, esta respuesta no resulta en todo caso satisfactoria para los intereses empresariales –desde luego, no lo es para los intereses de los extranjeros.

Volviendo a la perspectiva del trabajador extranjero que vino a España por otras vías, el primer problema que se encuentra es que la autorización para trabajar o el visado para residir y trabajar serán denegados si se encuentra en España en situación irregular, lo que sucederá siempre que hubiera entrado ilegalmente o, lo que quizás es más habitual, cuando continuara en el país tras haber finalizado el periodo de estancia al que tenía derecho[78]. Ahora bien, aunque se encontrara regularmente en España, como hemos indicado, deberá solicitar el correspondiente visado una vez el empleador ha obtenido la autorización administrativa. Este visado debe solicitarse personalmente en la misión diplomática u oficina consular correspondiente de España en su país de origen, y se podrá pedir posteriormente su comparecencia en una entrevista personal. Es decir, aunque el trabajador se encontrara regularmente en España y hubiera encontrado un empresario dispuesto a llevar a cabo los trámites administrativos para su contratación, deberá retornar a su país para tramitar el correspondiente visado, lo que no en todos los casos es factible.

En todo caso, el hecho de que exista un empresario dispuesto a contratar al trabajador extranjero no garantiza que se obtenga la correspondiente autorización administrativa, sino que además será necesario que concurran una serie de requisitos; el más importante de ellos es la regla general[79] de que la "***situación nacional de empleo***" (SNE) permita la contratación del trabajador extranjero. Esto quiere decir en términos generales que en España tienen preferencia para acceder al empleo los españoles, comunitarios y extracomunitarios residentes legales, de manera que sólo se recurrirá a la mano de obra extranjera no residente como una especie de "último recurso".

Ahora bien, la SNE es una noción que necesita ser definida con mayor precisión en un mercado de trabajo como el español en el que, por diversas razones en las que no podemos profundizar en este momento, existe un cierto nivel de desempleo estructural y paradójicamente al mismo tiempo cada año quedan más de cien mil puestos de trabajo sin cubrir en el sistema público de intermediación laboral. La ambigüedad de la noción de SNE se convirtió en su

[78] Asimismo, la estancia y el trabajo irregulares constituyen infracciones administrativas que pueden ser sancionadas con la expulsión del país con la consiguiente prohibición de entrada en España por un período de entre 3 y 10 años.

[79] El artículo 40 LOEx enumera una serie de circunstancias cuya concurrencia exime de la consideración de la situación nacional de empleo: los puestos de confianza, el cónyuge o hijo de extranjero residente con autorización renovada, los titulares de una autorización previa que pretendan su renovación, etc. A estos supuestos deben añadirse los que derivan de la aplicación de determinados Tratados Internacionales de carácter bilateral.

momento en una excusa para denegar sistemáticamente todas las solicitudes de autorizaciones de trabajo que se presentaban, argumentando que el Contingente anual ya había tenido en cuenta la SNE y que, por tanto, toda oferta al margen de este procedimiento especial debía rechazarse. El Reglamento anterior obligaba al empresario que pretendiera contratar mano de obra extranjera a presentar un certificado del organismo público de intermediación laboral correspondiente de que no se había encontrado ningún trabajador para cubrir el puesto requerido; nos encontrábamos entonces con la contradicción de que, a pesar de contar con este certificado negativo, las solicitudes eran rechazadas con vagas referencias abstractas a la situación general de empleo en España. Lógicamente, esta eliminación por la vía de hecho del "Régimen General" previsto por la Ley fue muy contestada por los Tribunales, de manera que en el último RLOEx se ha proporcionado una definición mucho más objetiva de la SNE.

A estos efectos, se prevé en el artículo 50 del RLOEx que el Servicio Público de Empleo Estatal elaborará trimestralmente tras consultar a la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración, un ***catálogo de ocupaciones de difícil cobertura***, para cada provincia, así como para Ceuta y Melilla[80]; así pues, si una solicitud de autorización se refiere a una de estas profesiones cuya cobertura resulta difícil, se superará automáticamente el trámite de la SNE. Se ha criticado este modelo debido a que en España la mayor parte de la intermediación laboral se lleva a cabo al margen de los servicios públicos de empleo (ESTEBAN DE LA ROSA, MOLINA NAVARRETE), pero, en mi opinión, constituye un notable avance sobre la regulación anterior, puesto que aporta una mayor seguridad jurídica. En caso de que se pretenda contratar a un extranjero para una profesión no incluida en la correspondiente lista, será necesario aportar el certificado negativo de los Servicios Públicos de Empleo, pero bastará este documento para acreditar que la SNE no obstaculiza la contratación.

En todo caso, en el contexto de la regulación actual, podría defenderse que la propia consideración de la SNE no resulta absolutamente necesaria para proteger el empleo de los trabajadores residentes en España (nacionales o no); en particular es preciso señalar que las propias trabas administrativas a la contratación de extranjeros operan de por sí como un fuerte desincentivo para que los empresarios busquen mano de obra más allá de las fronteras. En primer lugar, la contratación de extranjeros exige llevar a cabo una serie de tareas burocráticas como mínimo engorrosas para cualquier empresa; en segundo lugar, lo que es especialmente gravoso, el empresario tendrá que esperar a que se resuelva el expediente –lo que normalmente tarda meses- para recibir la prestación de servicios, dejando mientras tanto la plaza vacante o teniendo que prever vacantes futuras con una gran antelación y con una significativa incertidumbre acerca del

[80] Puede consultarse en <http://www2.inem.es/catalogoOcupaciones/web/asp/catOcupaciones.asp>

momento en el que efectivamente la solicitud será, en su caso, autorizada; en tercer lugar, tiene que pagar una tasa por la autorización (aunque algunos podrían tratar de desviarla ilegalmente al trabajador aprovechándose de su situación). En este contexto restrictivo, si un empresario quiere contratar específicamente mano de obra extranjera ello puede atribuirse a un número reducido de motivaciones: a) que realmente tenga dificultades para encontrar mano de obra nacional; b) que pretenda discriminar a los extranjeros en sus condiciones de trabajo (pero éste no es nunca un propósito legítimo con independencia de la SNE) y, c) que pretenda contratar a un trabajador en concreto, por sus lazos personales o familiares, o bien por sus especiales cualificaciones -aunque no estén formalmente reconocidas como tales, dado que la consideración de un trabajo como "cualificado" depende en parte de una valoración social. Este último propósito es defendible desde el valor constitucional de la libertad de empresa, si bien no parece que la restricción de por sí vulnere el derecho reconocido en el artículo 38 de la Constitución.

2.2. EL SISTEMA DEL "CONTINGENTE"

Como hemos visto, el régimen general por sí sólo resulta inapropiado por sus rigideces para satisfacer las necesidades que tienen los empresarios de mano de obra extranjera; por una parte todo el sistema está concebido para que la contratación (o la oferta correspondiente) se realice en origen, y por otra parte los empleadores no pueden hacer ofertas nominativas si no conocen a los trabajadores. Con objeto de adaptarse a estas necesidades y al mismo tiempo, pero con carácter secundario, de regular "en origen" los flujos migratorios[81] se establece un cupo de puestos de trabajo, divididos por provincias y ocupaciones, teniendo en cuenta las necesidades de mano de obra previstas en el año anterior. Los empresarios –en su caso, a través de las organizaciones de empleadores- hacen ofertas genéricas de empleo para cubrir ese cupo (excepcionalmente, se puede plantear la posibilidad de hacer ofertas nominativas), que lógicamente no tendrán que pasar por el trámite de la SNE; la selección de los trabajadores se realiza en el país de origen, pudiendo participar normalmente el empresario si lo desea.

Esta forma de regular los flujos migratorios plantea dos tipos de problemas: unos de posible discriminación racial y otros de eficacia. En cuanto a la eventual discriminación, cualquier sistema de cupos plantea el dilema político, ético y en ocasiones jurídico de hacia qué países se va a canalizar la demanda de trabajo y de cómo se va a distribuir el cupo entre los diferentes países. En este contexto es posible que los Estados receptores de migrantes se dejen llevar explícita o implícitamente por generalizaciones étnicas para establecer que las personas

[81] Históricamente, el contingente se utilizaba como proceso extraordinario de regularización de inmigrantes que residían irregularmente en el país, pero desde el cupo del año 2002 sólo tienen acceso a este proceso los que no se hallen o residan en España.

originarias de unos países deben tener preferencia sobre otras por ser más fácilmente "asimilables" a la cultura dominante. Este tipo de afirmaciones son siempre muy discutibles, pero, aún en la hipótesis de que fueran ciertas desde un punto de vista probabilístico y de que la "asimilación" fuera una finalidad válida, no podrían usarse para justificar discriminaciones étnicas; siempre que se trate a las personas por razón de su adscripción a un origen nacional proyectando sobre ellas generalizaciones acerca de la cultura (es decir, la etnia) y situándolas como consecuencia de ello en una posición sistemática de inferioridad o desigualdad existirá discriminación racial. Ahora bien, en la práctica resulta muy difícil identificar supuestos de discriminación en sentido jurídico en esta fase del proceso de contratación. Por ejemplo, en nuestro sistema, formalmente se consagra que los Estados con los que se han pactado acuerdos migratorios –entre ellos, Marruecos-, tendrán preferencia para beneficiarse del Contingente; aunque en teoría estos acuerdos podrían utilizarse como cobertura para una selección racial de los extranjeros residentes, en principio esta "preferencia" prevista en la normativa es constitucionalmente admisible (al menos, resulta extremadamente difícil demostrar una discriminación en este sentido). Sucede, sin embargo, que, en la práctica, en los acuerdos por los que se han regulado los últimos contingentes (para 2002, 2003 y 2004, este último prorrogado para 2005) la decisión de hacia donde orientar las ofertas genéricas se deja en manos de los empresarios. Si la canalización de flujos por parte de los Estados presenta algunos elementos discutibles, lo que me parece absolutamente inadmisible por resultar claramente discriminatorio es que los empresarios elijan directamente el origen nacional de sus trabajadores en sus ofertas genéricas de empleo (ÁLVAREZ DEL CUVILLO, 2003). Curiosamente, esta potestad empresarial apenas se ha cuestionado[82].

En lo que refiere al problema de la eficacia, es oportuno señalar una aparente contradicción: por un lado, el número de plazas asignadas al contingente cada año es muy inferior al número de puestos de trabajo que quedan sin cubrir en los servicios públicos de empleo; por otro lado, gran parte de las plazas ofertadas quedan finalmente sin cubrir, por no haberlo solicitado los empresarios[83] (debemos matizar, no obstante, que el éxito es mucho mayor en los puestos "de temporada" que en aquellos cuya duración se prevé duradera). Las razones para esta disfunción entre la demanda de trabajo y la cobertura efectiva de plazas en el

---

[82] Obsérvese como en esta noticia, relativa al Contingente de 2002, el Gobierno no pone en duda la capacidad de los empresarios para determinar el origen nacional de sus trabajadores. <http://www.extranjeria.info/publico/n_prensa/pais_12-06-2002.pdf>

[83] El "fracaso" del Contingente fue especialmente significativo en el año 2002, en el que los datos disponibles produjeron una cierta alarma en la opinión pública. Debido a esta ineficacia, se han introducido algunas mejoras de interés en los Contingentes posteriores: véase las siguientes noticias publicadas en el Diario *El País*:
<http://www.extranjeria.info/publico/n_prensa/pais_10-06-2002.pdf>,
<http://www.extranjeria.info/publico/n_prensa/pais_10-06-2002_cupo.pdf>
El Contingente de 2004 se ha visto prorrogado para el año 2005 (BOE 5-2-2005), debido a que quedaban plazas vacantes, aunque seguramente la entrada en vigor del nuevo Reglamento y el proceso extraordinario de regularización han influido significativamente en esta decisión.

Contingente hay que situarlas en mi opinión en las propias rigideces del procedimiento. Ciertamente, la experiencia ha permitido ir moldeando la regulación del Contingente para adecuarla a las necesidades de los empresarios, pero a mi juicio hay que ser conscientes en todo caso de un problema de fondo que subsiste por muy perfecta que sea la regulación, que es la propia disfunción que plantea la contratación en origen.

En la memoria colectiva española ha quedado muy marcada la emigración de los *"gastarbeiters"* (trabajadores-invitados) al norte de Europa -en especial a Alemania y a Suiza-, que fue relativamente programada y organizada en origen – aunque a veces estas circunstancias se mitifican, suponiendo erróneamente que no había españoles en situación irregular. Lo cierto es que hay una enorme distancia entre la Alemania de los años 60 y la España actual, lo que implica que este modelo no sea automáticamente trasplantable a nuestra realidad. En los años 60 en el norte de Europa se experimentaba un enorme crecimiento económico en una situación de pleno empleo, al tiempo que se sufría un significativo descenso del crecimiento demográfico, todo ello en pleno apogeo del modelo fordista de producción; como consecuencia de estos factores existía una demanda masiva de trabajadores con escasa cualificación para trabajar en grandes empresas del sector industrial; así pues, las antiguas potencias coloniales atrajeron mano de obra de sus antiguas colonias, mientras que países como Alemania o Suiza tuvieron que acudir a los países de la Europa mediterránea.

En la actualidad, en España, nos encontramos con una economía de servicios, en la que existe una fuerte demanda de mano de obra extranjera en el sector de la hostelería, el comercio y los servicios personales, especialmente de personal al servicio del hogar familiar o de atención a menores, discapacitados y ancianos; aunque frecuentemente los puestos de trabajo en estos sectores que se ofrecen a extranjeros se consideran de escasa cualificación, en muchas ocasiones no son empleos que puedan confiarse a un obrero-masa anónimo y sometido al ritmo de las cadenas de montaje fordistas, sino que frecuentemente exigen un cierto conocimiento previo o al menos una entrevista personal, lo que no siempre es factible con el sistema de la contratación en origen (menores problemas supondrían la construcción y la agricultura). En todo caso, el tejido productivo español está compuesto en su mayor parte por pequeñas y medianas empresas, que normalmente disponen de una escasa infraestructura para participar en procesos de selección en el extranjero y, en todo caso, acuden normalmente a procesos informales de selección de personal basados en redes personales; si el recurso a la contratación informal es una tendencia que experimentan las pequeñas empresas en todo el mundo, en España incluso las grandes empresas acuden muy poco a los servicios públicos de empleo que hasta el momento no gozan de buena reputación como instrumentos eficaces de intermediación laboral. Además de lo anterior, algunas de las actividades más propicias para la

contratación de extranjeros, como la agricultura o la hostelería están sometidas a una cierta incertidumbre, lo que hace relativamente difícil establecer con antelación previsiones acerca de la mano de obra que se va a necesitar. Por último, es frecuente en España que se acceda al empleo mediante contratos temporales de corta duración, de manera que es bastante difícil que los empresarios garanticen el empleo durante un año de un extranjero al que no conocen; así pues, el Contingente muestra una mayor virtualidad práctica en los "trabajos de temporada" en los que pueda establecerse una cierta previsión de necesidades de mano de obra.

Volviendo a la perspectiva de los trabajadores extranjeros, hay que tener en cuenta que cada vez están cobrando un mayor protagonismo las redes transnacionales que operan informalmente, al margen de la ordenación estatal, en la organización y canalización de los proyectos migratorios (SÁNCHEZ MOLINA); no nos referimos particularmente a las "mafias" lucrativas, tan destacadas por los medios de comunicación, y que ciertamente pueden tener un carácter transnacional, sino, de manera más amplia, a la intervención de las estructuras familiares y de relación social que se están constituyendo más allá de las fronteras de los países, que sirven de apoyo a los trabajadores migrantes, y que, en cierta medida, organizan informalmente las migraciones, articulando estrategias colectivas de adaptación a las restricciones legales. Este fenómeno (que podemos suponer, no era tan importante en la Alemania de los años 60 como en el mundo de la "globalización") no incide negativamente en la eficacia del Contingente para satisfacer las necesidades empresariales, pero sí que afecta a su capacidad para controlar efectivamente los flujos. Existe la posibilidad de que la regulación futura de ordenación de flujos migratorios, e incluso de intermediación entre la oferta y la demanda de trabajo, termine por encontrar una forma de aprovechar de algún modo creativo la infraestructura generada por estas redes para obtener un mayor control de los procesos de desplazamiento que terminan verificándose en la práctica.

Todo esto no implica que el Contingente sea un mecanismo completamente inútil, ni que haya que descartar automáticamente la contratación en origen –su alternativa más evidente, la contratación en España podría producir, al menos en hipótesis, otro género de problemas. Simplemente, es conveniente conocer que este mecanismo tiene limitaciones, y, si es posible, determinar la naturaleza de éstas. Aunque tiene una utilidad innegable, no es, desde luego, la panacea que nos permitiría canalizar adecuadamente en su totalidad las migraciones laborales, como se pretendió en su momento.

Como hemos visto, desde la perspectiva de los empresarios, ni las ofertas nominativas del régimen general ni las ofertas genéricas del Contingente son suficientes para cubrir sus necesidades de mano de obra extranjera, de manera

que se ha establecido con carácter excepcional un sistema alternativo, en el marco del Contingente, pero formalmente separado, que es el de los "visados de búsqueda de empleo". Estos visados se refieren normalmente a sectores u ocupaciones que hacen especialmente difícil la cobertura de puestos de trabajo mediante ofertas genéricas (por ejemplo, el servicio doméstico); permiten la estancia en España por un período de tres meses con objeto de encontrar trabajo –con la intermediación de los servicios públicos de empleo- en una determinada profesión y área geográfica incluida en el Contingente, sin tener que superar el requisito de la consideración de la SNE; si en este período el migrante no ha encontrado un empleo deberá retornar a su país. Estos visados resultan especialmente interesantes porque pueden servir de ensayo de un modelo distinto al de la contratación en origen, que quizás podría contribuir a solventar algunos problemas de ésta. Aunque esta figura apareció con la reforma legal de 2003 y, de hecho, ha habido algún intento de aplicarla en lo que refiere al servicio del hogar familiar en los Contingentes anteriores al nuevo Reglamento de Extranjería, el éxito o fracaso de estos visados de búsqueda de empleo podrá empezar a valorarse con cierto rigor a partir de la puesta en marcha del Contingente de 2006 y probablemente va a depender mucho de la diligencia y de los medios materiales y humanos de los servicios públicos de empleo de cada Comunidad Autónoma (por lo que por otra parte podría haber diferencias significativas en distintos territorios).

2.3. LOS SUPUESTOS EXCEPCIONALES ¿EL VERDADERO RÉGIMEN GENERAL?

En todo caso, si giramos otra vez hacia la perspectiva de los trabajadores extranjeros que pretenden emigrar a España, tanto el régimen general como el Contingente (comprendiendo incluso a los visados de búsqueda de empleo) resultan insuficientes. Si el trabajador no conoce a ningún empresario español que pudiera emplearle y tampoco puede acceder al Contingente –lo que no es extraño, dado que las cifras son enormemente bajas en comparación con la presión migratoria, y que el Estado o los empresarios sólo canalizarán las ofertas a un número determinado de países-, seguirá intentando entrar en España como turista o de modo irregular con la esperanza de poder regularizar su situación en el futuro. No parece que la rotundidad con la que nuestra legislación afirma el principio de contratación en origen vaya a afectar muy significativamente a los flujos migratorios. En primer lugar, porque subsisten las variadas causas que impulsan a los trabajadores a migrar entre países del Sur y de los países del Sur a los del Norte (VALDUEZA BLANCO), en cuya complejidad no podemos detenernos; en segundo lugar, porque España tiene una potente economía sumergida que sigue creando una fuerte demanda de mano de obra irregular a pesar de la relativa dureza de las sanciones, lo que termina generando un cierto "efecto llamada" sobre los extranjeros; en tercer lugar, porque hasta el momento en España se siguen produciendo sucesiva y regularmente "regularizaciones" cíclicas y masivas

de extranjeros que operan como una especie de "amnistía" cada cierto tiempo, en las que los migrantes depositan alguna confianza, y además el sistema arbitra algunos supuestos extraordinarios, pero permanentes, de regularización por arraigo.

En la práctica, resulta bastante difícil encontrar extranjeros residentes en España que hayan alcanzado la residencia legal y la autorización para trabajar a través del proceso típico del régimen general mediante ofertas nominativas y visado en el país de origen o a través de los Contingentes actuales concebidos únicamente para operar en el país de origen. Mucho más fácil resulta encontrar migrantes que se han convertido en residentes mediante el arraigo, o a través de alguno de los numerosos procesos extraordinarios de regularización, emprendidos con diferentes ropajes a lo largo del tiempo. Así pues, en cierto modo y de manera paradójica los procesos "extraordinarios" de regularización se han convertido en el auténtico "régimen general", ya que las formas normales de entrada son, como hemos visto, bastante rígidas, se produce cada cierto tiempo una acumulación de extranjeros irregulares, y el Estado termina por arbitrar cauces para su integración. Esto termina generando una lógica perversa: los extranjeros siguen viniendo a España por vías distintas al visado de trabajo, entran irregularmente o devienen irregulares con el paso del tiempo; al tener restringido el acceso legal al empleo remunerado, que es el medio principal de vida, bienestar y consumo en el mundo moderno, trabajan ilegalmente en condiciones no controladas por la legislación, pudiendo alcanzarse elevados niveles de explotación, así como desequilibrios en el mercado de trabajo por la competencia ilícita de la economía informal; en el peor de los casos algunos extranjeros en esta situación podrían incluso participar en actividades ilegales, o incluso estrictamente delictivas. Muchos extranjeros irregulares viven una vida relativamente oculta, insegura, penosa, presidida por el miedo a ser descubiertos por la policía, lo que en ocasiones dificulta aún más la integración y favorece que algunas redes sociales de los extranjeros se cierren sobre sí mismas. Finalmente, tras unos años de vida en estas tristes condiciones esperan encontrar una especie de "premio a la constancia" cuando, cumpliendo los requisitos para una regularización cíclica o la normalización general prevista en el Reglamento, puedan "obtener los papeles" y entrar en el reino de la normalidad (lo que, por supuesto, no siempre se verifica).

Debo matizar que no intento hacer una crítica absoluta de estos procesos de regularización; aunque es cierto que la regularización alimenta de alguna manera la irregularidad –sobre todo los procesos cíclicos que operan como "amnistías" sucesivas y en cierto modo suponen que el ordenamiento cuestione su propia eficacia-, debe observarse que el legislador se encuentra ante una decisión paradójica, sin una salida evidente. Porque tampoco parece que el mero hecho de eliminar las regularizaciones vaya a terminar con la inmigración ilegal y la normativa general sigue siendo muy estricta. Así pues, si no se arbitran formas de

normalizar a los extranjeros, se siguen acumulando progresivamente bolsas de trabajadores irregulares con un *status* legal muy limitado, lo que desde luego genera situaciones inaceptables desde un punto de vista ético, pero también distorsiones en la cohesión social que al Estado interesa garantizar.

Toda "regularización" va a significar siempre una expresión muy gráfica del fracaso del Estado para regular los flujos migratorios (RAMOS QUINTANA); ahora bien, puesto que probablemente no hay una normativa "perfecta", dado que, como decía al principio, la incidencia de la legislación sobre la realidad tiene considerables limitaciones, es muy posible que haya que arbitrar algún mecanismo de regularización incluso contando con la mejor de las normativas posibles. Ahora bien, al mismo tiempo, es preciso cuestionarse si realmente tenemos la mejor legislación posible en términos de canalización de flujos migratorios o si por el contrario es posible concebir alternativas más eficaces; en todo caso, como también señalaba anteriormente, para evaluar convenientemente la legislación actual es conveniente esperar a ver cómo funciona, si es que se consigue una cierta estabilidad legislativa.

En todo caso, hay que subrayar que un buen sistema de "regularización permanente" previsto con carácter general en la legislación de extranjería es mejor y aporta más seguridad jurídica que las regularizaciones cíclicas y que de hecho podría prevenirlas, al menos en parte. Todos los Gobiernos son conscientes del problema que plantean las regularizaciones cíclicas, y de hecho, presentan cada una de ellas como "la última", lo que desde luego a estas alturas ya no resulta creíble; el tiempo dirá si a estos efectos resultan adecuadas las situaciones excepcionales previstas en el artículo 45 del actual reglamento. Desde el punto de vista laboral, la más importante de estas es la autorización de residencia por razones de arraigo establecida en el artículo 45.2 RLOEx.

Son dos los principales supuestos de arraigo[84]: el nombrado por la ley como "arraigo laboral" exige una residencia continuada de dos años, carencia de antecedentes penales y demostración de haber trabajado al menos un año por cuenta ajena; puesto que esta relación laboral debe acreditarse mediante sentencia judicial o acta de Inspección de Trabajo, este procedimiento no se va a llevar a cabo con el apoyo del empresario incumplidor y probablemente termine reduciéndose principalmente a supuestos en los que la Inspección de Trabajo descubre que un empleador tiene extranjeros trabajando a su servicio de manera ilegal. El segundo supuesto de arraigo no se denomina específicamente como "laboral" aunque no deja de tener conexión con el mercado de trabajo, puesto que

[84] Hay un tercer supuesto dirigido a los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles. Cabe plantearse si es posible interpretar en sentido más amplio las referencias al "arraigo" que aparecen en el artículo 31.3 de la LOEx más allá de las circunstancias previstas en el reglamento (en este sentido, ESTEBAN DE LA ROSA, MOLINA NAVARRETE), lo que a nuestro juicio resulta algo forzado, pero posiblemente se utilizará como cobertura en futuras regularizaciones cíclicas.

además de tres años de residencia ilegal, carencia de antecedentes penales y, alternativamente, vínculos familiares con residentes legales o informe del Ayuntamiento que acredite su inserción social[85], es necesario contar con un contrato de trabajo de al menos un año de duración[86].

2.4. BREVE DESCRIPCIÓN DE LAS RENOVACIONES Y MODIFICACIONES EN LA SITUACIÓN DEL EXTRANJERO.

He querido que mi intervención se centre especialmente en la obtención de una autorización inicial para trabajar, debido a su enorme significación desde diversos puntos de vista, pero ello no implica que no sea de gran importancia considerar la regulación de la renovación de la autorización para trabajar o de los tránsitos de una situación de estancia o residencia legal sin trabajo hacia una situación de residencia y trabajo. Debe hacerse notar que un régimen demasiado estricto en estas materias podría implicar que muchos extranjeros regulares se convirtieran en irregulares, con las consiguientes consecuencias sociales perniciosas.

La regla general es que el extranjero residente va pasando por diversos tramos hacia la residencia permanente; la autorización inicial tiene una duración de un año; puede renovarse en dos tramos sucesivos de dos años cada uno sin limitaciones de actividad o geográficas, es decir, para cualquier tipo de trabajo, y cuando se hubieran cumplido cinco años de residencia legal en España podrá solicitarse la residencia permanente, que exime de la necesidad de obtener una autorización para trabajar.

La renovación deberá concederse en todo caso si el trabajador continúa prestando servicios para el mismo empresario; si no lo está, se prevén varios supuestos que permiten renovar la autorización:

-Haber trabajado un mínimo de 6 meses por año, disponiendo de un nuevo contrato de trabajo en vigor o una oferta de empleo, sin que sea necesario pasar el trámite de la SNE. En el reglamento anterior, si sólo se contaba con una oferta de empleo se exigía la realización “habitual” de la prestación laboral, sin especificar el tiempo, lo que motivaba una mayor inseguridad jurídica y una excesiva discrecionalidad de la Administración.

-Haber trabajado un mínimo de 3 meses por año, siempre que la relación laboral inicial se extinguiera por causas ajenas a su voluntad y que el extranjero

[85] En el informe se debe hacer constar el tiempo de permanencia del interesado en su domicilio, sus medios de vida, su conocimiento de las lenguas oficiales, la inserción en redes sociales, los programas de inserción sociolaboral y cualquier otro extremo que acredite el arraigo.

[86] El Ayuntamiento podrá recomendar que se exima al extranjero de contar con un contrato de trabajo, siempre que cuente con medios de vida suficientes.

haya buscado activamente empleo y tenga un contrato de trabajo en vigor (sin que tampoco se considere la SNE).

-Aunque no cumpla los requisitos anteriores, cuando el trabajador tenga derecho a una prestación contributiva por desempleo o cualquier otra prestación pública asistencial para lograr su inserción social o laboral. En estos casos, la renovación se limitará a la duración de la prestación.

No obstante, no todos los supuestos en los que el extranjero está autorizado para trabajar permiten "pasar al siguiente tramo". En el ordenamiento español no se considera que los estudiantes estén en situación de residencia, sino de estancia (como un turista, pero con peculiaridades), a pesar de lo cual pueden tener un trabajo compatible con sus estudios si el empleador solicita la correspondiente autorización –que no se someterá a la SNE. Ahora bien, los estudiantes pueden pasar a una situación de residencia y trabajo (art. 95 RLOEx) necesidad de visado ni consideración de la SNE siempre que hayan permanecido en España durante 3 años, no hayan sido becados por organismos de cooperación y hayan realizado los estudios con aprovechamiento; no obstante, pasarán a una situación de autorización de trabajo y residencia inicial. Otro supuesto es el de los trabajadores transfronterizos, que prestan sus servicios en territorio español, provistos de la correspondiente autorización, pero residen en otro país –normalmente, Marruecos-; el hecho de haber sido trabajador transfronterizo no genera derechos para obtener una autorización de trabajo y residencia, aunque se establece con cierta vaguedad que dicha circunstancia podrá "tomarse en consideración" en las solicitudes futuras. Asimismo, los trabajadores "de temporada" que obtengan una autorización para trabajar con una duración inferior al año, tampoco pueden acceder a un tramo distinto del permiso inicial por un año.

Aparte de estas situaciones, el nuevo reglamento regula, en los artículos 96 y siguientes, diversos supuestos de cambio de una situación a otra (de residencia a residencia y trabajo, compatibilidad entre el trabajo por cuenta propia y ajena, de residencia por circunstancias excepcionales a residencia y trabajo o modificaciones de la propia situación de residencia y trabajo).

3. ALGUNAS REFERENCIAS AL ESTATUTO DE LOS IRREGULARES

Dado que, como hemos visto, sigue habiendo un número relevante de extranjeros que trabajan en España de manera ilegal, esto es, sin gozar de la correspondiente autorización administrativa, cabe plantearse cuál es su estatuto de derechos laborales, situación en la que el nuevo reglamento no ha supuesto ningún cambio.

Lo primero que llama la atención es que la LOEx niega a estos trabajadores el ejercicio de los derechos fundamentales específicos de la relación laboral, esto es, la sindicación y la huelga (art. 11). La argumentación al respecto resulta un poco enrevesada: en la medida en que son trabajadores, los extranjeros son ***titulares*** de la libertad sindical y el derecho de huelga, pero en la práctica, no pueden ***ejercitar*** estos derechos si no están autorizados legalmente para trabajar. Por supuesto, esta cuestión ha sido muy discutida y de hecho, se ha puesto en duda su constitucionalidad, dado que estos derechos se formulan en la Constitución sin distinción de nacionalidad, están reconocidos sin tales restricciones en un buen número de Tratados Internacionales y los derechos constitucionales deben interpretarse conforme a los tratados multilaterales de derechos humanos (art. 10.2 de la Constitución); en éste y otros aspectos, la LOEx ha sido recurrida ante el TC pero aún no contamos con un posicionamiento al respecto. Ciertamente, este conflicto de argumentos tiene una gran importancia en el terreno simbólico –al Gobierno le interesaba destacar el *status* de inferioridad al que quedan sometidos los irregulares, mientras que a los que nos oponemos a esta restricción nos interesa subrayar que las restricciones de la política migratoria no deben llegar a degradar hasta tal punto el estatuto de Derechos Fundamentales de la persona-; no obstante, desde el contacto personal con el fenómeno migratorio es fácil advertir que, en cambio, la relevancia práctica del problema es muy escasa. Por un lado, los irregulares se encuentran en una situación de tal precariedad que sus aspiraciones o incluso posibilidades reales o de ejercer la actividad sindical o la huelga son muy escasas[87], de manera que su preocupación inmediata es la regularización de su situación; por otro lado, y por la misma razón, sería ridículo suponer que los extranjeros van a dejar de trabajar irregularmente porque formalmente se les niegue el ejercicio de estos derechos por lo que la eficacia de esta restricción en aras a prevenir la inmigración ilegal es nula. El conflicto es más bien una "cuestión de principios", lo que, por supuesto, no deja de ser importante.

De manera contradictoria con esta absurda limitación de los derechos fundamentales del trabajador irregular, la legislación actual reconoce de manera bastante amplia el resto de sus derechos laborales; así pues, el artículo 36.3 LOEx establece que "*[…] La carencia de la correspondiente autorización por parte del empresario, sin perjuicio de las responsabilidades a que dé lugar, incluidas aquellas en materia de seguridad social, no invalidará el contrato de trabajo*

[87] En todo caso resulta difícil que los sindicatos nieguen la afiliación a un trabajador extranjero por ser irregular, o que los Tribunales consideren ajustada a Derecho la conducta antisindical de un empresario que emplea ilegalmente a extranjeros; la huelga resulta más problemática dada su relación con posibles alteraciones del orden público que pudieran incluso motivar la expulsión del extranjero, pero son escasos los efectos concretos de la restricción sobre la relación laboral, dado que tampoco parece probable que los Tribunales vayan a considerar legítima una actitud anti-huelguística selectiva por parte de los empleadores que contratan extranjeros irregularmente (RODRÍGUEZ-PIÑERO).

respecto a los derechos del trabajador extranjero, ni será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle".

Tradicionalmente, la Jurisprudencia y la Doctrina españolas habían venido entendiendo que el contrato de trabajo celebrado sin la correspondiente autorización debía ser calificado como nulo, por resultar contrario a una norma imperativa (aplicando el artículo 6.3 del Código Civil), si bien el empresario quedaba obligado a pagar el salario correspondiente al tiempo trabajado para evitar el enriquecimiento injusto (art. 9.2 ET). Así pues, el trabajador quedaba desprovisto de los derechos asociados al contrato de trabajo, así como de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social. Esta interpretación generaba un importante "efecto perverso" secundario, puesto que terminaba beneficiando al empresario infractor, incentivándose por tanto la contratación irregular y, en su caso, el abuso por parte de los empleadores de la situación de necesidad de los extranjeros.

La rotundidad con la que se expresa la LOEx a partir del 2000 –rotundidad que se amplifica con la reforma de 2003 en lo que refiere a las prestaciones de Seguridad Social- ha motivado un giro decisivo de la Jurisprudencia, que ahora afirma con claridad meridiana que *"[...] el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es, en la actual legislación, un contrato nulo*"[88]. Así pues, el trabajador no perderá sus derechos laborales –aunque en muchos casos tendrá dificultades de *facto* para ejercerlos-, ni el acceso a las prestaciones contributivas de Seguridad Social por el mero hecho de trabajar sin autorización; existen sin embargo, algunos problemas interpretativos respecto a los concretos derechos laborales y prestaciones a los que se tiene derecho[89]. Como he señalado antes, esta relativa equiparación con los trabajadores regulares me parece muy adecuada, sobre todo por consideraciones éticas, pero también porque cuánto más débil sea la posición jurídica de los trabajadores irregulares más rentable será para los empresarios la contratación ilegal, de manera que la distinción de estatutos jurídicos en el campo laboral favorece y alimenta la inmigración ilegal (coincidiendo con estos dos argumentos, GÓMEZ ABELLEIRA).

---

[88] Ver. SSTS 9-6-2003 (Ar. RJ 3936), 29-9-2003 (Ar. RJ 7446) y 7-10-2003 (Ar. RJ 6497).

[89] Ver por ejemplo GÓMEZ ABELLEIRA, 2004. En el campo estrictamente laboral, los Tribunales, con carácter general están aceptando incluso el derecho a las indemnizaciones por despido improcedente, lo que resultaba discutible (ver por ejemplo SSTSJ Madrid 10-5-2005 (Ar. AS 1533), Cataluña 6-5-2005 (Ar. AS 1756), Cantabria 5-4-2005 (Ar. AS 1756) y Comunidad Valenciana 24-6-2005 (Ar. JUR 101150. En materia de Seguridad Social contributiva, la mayoría de las resoluciones se refieren a accidentes de trabajo, donde la cuestión presenta menos problemas; por otra parte, se ha llegado incluso a interpretar de manera a mi juicio excesivamente apegada a la literalidad de la norma que en lo que refiere a las contingencias comunes, el artículo 36.3 LOEx sólo se aplica a los extranjeros que estuvieran legalmente en España, aunque desprovistos de autorización para trabajar, dado que el artículo 7.1 LGSS exige la residencia o estancia legal para la inclusión de los extranjeros en el campo de aplicación del sistema de Seguridad Social (ver la obra colectiva citada en la bibliografía). Aunque no parece que esta última interpretación vaya a prosperar, subsisten problemas interpretativos, sobre todo en materia de desempleo –dado que la situación de desempleo exige "poder" trabajar.

4. REFLEXIÓN FINAL

Parece claro que los cambios económicos, tecnológicos, culturales y sociales que estamos experimentando a nivel mundial –a veces unificados en la etiqueta de "globalización"- están poniendo en duda la percepción que se tiene de los extranjeros, las categorías jurídicas y la regulación migratoria de una manera muy compleja (de hecho, en ocasiones se tiende a una regulación más rígida, mientras que otras veces los cambios arrastran hacia una mayor flexibilidad). No sabemos hacia dónde nos llevarán estos procesos, pero por el momento, la necesidad de los Estados de regular, ordenar e incluso limitar los flujos migratorios parece ser estructural –esto es, no depende exclusivamente de la voluntad política, sino que está condicionada por factores extrajurídicos-; estas necesidades contrastan vivamente con el derecho humano a emigrar previsto en el artículo 13 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que nos impulsa a compartir en abstracto el sueño de un mundo sin fronteras para las personas. El choque frontal entre estas aspiraciones y la realidad hace que cualquier regulación en materia migratoria esté sometida en mayor o menor medida a esta contradicción y por tanto a fuertes tensiones; el resultado nunca parecerá del todo satisfactorio para todos y se verá lógicamente influido por posicionamientos ideológicos: todas las restricciones producirán una suerte de "mala conciencia" mientras que todos los rasgos de apertura serán sospechosos de irrealidad. En mi opinión, la búsqueda de un "punto óptimo" de equilibrio en el que la legislación social lleve al límite sus posibilidades de incidir en la realidad teniendo en cuenta intereses diversos (los de los empresarios, los de los extranjeros, los de la sociedad española) es uno de esos caminos que merece la pena recorrer por el valor del propio trayecto, aunque no haya garantías de que lleven a un destino final.

Parece razonable, asimismo, que existan conexiones entre la política de control de flujos migratorios y el mercado de trabajo. Esto es así porque el mayor volumen de desplazamientos, y también los que plantean mayores retos a la legislación, se llevan a cabo con la intención de trabajar por cuenta ajena, y también porque algunos de los problemas más importantes que plantean las migraciones (tanto los reales como los imaginarios) se refieren a las posibles distorsiones del mercado del trabajo y al problema del desempleo; así pues, tiene sentido que exista alguna correlación entre las medidas de control de flujos y el análisis del mercado de trabajo. Por otra parte, dado que la regulación vigente plantea, como hemos visto, serios problemas de eficacia para garantizar (al menos de un modo legal) la cobertura de las necesidades de mano de obra que tienen los empresarios españoles, resulta especialmente importante tratar de maximizar la eficacia de los mecanismos legales en la conexión entre oferta y demanda de trabajo; en este caso nos encontramos ante un "juego de suma positiva" entre los diferentes intereses, dado que la canalización efectiva de las necesidades de

empleo beneficia, no sólo a los empresarios, sino también a los trabajadores extranjeros y al conjunto de la sociedad española. Por supuesto, toda política migratoria debe tener en cuenta que los migrantes no son sólo trabajadores, sino también, y, ante todo, personas, de manera que la perspectiva puramente laboral y centrada en la satisfacción de las necesidades empresariales, siendo necesaria, no resulta por sí misma suficiente para abordar los retos actuales (entre otras cosas, es posible que las personas siguieran cruzando las fronteras aunque no hubiera empleo y esta cuestión debe ser abordada).

Ahora bien, una cosa es que tengan que existir vínculos entre política migratoria y mercado de trabajo y otra es la forma y sobre todo la intensidad que asuman estos vínculos. En mi opinión se aprecia una tendencia a la separación progresiva entre el control de las migraciones y el derecho social –dos bloques normativos que en principio atienden a finalidades diversas-, o al menos a ir abandonando la diferenciación de estatutos laborales y sociales como instrumento de control de flujos. Así, como hemos visto, el contrato de trabajo sin autorización ha dejado de ser nulo y ya se reconocen los derechos laborales y las prestaciones sociales relacionados con éste (salvo, paradójicamente el ejercicio de los derechos fundamentales específicos del contrato de trabajo), mientras que los extranjeros legalmente residentes han llegado ya a un *status* de equiparación plena en cuanto a sus derechos laborales y de Seguridad Social, incluidas incluso las prestaciones no contributivas. El Reglamento de 2005 no ha dado pasos significativos en este sentido –lo que hubiera correspondido más bien a una nueva modificación legal-, si bien, en mi opinión, ha aportado una regulación más clara, menos problemática, más ajustada al principio de seguridad jurídica y probablemente más eficaz. Es prudente conceder cierta estabilidad a la legislación vigente antes de proponer nuevos cambios legislativos (salvo en lo que refiere a la depuración de los preceptos inconstitucionales), pero a medio o largo plazo seguramente estos cambios resulten inevitables o cuanto menos, oportunos.

Ciertamente, no parece deseable en nuestro contexto que esta disociación entre derechos sociolaborales y políticas migratorias sea absoluta, pero no puede negarse que, no sólo las diferenciaciones de estatuto jurídico, sino, en general, las restricciones a la contratación legal de extranjeros favorecen y alimentan de algún modo el trabajo irregular en la economía sumergida, promoviendo hasta cierto punto la inmigración ilegal. Ningún aspecto tiene por qué quedar *a priori* fuera del debate; hay muchos vínculos entre Derecho del Trabajo y Extranjería que resultan discutibles desde diversos aspectos y en los que conviene profundizar –eso sí, de manera rigurosa y tomando en consideración distintas perspectivas. Así por ejemplo, podrían cuestionarse el requisito de tener en cuenta la SNE, la rigidez del principio de contratación de extranjeros en origen, la necesidad de esperar a que la autorización esté aprobada para que el trabajador comience a prestar servicios por cuenta ajena o incluso la propia exigencia de contar con una autorización para

trabajar (RAMOS QUINTANA), que desde luego no es estrictamente necesaria para regular la entrada y la residencia. Cualesquiera que sean los controles de los flujos migratorios y las sanciones que se establezcan hacia los extranjeros por encontrarse en situación de irregularidad (no tanto por trabajar sin autorización), parece legítimo aspirar, aunque sea a medio o largo plazo, a que los extranjeros que de un modo u otro están en España puedan ganarse la vida legalmente y en condiciones dignas; si esto provoca o no más problemas de los que resuelve es una cuestión a debatir –posiblemente a nivel comunitario- en la que no caben los apriorismos de ningún tipo.

BIBLIOGRAFÍA.

AAVV, “La situación de los extranjeros en relación con el orden social”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005.

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Géneros o categorías humanas y discriminación racial en el trabajo”, Comunicación al XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, mayo de 2004. AAVV, *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2005. pp. 86-112

ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros”, en Revista de Derecho Social, nº 23, 2003.

ESTEBAN DE LA ROSA, G, y MOLINA NAVARRETE, C., “La reordenación del régimen de situaciones y de trabajo de los extranjeros en España (comentario del RD 2393/2004, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000)”, Estudios Financieros, nº 265, 2005.

GÓMEZ ABELLEIRA, F., “Validez y efectos del contrato de trabajo del trabajador extranjero sin autorización para trabajar”, Relaciones Laborales, nº 12, 2004.

RAMOS QUINTANA, M., “El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica”, en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. Tomo I., XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Gobierno de Cantabria, 2003.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., “El derecho del trabajo y los inmigrantes extracomunitarios”, en AAVV, *Derechos y libertades de los extranjeros en España. Tomo I., XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Gobierno de Cantabria, 2003.

SÁNCHEZ MOLINA, R., “Mandar a traer*”. Salvadoreños en Washington, D.C. Antropología, migraciones y transnacionalismo*. Madrid, Editorial Universitas, 2005.

VALDUEZA BLANCO, Mª D., “Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la LO 4/2000, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros y su Integración Social”, Relaciones Laborales, nº 4, 2005.

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE la SITUACIÓN JURÍDICA de los MENORES INMIGRANTES en ESPAÑA[90]

Mª Paz Sánchez González
Catedrática de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno de la globalización ha traído consigo importantes mutaciones en ámbitos tales como la economía y la estructura social. En relación con esta última, qué duda cabe que el incremento y la facilidad de las comunicaciones entre los distintos puntos del planeta han generado un aumento de los movimientos migratorios desde los países menos desarrollados hacia los que constituyen el "primer mundo". Sin embargo, como se puso de relieve en el *Informe Especial al Parlamento,* del Defensor del Menor de Andalucía, sobre *Menores Inmigrantes*[91]*,* el fenómeno, en sí mismo considerado, resulta contradictorio, ya que los mismos países que se pronuncian abiertamente a favor de la supresión de las fronteras y del libre tránsito, son los primeros en exigir el cierre de aquéllas cuando se trata, no de mercancías, sino de personas. La razón es obvia: la apertura de fronteras, en el caso de las mercancías, constituye una fuente de riqueza inmediata, ya que estos países "ricos" suelen tener la condición de productores-exportadores; en cambio, la entrada masiva de personas, con escasos recursos y poca o nula cualificación profesional, suele ser percibida como un coste potencial para las arcas del Estado receptor[92].

En tal sentido, me parecen particularmente acertadas las palabras de GARCÍA AMADO cuando dice que "pretender resistirse a eso que se llama la globalización o la mundialización... parece propósito vano... Pero asumir lo que en la globalización haya de inevitable no tiene por qué implicar la pasividad política y moral... si el poder de las instituciones públicas o de las empresas privadas de lo que llamamos el primer mundo es tal que puede de plurales modos determinar la situación interna u las decisiones de los Estados terceros (como los de América Latina, por ejemplo) los ciudadanos de estos Estados se convertirán en nuevos

---

[90] Trabajo basado en la exposición efectuada sobre "El régimen jurídico de los menores inmigrantes en España", dentro del seminario *Jornadas sobre Nacionalidad y Extranjería,* organizada por el Aula Universitaria del Estrecho (Universidad de Cádiz), publicado en Actualidad Civil, nº 18, 2005.

[91] Informe elaborado en diciembre 2003.

[92] Como dice MAESTRO BUELGA, 'Globalización, inmigración y ciudadanía social", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* noviembre 2003, pp. 11 y ss., concr. pp. 12 y 13, "Paradójicamente, la globalización no penetra, sino que actúa desde otros, en el mercado de trabajo. A estas alturas, nadie objeta la afirmación de que el mercado de trabajo es el menos globalizado, que los flujos de trabajadores son escasamente significativos y que éste sigue siendo básicamente nacional. El papel de las migraciones tiene que ver más con el sistema de exclusiones mundial, impuesto por la globalización, que con la conformación de un nuevo espacio de intercambio de trabajo".

súbditos sin voz o siervos atados feudalmente a la tierra si no pueden extender sus derechos de todo tipo y ejercerlos también allí desde donde se les gobierna"[93].

Los menores de edad no han permanecido al margen de estos flujos migratorios. Muy al contrario, dentro de estos últimos, resulta excesivamente frecuente la presencia de un número relativamente elevado de menores que, en un intento de mejorar sus perspectivas de futuro, optan por la aventura de la emigración, sin que, por otra parte, lo hagan en compañía de adultos que se responsabilicen de ellos[94]. Según la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997 (97/C221/03), cabe identificar como menores inmigrantes a los "niños y adolescentes menores de 18 años, nacionales de terceros países, que se encuentran en el país receptor sin la protección del familiar o adulto responsable que habitualmente se hace cargo de su cuidado, ya sea legalmente, o con arreglo a los usos y costumbres".

En lo que se refiere a nuestro país, de acuerdo con la normativa aplicable, estos menores inmigrantes no acompañados pasan a ser responsabilidad de los entes tutelares de las distintas Comunidades Autónomas. Y al ser cada vez mayor el número de menores que cruzan solos nuestras fronteras, es también cada vez mayor el volumen de los recursos económicos que hay que canalizar hacia los referidos entes tutelares a fin de que puedan cumplir adecuadamente con sus funciones[95]. Esencialmente, esta es la razón que ha originado que lo que en principio era un problema de carácter social (la inmigración), se haya transformado en un problema político de primera magnitud. A raíz de este cambio en la naturaleza del problema, se han realizado distintos pronunciamientos, a veces muy polémicos, por parte de aquellos a los que les incumbe alguna responsabilidad en su solución[96].

---

[93] "¿Por qué no tienen los inmigrantes los mismos derechos que los nacionales?", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, julio 2003, pp. 9 y ss., concr. pp. 27 y 28. Según este autor, "que el precio que haya que pagar por esa nueva y más efectiva soberanía sea la disolución de las viejas formas y las comunidades arcaicas será algo que dolerá tan sólo a los reaccionarios que heredan a quienes en su día lamentaron progresos tales como la liberación del vasallaje o la igualdad femenina".

[94] Refiriéndose específicamente a los menores magrebíes, DURÁN AYAGO, "El menor en el nuevo régimen de extranjería", en *Jornadas sobre la Ley de Extranjería e Inmigración*, Cáceres, 2003, pp. 73 y ss., concr. p. 74, señala que "las razones que empujan a estos menores... a embarcarse en la aventura de pasar la frontera en los bajos de los camiones o autobuses, o a introducirse como polizones en barcos, o a arriesgar sus vidas en las pateras, resultan, no obstante, más difíciles de entender. Según el análisis efectuado en un Encuentro realizado entre la Asociación Marroquí de Derechos Humanos y la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, el aumento de la migración de menores es preciso buscarla en la situación estructural de miseria y pobreza que hay en Marruecos en general y muy en particular en la zona norte del país. Los indicadores de la situación socioeconómica son suficientemente reconocidos como para que no sea preciso repetirlos. Baste señalar que el 65% de la población es analfabeta, que el paro *oficial* es superior al 25% o que Marruecos ocupa el lugar 125 en el Indicador de Desarrollo Humano de la ONU, o que la renta per cápita es de 3500 dólares frente a los 14000 de España".

[95] En el trabajo de DURÁN AYAGO ya citado -p.74-, se proporcionan unos datos muy significativo: en la Comunidad Autónoma de Andalucía se invirtieron mil millones de pesetas en atender a unos 1800 menores inmigrantes. Por otra parte, de los 4089 acogidos en residencias para menores, un 45,58 % correspondía al colectivo de menores extranjeros.

[96] Con posterioridad haremos referencia a la Instrucción de la Fiscalía General 3/2003, hoy sin efecto.

En todo caso, debe tenerse en consideración que estos menores extranjeros que acceden solos a nuestro país son sujetos en los que concurre la doble circunstancia de menores y de inmigrantes, por lo que, en principio, para determinar el régimen jurídico que les resultaría aplicable, sería necesario atender a la normativa específica reguladora de ambas condiciones. A tales efectos, el régimen legal aplicable a los menores inmigrantes en nuestro país se compone de un buen número de disposiciones de distinto calado y significación. Sin ninguna pretensión de exhaustividad, y a efectos puramente sistemáticos, ese complejo entramado de normas puede clasificarse en tres grandes categorías, en función del respectivo ámbito geográfico de aplicación. De este modo, la composición del referido régimen jurídico exigiría la consideración de normas de ámbito internacional[97], nacional[98] y autonómico[99].

Evidentemente, casar toda esta dispersa normativa entraña no pocas dificultades. En esencia, salvo en cuestiones puntuales, la precisión del marco normativa básico del menor inmigrante en España exigirá la interpretación y aplicación integrada de las leyes de extranjería y de protección del menor.

2. PROCESO MIGRATORIO DEL MENOR NO ACOMPAÑADO.

La comprensión de la situación jurídica en la que se halla el menor extranjero no acompañado exige la referencia -siquiera, somera- al proceso administrativo que se inicia con su detección en suelo español y finaliza con el asentamiento definitivo del menor -ya sea en el país inicialmente elegido como destino o en un tercer país-, o bien, con el retorno a su país de origen.

Como se ha indicado ya con anterioridad, la competencia sobre buena parte de este procedimiento corresponde a los entes tutelares de menores existentes en

---

[97] Entre otras, Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, de 1989; Carta de la Unión sobre derechos sociales fundamentales de los trabajadores, de 9 de diciembre de 1989; Carta Europea de los derechos del niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo A3-0172/92; Resolución del Consejo de la Unión Europea, de 26 de junio de 1997, sobre menores no acompañados procedentes de terceros países; Directiva 2003/86/CE, del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho de reagrupación familiar; Acuerdo Hispano-Marroquí sobre repatriación asistida de menores no acompañados, de 23 de diciembre de 2003; Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes.

[98] Constitución de 1978; Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor; Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, posteriormente modificada por leyes 8/2000, 11/2003 y 14/2003; RD 2393/2004, de 30 de diciembre, Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo. Modificada por Ley 9/1994, de 19 de marzo; Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado. Modificado por Real Decreto 2393/2004; RD 865/2001, de 20 de julio, por el que se regula el Reglamento de reconocimiento del estatuto de apátrida.

[99] En el caso específico de Andalucía, tales normas serían, esencialmente, las siguientes: Disposición Adicional 8ª de la Ley 1/1998, de derechos y atención del Menor; Decreto 42/2002, del régimen de desamparo, tutela y guarda administrativa.

la correspondiente Comunidad Autónoma. En este sentido, dado que Andalucía, por su posición geográfica, constituye una región receptora de un buen número de inmigrantes, creo que no resultaría desacertado tomarla como modelo para ejemplificar el conjunto de actuaciones al que hace referencia el presente epígrafe.

2.1. BREVE DESCRIPCIÓN DEL PROCESO.

De forma muy resumida, dentro del proceso migratorio de un menor en la Comunidad Autónoma aludida, cabría distinguir varios momentos o fases: intervención, investigación, decisión y ejecución[100].

La primera -*fase de intervención*- se iniciaría con la constatación de la presencia del menor por parte de los cuerpos de seguridad españoles, y concluiría con su puesta a disposición de los organismos tutelares competentes. De acuerdo con la normativa aplicable, si el extranjero es mayor de edad, quedará bajo la responsabilidad de la Administración del Estado; en caso contrario, la responsabilidad sobre el mismo corresponderá a la Administración autonómica competente en materia de menores[101].

Es el Ministerio Fiscal el órgano competente para ordenar la práctica de las pruebas necesarias para la determinación de la edad extranjero[102]. A tales efectos, y a falta de elementos documentales, se realizarán las pruebas periciales oportunas. Entre ellas, suele ser habitual la prueba oseométrica, que consiste en el estudio radiológico de la estructura ósea de la muñeca y la mano izquierda del presunto menor, y su comparación posterior con unas tablas estadísticas

---

[100] Informe Especial al Parlamento del Defensor del Menor de Andalucía sobre *Menores Inmigrantes en Andalucía*, al que nos hemos referido con anterioridad.

[101] Según el artículo 35 LOEx, "*1. En los supuestos en los que los Cuerpos y fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*
2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores".

[102] En relación con la carga de la prueba de la minoría de edad, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 22 de julio de 2004 (JUR 2004/256006) estimó el recurso interpuesto contra la Sentencia de 5 de diciembre de 2003, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Ciudad Real, que había denegado el permiso de residencia a un menor de edad. En la última sentencia citada, el Tribunal estimó que la carga de la prueba de la acreditación de la minoría de edad le correspondía al interesado; esto es, al propio menor. Semejante consideración no fue compartida por el TSJ competente, que consideró que "... el régimen de permiso de residencia que se aplica a la solicitud del interesado se caracteriza por referirse a situaciones especiales de extranjeros indocumentados cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, situación real que se produce por la afluencia de personas procedentes de países donde es notorio que estos datos relativos al estado civil no se reflejan con la fidelidad y regularidad con que ocurre en nuestro país y que además se desenvuelven al margen de controles y documentos que permitan constatar su edad verdadera. De ahí que no sea posible aplicar con el rigor ordinario las reglas de la carga de la prueba, por lo que éstas deben interpretarse en función de las circunstancias concurrentes en este tipo de situaciones y de la propia finalidad de la institución regulada en el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero ...".

previamente elaboradas que muestran el desarrollo de esos huesos, según la edad[103].

Con esta prueba se determina la edad del sujeto con un margen de error de aproximadamente dos años, habiéndose establecido en la *Instrucción de la Fiscalía General del Estado de 28 de junio de 2001*[104] que "dado que las pruebas médicas no suelen ofrecer nunca una edad exacta, sino que siempre fijan una horquilla más o menos amplia... habrá que presumir, a falta de otros datos y a efectos de determinar si éste (el sujeto) es mayor o menor, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla".

En relación con la determinación de la edad del inmigrante extranjero, nuestros Tribunales, en algún caso, han tenido que decidir resolviendo la contradicción entre la edad que constaba en la documentación del mismo y la que se había podido determinar mediante el empleo de la prueba pericial descrita. Más concretamente, esta fue la razón del litigio que se planteó y resolvió por el Juzgado de Primera Instancia nº 1, de Cantabria, con fecha 6 de mayo de 2004, que estimó que "... si la prueba de edad practicada que constituye el fundamento de la resolución impugnada no puede considerarse en modo alguno definitiva, porque es sólo complementaria y permite el error, la presunción de veracidad de los documentos oficiales no puede considerarse desvirtuada..."[105].

En el caso de que la minoría de edad del inmigrante resulte dudosa, la prueba oseométrica habrá de realizarse lo más rápidamente posible, ya que, como se señala en la Instrucción de la Fiscalía General del Estado ya citada, "... la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no haya sido determinada su edad es una situación de privación de libertad...".

Una vez comprobada la minoría de edad del extranjero y puesto a disposición de las autoridades competentes, el paso siguiente consistirá en la realización de cuantas actuaciones sean necesarias para identificar al menor y determinar con la mayor precisión posible el núcleo familiar del procede. Esta fase, llamada de *investigación*, resultará de capital importancia en orden a la futura decisión sobre la repatriación o la permanencia del menor en nuestro país.

Estas labores de averiguación no siempre resultan fáciles; más bien, al contrario. Y la razón de tales dificultades se encuentra, esencialmente, en la sistemática falta de colaboración de los representantes legales del país de procedencia del menor[106]. Al parecer, la adopción de acuerdos bilaterales resulta

---

[103] Este método se conoce con el nombre *Greulich-Pile*.

[104] Instrucción 2/2001, *acerca de la interpretación del actual art. 35 de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.*

[105] AC 2004/821.

[106] Según se señala expresamente en el *Informe sobre Menores Inmigrantes en Andalucía*, "... los consulados de Marruecos -país de origen del 95% de los menores inmigrantes detectados en Andalucía- no ofrecen en principio

ser la vía más adecuada para facilitar la cooperación entre los países de origen y los receptores de menores inmigrantes[107].

En todo caso, efectuadas todas las averiguaciones que hayan resultado posibles, habrá que pronunciarse sobre la conveniencia de la permanencia o no del menor en nuestro territorio *-fase de decisión-*. A este respecto, la normativa sobre extranjería atribuye la competencia sobre la decisión a la Administración del Estado[108].

En el supuesto de que la decisión sea de retorno, y puesto que nos estamos refiriendo a menores, la primera opción sería la reagrupación familiar. Sólo cuando no resulte viable esta posibilidad[109], se barajará la opción de ponerlo a disposición de los Servicios de Protección de Menores de su país de origen que, en muchos casos, son primarios y deficientes, escasamente aptos para cumplir las finalidades a las que, dada su naturaleza, estarían destinados.

Al margen de las consideraciones anteriores, la decisión adoptada deberá ser llevada a la práctica - *fase de ejecución-*. Si se ha decidido el retorno del menor, su ejecución corresponde a la Administración del Estado, siguiéndose para ello el procedimiento del artículo 92.4º RLOEx[110].

---

información alguna sobre las circunstancias personales o socio-familiares de los menores que permita a las autoridades gubernativas españolas adoptar una decisión sobre los mismos".

[107] Así, por ejemplo, con la finalidad de paliar las graves consecuencias que se derivan de semejante situación, en diciembre de 2003, los Reinos de Marruecos y España han procedido a la firma de un acuerdo de cooperación sobre la materia. En él se prevé que *"las autoridades competentes de los Estados adoptarán todas las medidas previstas en la Legislación vigente en los dos países para la identificación de los menores no acompañados localizados en uno de ellos".*

[108] El artículo 35.3º de la Ley de Extranjería dispone que "La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España". Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 92.4, párrafo 5 RLOEx, "una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación mediante su entrega a las autoridades de fronteras del país al que se repatríe. No procederá esta medida cuando se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares".

[109] Bien, porque la familia no pueda ser localizada; bien, porque, localizada, no pueda hacerse cargo del menor. Esto último sucede, según el *Informe* ya aludido en citas anteriores, en un número muy elevado de casos, en los que los menores proceden de familias multiproblemáticas, en las que concurren tanto carencias económicas y sociales como situaciones de desestructuración (como sucede, por ejemplo, con las madres separadas o repudiadas que contraen nuevas nupcias, pero no pueden llevar a sus hijos consigo al nuevo hogar.) En el mismo sentido se pronuncia DURÁN AYAGO, Ob. cit., p. 86.

[110] Según el precepto citado en el texto, *"... la Administración General del Estado, competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo, actuará a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, las cuales solicitarán de la Comisaría General de Extranjería y Documentación la realización de las gestiones necesarias ante las embajadas y consulados correspondientes, para localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación.*
Una vez localizada la familia del menor o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país, se procederá a la repatriación mediante su entrega a las autoridades de fronteras del país al que se repatríe. No

Por el contrario, si se hubiese considerado que lo más adecuado es la permanencia del menor en nuestro país, habrán de efectuarse cuantas actuaciones sean necesarias a fin de regularizar su situación; entre ellas, su declaración de desamparo[111]. Tras ella, se establecería una específica medida de protección del menor que, en la inmensa mayoría de los casos, consiste en un acogimiento de tipo residencial. Sólo en un número muy reducido de casos estos menores son objeto de acogimiento familiar.

2.2. CONSIDERACIONES CRÍTICAS.

Desde un punto de vista estrictamente dogmático, el sistema previsto por el ordenamiento español para hacer frente al problema planteado por la emigración cuasi masiva de menores no acompañados, no parece que se halle en desacuerdo con los esenciales principios rectores en materia de protección de menores. Sin embargo, la aplicación práctica del referido sistema no presenta ya el mismo grado de sintonía en relación con las exigencias de tales normas tuitivas.

En este sentido, resultan muy significativas las apreciaciones del Comité de los Derechos del niño vertidas en sus *Observaciones finales a los informes presentados por Marruecos y España*[112]. Más concretamente, en el referido

---

procederá esta medida cuando se hubiera verificado la existencia de riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares.
En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberá constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal.
La repatriación del menor será acordada por el Delegado del Gobierno o por el Subdelegado del Gobierno, cuando tuvieren la competencia delegada para ello, y ejecutada por los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.
La repatriación se efectuará a costa de la familia del menor o de los servicios de protección de menores de su país. En caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a estos efectos. Subsidiariamente, la Administración General del Estado se hará cargo del coste de la repatriación".
Por su parte, el párrafo 5 del mismo artículo 92 señala que "*Transcurridos nueve meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores, de acuerdo con el apartado 2, y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia a la que se refiere el artículo 35.4 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero...*
... El hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse confome a lo previsto en este artículo.
En el caso de menores tutelados por la entidad de protección de menores competente que alcancen la mayoría de edad sin haber obtenido la citada autorización de residencia y hayan participado adecuadamente en las acciones formativas y actividades programadas por dicha entidad para favorecer su integración social, ésta podrá recomendar la concesión de una autorización temporal de residencia por circunstancias excepcionales, a la que se hará extensivo lo dispuesto en el artículo 40.j) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero".

[111] Según el artículo 111.2º RLOEx, "*Los servicios competentes de protección de menores a los que se refiere el artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando tengan conocimiento de que un menor se halle en situación de desamparo, deberán comunicar, con la mayor brevedad, a la Dirección General de Policía, a través de sus órganos periféricos, los datos que conozcan relativos a la identidad del menor...*". La finalidad de esta comunicación no es otra que la de que el menor aparezca en el Registro de Menores Extranjeros no acompañados (a los solos efectos de su identificación.)

[112] *Observaciones Finales al 2º Informe periódico de España*, presentado en octubre de 1998, y analizado por el Comité en su 30º periodo de sesiones, en mayo de 2002; y *Observaciones Finales al 2º Informe periódico de Marruecos*, estudiado por la Comisión en su 33º periodo de sesiones, en junio de 2003. En el resumen de las consideraciones críticas que se efectúan en el texto, se ha seguido el trabajo de CARMONA LUQUE, "La situación

informe se pone de relieve la existencia de graves denuncias relativas al maltrato policial durante la expulsión forzosa de los menores a su país de origen, así como la trasgresión de otros derechos que corresponden a los menores en estos supuestos, como son los relativos a asistencia letrada y servicios de interpretación, tramitación de permisos de residencia a los que legalmente tienen derecho, asistencia sanitaria y educación. A ello se une, según el aludido texto, el hacinamiento y malas condiciones de los centros de acogida y maltrato en su interior por parte del personal y por otros niños alojados en ellos, la expulsión sumaria de niños sin procurar su devolución a las familias u organismos de asistencia social de sus países, y la ausencia de la debida protección, asistencia y vigilancia de su situación, una vez que regresan a Marruecos[113].

De otro lado, según denuncias de distintas Organizaciones No Gubernamentales cuya actividad se centra en estos colectivos, en muchos casos realmente no se procede a la repatriación del menor, sino a su expulsión mediante procedimiento sumario[114].

2.3. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN LOS PROCEDIMIENTOS RELATIVOS A MENORES EXTRANJEROS INMIGRANTES NO ACOMPAÑADOS.

Sobre esta materia del retorno de menores inmigrantes, incidió de forma directa la Instrucción 3/2003, del Fiscal General del Estado, que adoptó una posición bastante crítica en relación con la forma en que la Administración pública española había venido aplicando hasta ese momento la normativa sobre extranjería. En efecto, según la mencionada Instrucción, la situación en que se encontraban estos menores inmigrantes no acompañados determinaba, por regla

---

de los niños inmigrantes marroquíes en España a la luz del Derecho internacional público: el caso de los niños no acompañados", versión inédita a la que hemos podido acceder por cortesía de su autora.

113 En esta dirección apunta el contenido del artículo que apareció en la *Revista del Domingo*, del *Diario de Cádiz*, correspondiente al día 9 de enero de 2005. El autor del artículo narra las peripecias de un menor marroquí -que había intentado entrar de forma ilegal a través de Tarifa- de la siguiente manera: "fue detenido por la policía en Cádiz junto con siete adultos. En la comisaría, todos fueron encerrados en la misma celda... Al día siguiente, el niño fue ingresado en el centro para menores de Algeciras Nuestra Señora del Cobre... Abdelhamaid (el menor) cuenta que en este centro tuvo que firmar un papel en español, que *nadie tradujo*, y que cuando pidió llamar a su madre para decirle donde estaba, *una mujer española del centro* le denegó la autorización... Según el niño, la policía española le puso unas *esposas de cuerda*, que la policía de su país cambió después por unas metálicas. Con estas esposas le encadenaron a una barra del garaje del barco junto con otro niño al que también estaban retornando... cuatro policías marroquíes se ensañaron con ellos y les dieron una monumental paliza con sus porras, les apalearon salvajemente y no pararon de insultarles. Al llegar a Tánger, sólo les esperaba una furgoneta de la policía que trasladó a los dos niños a la comisaría del puerto... Horas después les soltaron... Abdelhamaid volvió a casa a pie: nadie se había puesto en contacto con su familia". No cabe duda de que el relato de los hechos en modo alguno se ajusta a la forma en la que legalmente debía haberse procedido.

114 Véase SENOVILLA HERNÁNDEZ, "El estatuto jurídico de los menores extranjeros no acompañados en el Derecho español y francés", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* julio 2004, pp. 56 y ss., concr. pp. 65 y 66. Por su parte, DURÁN AYAGO, Ob. cit., p. 85, cita nº 42, se hace eco de las críticas vertidas por la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía al indicar que, según la mencionada asociación, "con el eufemismo de repatriaciones para una integración en el país de origen de estos menores, el Gobierno intentará la expulsión masiva de los mismos".

general, la tutela automática de la Administración y, como consecuencia, la futura residencia legal en España.

Sin embargo, los recursos materiales de los países de acogida -como es el caso de España- no eran (ni son) ilimitados, de forma que se estaba produciendo un desbordamiento del sistema español de protección de menores. Textualmente, en la referida Instrucción se decía que *"la Fiscalía General del Estado no puede permanecer indiferente ante este problema de dimensiones sociales, económicas y culturales imprevisibles. Tampoco puede permitir que la minoría de edad se convierta en la coartada legal que legitime la violación sistemática de las normas jurídicas del Estado, asegurando por sí sola, a través de una mecánica declaración de desamparo, la residencia en España de todos los extranjeros menores de edad que acceden ilegalmente a nuestro país... Lo que se pretende mediante la presente instrucción es contribuir a racionalizar la capacidad de asistencia de las autoridades españolas".*

Para la Fiscalía General del Estado, la Administración española no estaba obligada a asumir la tutela automática de todo extranjero menor de 18 años de edad. Los mecanismos de protección de menores sólo deberían ponerse en marcha una vez que se hubiese comprobado la presencia de una efectiva situación de desamparo, pues *"no resulta razonable que aquellos que son tratados como adultos en su propio país de origen, regresen a la infancia nada más traspasar los límites físicos de nuestras fronteras".*

A tal fin, la Instrucción 3/2003 estableció, entre otras, las siguientes pautas a las que debían ajustarse en su actuación los Fiscales:

1. Salvo prueba en contrario, los extranjeros mayores de 16 años que viven independientemente de sus padres y con el consentimiento de éstos tienen capacidad para regir sus bienes y su persona como si fueran mayores de edad (art. 323 CC.) Ello implica, de forma evidente, una inversión de la carga de la prueba.

2. En tales casos, no será procedente entender que concurre la situación jurídica de desamparo.

3. La detención de extranjeros menores de edad que pretendan entrar en España será notificada inmediatamente (y en todo caso, dentro del plazo de 24 horas) a los Fiscales de Menores, los cuales, salvo en aquellos supuestos excepcionales en que aprecien una palmaria situación de desamparo, dictaminarán a favor del retorno a su punto de origen a la mayor brevedad posible.

Ni que decir tiene que esta Instrucción de la Fiscalía General del Estado no pasó desapercibida para otros importantes órganos pertenecientes a la Administración del Estado, que se mostraron "sumamente preocupados" por lo que implicaba de punto de inflexión en la doctrina de la Fiscalía sobre la materia. Así, el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales, entre muchas otras consideraciones críticas, estimó que *"... la Instrucción ofrece un despliegue de razonamientos que conducen a considerar que no se puede proteger a todos los menores extranjeros que acceden a nuestro territorio por la simple razón de que desde el momento en que cruzan la frontera son independientes y, en consecuencia, se han emancipado. Tal posición conduce directamente a relegar el principio favor minoris a la nada y, como sabemos no sólo nuestra legislación interna sino los tratados internacionales ratificados por España aluden a la obligatoriedad de contemplar dicho principio en la actuación de los poderes públicos".*

También desde la doctrina se levantaron voces discrepantes en relación con la Instrucción comentada. En esta línea, se sostuvo que considerar emancipados a todos los menores extranjeros indocumentados, mayores de 16 años, con el propósito de evitar la declaración de desamparo, era ilegal e inconstitucional[115].

Pero no todas las opiniones fueron abiertamente críticas en relación con las tesis sustentadas por el Fiscal General del Estado en la referida Instrucción. En este sentido, algunos fiscales apoyaron las conclusiones de la Fiscalía General, en el entendimiento de que "*.... el superior interés del menor no cabe identificarlo con la permanencia a toda costa en España, sino con su retorno inmediato a la vida familiar, social y cultural que le es propia*"[116].

---

[115] En tal sentido se pronunció LÓPEZ ULLA, "En torno a la detención e internamiento de los extranjeros sometidos a un expediente de expulsión", dentro de la obra colectiva *Problemas constitucionales de la inmigración: una visión desde Italia y España,* coordinada por Revenga Sánchez, Valencia, 2005, pp. 523 a 561. Las razones esgrimidas por este autor para sustentar tal tesis eran, en esencia, las siguientes:

1º Que, según el artículo 9.1º CC, es la ley nacional la que rige la capacidad.

2º Que, según la interpretación que realiza el Tribunal Supremo del artículo 319 CC, este precepto difícilmente resultaría aplicable a los menores que pretendan entrar de manera ilegal en España.

3º Que el Fiscal General del Estado no puede negar a un menor la protección que el legislador reconoce a la generalidad de los menores cuando describe el supuesto de hecho que justifica la declaración de desamparo (artículo 172.1º CC.)

Por su parte, SENOVILLA HERNÁNDEZ, Ob. cit., p. 65, señaló que "...Independientemente de la clara parcialidad que desprende el tono general de la instrucción de la Fiscalía, los argumentos jurídicos que se utilizan tienen poca o nula consistencia..."

[116] A.M. LÓPEZ LÓPEZ, "Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad", *La Ley*, 5 noviembre 2004, pp. 1 y ss., concr. p. 4. El autor continúa su argumentación señalando que "Los menores, antes que conseguir unos padres perfectos o criarse en ambientes sociales y culturales avanzados, tienen derecho a sus propios padres y a educarse en los valores culturales de la sociedad que los vio nacer. Sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales (menor solicitante de asilo, o procedente de una zona de conflicto armado, por ejemplo) se podrá identificar el superior interés del menor con el desarraigo familiar, social y cultural que implica su permanencia en un país extraño". En otro apartado de este mismo trabajo, el autor citado afirma que "... A los efectos de la vigente Legislación de extranjería, la distinción verdaderamente determinante no es la de extranjeros mayores de edad y extranjeros menores de edad, sino la de extranjeros y menores desamparados" (p. 2)

Así, puede decirse que la Instrucción 3/2003 en modo alguno pasó desapercibida, siendo fuente de constante polémica. Justamente por ello, al producirse el cambio al frente de la Fiscalía General del Estado, se dictó una nueva Instrucción, la 6/2004, de 26 de noviembre, que dejó sin efecto a la anteriormente citada, de la que afirmó que "*entraba en contradicción con anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado sobre la materia, provocando disfunciones y problemas en cuanto a la definición del tratamiento jurídico aplicable a los menores*". A partir de aquí, se señala una nueva serie de pautas para los Fiscales intervinientes en estos procedimientos:

1. Se puede establecer con carácter general la presunción *iuris tantum* de que es menor todo extranjero que no haya cumplido aún los dieciocho años.
2. En tanto no se pueda acreditar fehacientemente la emancipación del extranjero menor de dieciocho años conforme a su Ley Personal, habrá que reputarlo como menor a todos los efectos.
3. La finalidad del artículo 35 de la LO 4/2000 es que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquellos que puedan dar lugar a la sanción de expulsión o a la medida cautelar de internamiento, contra alguien respecto del cual no se haya establecido previamente y con las debidas garantías que es mayor de edad. En caso de establecerse su minoría de edad, se le deben proporcionar las medidas de protección y asistencia previstas en la Ley Española para cualquier menor residente en nuestro territorio, sea español o extranjero.
4. Es preciso que, por parte de los Sres. Fiscales Jefes, se den las instrucciones oportunas para que, una vez determinada la edad y siempre que el indocumentado resulte ser menor o quepa duda de que pueda serlo, sea puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores.
5. Debe intentarse la repatriación del menor con fines de reagrupación familiar conforme a las disposiciones específicas que para los menores contiene la legislación de extranjería. <u>La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa</u>[117]; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país.
6. Los recursos contra el acuerdo de repatriación habrán de regirse por las normas y trámites del procedimiento administrativo y de la jurisdicción contenciosa-administrativa.

[117] El subrayado es nuestro.

Qué duda cabe que estos pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado, al hacerse eco de las importantes y numerosas críticas que había generado la anterior Instrucción sobre la materia, suponen un giro de 180 grados en relación con las tesis sustentadas anteriormente por este órgano.

3. DERECHOS QUE ASISTEN A LOS MENORES INMIGRANTES EN ESPAÑA

Al margen de la descripción del proceso migratorio en sí mismo considerado, el análisis de la situación del menor inmigrante en España pasa, indefectiblemente, por la referencia a los derechos de los que son titulares, de acuerdo con la legislación vigente[118].

3.1. EN MATERIA DE RESIDENCIA/PERMANENCIA EN TERRITORIO ESPAÑOL.

En lo que se refiere a la entrada en España, un menor extranjero puede acceder a nuestro territorio de distintas formas; esto es, en distintos conceptos:

a) Puede tratarse, en primer lugar, de un **menor indocumentado**.- Las distintas situaciones por las que atravesaría este menor ya han sido descritas en el apartado precedente. Baste con recordar que el correspondiente procedimiento termina, bien con la repatriación del menor (condicionada a la verificación de que no existe riesgo o peligro para la integridad del menor, de su persecución o la de sus familiares), bien con la concesión de una autorización de residencia, debiendo

---

[118] La conveniencia de mantener las dimensiones del presente trabajo dentro de lo razonable impone restringir el presente epígrafe, exclusivamente, a aquellos derechos y facultades que, por su condición de menor inmigrante no acompañado, puedan tener una mayor trascendencia sobre el desenvolvimiento vital del menor. Así pues, en el tratamiento de esta cuestión, hemos optado por referirnos de forma exclusiva a aquellos derechos que, o bien son específicos del menor, o bien presentan alguna peculiaridad cuando el titular de los mismos es un sujeto menor de edad. De otro lado, el menor inmigrante no acompañado que atraviese nuestras fronteras es, normalmente, un menor no comunitario. Recuérdese que, conforme al apartado tercero del artículo 1 LOEx, "los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables". Como dice DURÁN AYAGO, Ob. cit., pp. 77 y 78, "cabe pensar, pues, que los menores comunitarios recibirán un tratamiento distinto, y en la mayoría de las ocasiones más beneficioso (no por discriminación, sino por mejor entendimiento entre los Estados implicados), que el que puedan recibir los menores no nacionales de los países citados".
En relación con la situación jurídica del inmigrante mayor de edad, puede consultarse, entre otros, el interesante trabajo de TAJADURA TEJADA, "Constitución y extranjería: los derechos de los extranjeros no comunitarios en España", en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería,* noviembre 2004, pp. 11 y ss. También, ALONSO OLEA, "Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000", Madrid, 2001; VIDAL FUEYO, "Constitución y Extranjería", Madrid, 2002.
Según reiterada jurisprudencia, "... la equiparación de derechos entre nacionales y extranjeros no es plena constitucionalmente sino que responde al standard mínimo que rige en otros países de nuestro entorno socio-político. Por ello están reconocidos a los ciudadanos extranjeros todos aquellos derechos atribuidos a los individuos independientemente de su nacionalidad derivados de su carácter de persona humana... Pero, además de limitaciones constitucionales.... existen los llamados derechos no absolutos en los que el control del Estado no ha desaparecido por completo pudiendo ser objeto su ejercicio y disfrute de restricciones por los Estados, con la sola exigencia previa de que una ley determine su exacto alcance y contenido..." (Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 noviembre 2004 -JUR 2004/27679- y 2 diciembre 2004 -JUR 2004/109327-)

tenerse en cuenta, de acuerdo con lo establecido en el art. 92.5º RLOEx, que "*transcurridos nueve meses desde que el menor ha sido puesto a disposición de los servicios competentes de protección de menores... y una vez intentada la repatriación con su familia o al país de origen, si ésta no hubiera sido posible, se procederá a otorgarle la autorización de residencia... "*[119].

El ejercicio continuado de la tutela por la institución pública durante dos años consecutivos permitirá al menor beneficiarse de la reducción a un año del tiempo de residencia que, de acuerdo con el artículo 22 del Código Civil, se exige para la adquisición de la nacionalidad española por esta vía[120].

De otra parte, la Directiva 81/2004, relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes[121], contiene una disposición específica relativa a los menores que se encuentren en las circunstancias descritas por este texto normativo[122].

b) Puede, en segundo lugar, encontrarse en España, formando parte de un **programa de desplazamiento temporal**.- En efecto, la normativa aplicable prevé la posibilidad de que las Administraciones públicas, asociaciones sin ánimo de lucro o fundaciones, por razones humanitarias, financien estancias temporales de menores extranjeros en nuestro país, y ello, con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones[123].

---

[119] Si bien es cierto que, de acuerdo con la legislación actualmente vigente,"*... El hecho de que se haya autorizado la residencia no será impedimento para la repatriación del menor, cuando posteriormente pueda realizarse conforme a lo previsto en este artículo" (*art. 95.5*, in fine,* RLOEx.)

[120] En efecto, según dispone el párrafo 2 del artículo citado en el texto, "Bastará el tiempo de residencia de un año para:

> c) El que haya estado sujeto legalmente a la tutela, guarda o acogimiento de un ciudadano o institución españoles durante dos años consecutivos, incluso si continuare en esta situación en el momento de la solicitud".

[121] DOUE L 261, de 6 de agosto de 2004.

[122] En efecto, el artículo 10 de la Directiva mencionada dispone que "Cuando los Estados miembros hagan uso de la posibilidad contemplada en el apartado 3 del artículo 3º se aplicarán las siguientes disposiciones:

a) los Estados miembros tendrán debidamente en cuenta el interés superior del niño al aplicar la presente Directiva. Velarán por la adecuación del procedimiento a la edad y madurez del niño. En particular, podrán prolongar la duración del período de reflexión si consideran que ello redunda en el interés superior del niño;
b) los Estados miembros velarán por que los menores tengan acceso al sistema de enseñanza en las mismas condiciones que los nacionales. Los Estados miembros podrán disponer que este acceso deba limitarse al sistema de enseñanza pública;
c) cuando los nacionales de terceros países sean menores no acompañados, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para establecer su identidad y nacionalidad y el hecho de que no están acompañados. Pondrán todos los medios para encontrar cuanto antes a su familia y adoptarán cuanto antes las medidas necesarias para garantizar su representación jurídica, incluida, en caso necesario, la representación en un proceso penal, de acuerdo con la legislación nacional".

[123] Art. 93 RLOEx.

Para ello es necesario contar con las oportunas autorizaciones, que han de proceder tanto de quien ostente la patria potestad o tutela del menor, como del Subdelegado del Gobierno de la provincia en donde vaya a residir ese menor. Asimismo, será necesario un informe favorable emitido por el órgano de la Comunidad Autónoma competente en materia de protección de menores.

Cuando estos menores son acogidos por familias o por personas individuales, normalmente, se generan fuertes vínculos afectivos que hacen que, en muchas ocasiones, los acogedores pretendan la prolongación de la permanencia del menor en España más allá de lo inicialmente previsto. Justamente por ello, el artículo 93 RLOEx exige de quienes van a asumir funciones de acogida, que expresen por escrito su conocimiento de que la acogida del menor no tiene por objeto la adopción y su compromiso de favorecer el retorno a su país de origen o de procedencia.

En el caso de que el programa tenga por objeto la escolarización del menor, la estancia acabará con la finalización del curso académico, en cuyo momento, el menor deberá regresar a su país. En el caso de que desee continuar los estudios más de un curso académico, se le deberá incluir en un nuevo programa. Al margen de esta posibilidad, el artículo 33 LOEx prevé un régimen especial de residencia para los estudiantes extranjeros que, tal vez, pudiera resultar aplicable al menor[124]. En efecto, a pesar de que el régimen legal establecido en este precepto hace pensar en que el destinatario de la norma es un extranjero mayor de edad, semejante prescripción no aparece de forma expresa en el texto de la norma, que define al destinatario de la misma como aquel estudiante extranjero "*cuya venida a España tenga como fin único o principal el cursar o ampliar estudios o realizar trabajos de investigación o formación, no remunerados laboralmente, en cualesquiera centros docentes o científicos españoles, públicos o privados, oficialmente reconocidos*"[125].

En este último supuesto, la autorización de estancia será coincidente con la duración del curso que se esté efectuando, pudiendo prorrogarse anualmente si el estudiante extranjero demuestra que sigue reuniendo las condiciones requeridas para la expedición de la autorización inicial y cumple los requisitos exigidos por el centro de enseñanza al que asiste, habiéndose verificado la realización de los estudios.

---

[124] Régimen que se encuentra desarrollado por los artículos 85 y siguientes RLOEx.

[125] Más específicamente, el artículo 86 RLOEx, al establecer los requisitos necesarios para la obtención del visado de estudios, prevé en su apartado c) que "en los supuestos de estudiantes menores de edad, cuando no vengan acompañados de sus padres o tutores y no se encuentren bajo el supuesto del artículo 92, se requerirá, además, la autorización de éstos para el desplazamiento a España para realizar los estudios, en la que conste el centro y el período de estancia previsto".

c) Cabe, también, la posibilidad de que el menor extranjero acceda al territorio español como consecuencia del ejercicio del derecho a la **reagrupación familiar**.-Se trata de una facultad a la que, de forma muy embrionaria, se aludía en el artículo 10.1º de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. En efecto, de acuerdo con el mencionado precepto, *"... toda solicitud hecha por un niño o por sus padres para entrar en un Estado parte o para salir de él a los efectos de la reunión de la familia será atendida por los Estados partes de manera positiva, humanitaria y expeditiva. Los Estados partes garantizarán, además, que la presentación de tal petición no traerá consecuencias desfavorables para los peticionarios ni para sus familiares"*.

El régimen actualmente vigente en España en materia de reagrupamiento familiar se encuentra en los artículos 16 a 19 LOEx[126]. Centrándonos exclusivamente en los menores, según la ley española tienen la condición de "reagrupables" los hijos del residente extranjero y de su cónyuge, incluidos los adoptados, siempre que sean menores de 18 años o estén incapacitados -de conformidad con la ley española o por su ley personal- y no se encuentren casados. Cuando se trate de hijos de uno sólo de los cónyuges, se requerirá, además, que éste ejerza en solitario la patria potestad o se le haya otorgado la custodia y estén efectivamente a su cargo[127]. En el supuesto de hijos adoptivos deberá acreditarse que la resolución por la que se acordó la adopción reúne los elementos necesarios para producir efectos en España.

También tienen la condición de reagrupables los menores de 18 años o incapaces cuando el residente extranjero sea su representante legal; así como, en su caso, los hijos menores de edad que estén a cargo del ascendiente reagrupado y existan[128].

Por su parte, la Unión Europea se ha pronunciado también expresamente en relación con el derecho a la reagrupación familiar, y lo ha hecho a través de la **Directiva 2003/86/CE** del Consejo, de 22 de septiembre de 2003. Esta Directiva,

---

[126] Así como en los artículos 38 a 44 RLOEx.

[127] Como pone de manifiesto LABACA ZABALA, "El reagrupamiento familiar en el derecho español", http://noticias.juridicas.com/areas_virtual/Articulos , 11 mayo 2005, "… los hijos del residente pueden ser hijos que han nacido de la unión con el cónyuge con quien se pretende reagrupar, o de sus anteriores o sucesivos matrimonios. Será en este caso cuando surja el conflicto, ya que el residente puede pretender reagrupar con él a los hijos nacidos de uniones polígamas. En este caso, además, debemos tener en consideración que no son reagrupables las distintas esposas madres de estos hijos, ya que la propia Ley prohíbe expresamente el reagrupamiento familiar con más de una esposa, a pesar de que su Ley personal así lo permita".

[128] En cuanto al procedimiento para ejercitar este derecho, se inicia con una solicitud de autorización de residencia por reagrupación familiar a favor de los miembros de la familia que se desee reagrupar. A esta solicitud habrá de acompañarse de la prueba de que se dispone de alojamiento adecuado y medios de subsistencia suficientes para atender a las necesidades de la familia una vez reagrupada. Si se acepta la solicitud de reagrupación familiar, se expedirá a favor de los miembros de la familia que vayan a reagruparse la autorización de residencia, cuya duración será igual al periodo de validez de la autorización de residencia de la persona que solicita la reagrupación. Los hijos reagrupados obtendrán una autorización de residencia independiente cuando alcancen la mayoría de edad y obtengan una autorización para trabajar.

en consonancia con los acuerdos alcanzados por el Consejo Europeo, reunido en Tampere[129], prevé que la reagrupación familiar se aplique, en todo caso, a los miembros de la familia nuclear; esto es, la integrada por los cónyuges y los hijos menores, dejando libertad a los Estados miembros para decidir si, además, autorizan la reagrupación familiar de los ascendientes en línea recta, los hijos mayores de edad solteros, del miembro de la pareja no casada o registrada, así como en el caso de matrimonio poligámico, los hijos menores del otro cónyuge y del reagrupante.

La transposición de esta Directiva por parte de los Estados miembros debe efectuarse antes del 3 de octubre del 2005. Realmente, comparando el texto europeo con la actual regulación española en materia de reagrupación familiar, la incorporación de aquella norma no exigiría realizar modificaciones en nuestro Derecho interno, ya que éste se adecua perfectamente a los contenidos mínimos de la Directiva (y no sólo a ellos, estando nuestra regulación en esta materia por encima de los contenidos mínimos exigidos por Bruselas[130].)

d) El menor extranjero también puede acceder legalmente al territorio español a través del ejercicio del **derecho de asilo**. Este derecho, reconocido en el artículo 13.4º de la Constitución, se traduce en la protección dispensada a los extranjeros a los que se reconozca la condición de refugiado[131] y consiste en su no devolución ni expulsión, y en la adopción, entre otras, de las siguientes medidas durante el tiempo en que subsistan las circunstancias que motivaron la solicitud de asilo:

- Autorización de residencia en España.

- Expedición de documentos de identidad necesarios.

- Autorización para desarrollar actividades laborales, profesionales o mercantiles.

---

[129] Los días 15 y 16 de octubre de 1999.

[130] Permitiendo, por ejemplo, la reagrupación de los ascendientes del "reagrupante" o su cónyuge cuando estén a su cargo (art. 17.1º, d). Ahora bien, la norma actualmente vigente ha supuesto una importante restricción con respecto a la regulación prevista en la redacción originaria de este precepto de la Ley de Extranjería, en la que la reagrupación familiar resultaba extensible a "cualquier otro familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorización de su residencia por razones humanitarias" (apartado e) y "los familiares extranjeros de los españoles, a los que no les fuera de aplicación la normativa sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea" (apartado f). Véase ACEDO PENCO, "El derecho a la intimidad familiar y a la reagrupación familiar en la nueva ley de extranjería", pp. 43 y ss., concr. p 47 y COLLADO COLLADO, "Los cambios operados en materia de reagrupación familiar", pp. 89 y ss., concr. pp. 91 y 92, ambos trabajos publicados en *Jornadas sobre la Ley de Extranjería e Inmigración,* Cáceres, 2003. Vid. También LABACA ZABALA, Ob. cit.

[131] De acuerdo con la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, tendrían la condición de refugiado toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Por lo que se refiere a los menores, el artículo 22 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño prevé la posibilidad de éstos puedan obtener la condición de refugiados, compeliendo a los Estados partes para la adopción de cuántas medidas sean necesarias para que ese menor reciba protección y asistencia humanitaria adecuadas.

En nuestro país, cabe la expresa posibilidad de que un menor de edad pueda ser solicitante de asilo. Así se deduce del art. 15.4º del Reglamento de aplicación de la Ley reguladora del Derecho de asilo[132], según el cual, *"los solicitantes menores de dieciocho años en situación de desamparo serán remitidos a los servicios competentes en materia de protección de menores, poniéndolo en conocimiento, asimismo, del Ministerio Fiscal. El tutor que legalmente se asigne al menor, le representará durante la tramitación del expediente. Las solicitudes de asilo se tramitarán conforme a los criterios contenidos en los convenios y recomendaciones internacionales aplicables al menor solicitante de asilo*"[133].

Pero, además, aún cuando el menor no sea directamente el solicitante del derecho de asilo, puede verse beneficiado por el mismo a través de la extensión familiar de este derecho, ya que, de acuerdo con la normativa española, se concederá asilo, por extensión, a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del refugiado, o a la persona con la que se encuentre ligado por análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal o de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en los que se valorará, por separado, la situación de cada miembro de la familia[134].

Por último, en lo que se refiere a la **expulsión de un menor** del territorio español, ya la *Resolución del Consejo de Europa de 26 de junio de 1997, sobre menores no acompañados procedentes de terceros países*, establecía que cuando un menor no estuviese autorizado a prolongar su estancia en un Estado miembro, este último sólo podría proceder a su devolución a su país de origen o a un tercer país dispuesto a admitirlo si se comprobase que, desde el momento de su llegada, sería recibido y pasaría a estar a cargo, de forma adecuada y en función de las necesidades de su edad y grado de autonomía, de sus padres o de otros adultos que se ocupasen de él, o bien de instancias gubernamentales o no gubernamentales.

---

[132] Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero. El párrafo trascrito no se ha visto modificado por la reciente reforma del Reglamento operada mediante Real Decreto 2393/2004.

[133] Por su parte, el artículo 6.3º del Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de reconocimiento del Estatuto de Apátrida, establece que *"En todo caso, sin perjuicio de la aplicación de las normas especiales de protección de menores, se entenderá autorizada su permanencia en territorio nacional durante la tramitación del procedimiento".*

[134] Artículo 10 Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo.

No obstante, como ha señalado ya la doctrina, la legislación española sobre la materia, al regular la expulsión, el retorno o devolución, no establece especiales limitaciones en orden a la menor edad del extranjero, sin más. Sólo en el caso de extranjeros menores de edad que se encuentren en situación de desamparo, la salida forzosa de nuestro país quedaría limitada a la repatriación[135]. Evidentemente, la distinción anterior parte del entendimiento de que no existe una equivalencia entre la minoría de edad del extranjero no acompañado y su consideración en situación de desamparo[136].

Por su parte, en el supuesto de que se acuerde la expulsión del progenitor del menor como consecuencia de determinadas infracciones tipificadas en la Ley de Extranjería[137], dicha sanción no podrá afectar a los hijos menores que hayan residido legalmente en España durante más de dos años[138].

Por último, en lo que se refiere a la expulsión por delitos cometidos por el propio menor, la jurisprudencia se ha mostrado partidaria de una clara aplicación restrictiva de los correspondientes preceptos legales. Así, por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 31 de julio 2003[139], se anuló una Resolución de la Subdelegación del Gobierno de Málaga, que rechazó el permiso de residencia solicitado por un menor, debido a que había sido detenido y condenado por un delito de robo con violencia e intimidación. En la demanda se argumentaba que el sujeto en cuestión era en la actualidad un joven de 19 años que vivía con su madre -residente legal-, de la que dependía tanto económica como afectivamente, sin que tras la condena, "hubiese vuelto a cometer actividades contrarias al orden público". En su Sentencia, el TSJ de Andalucía

---

[135] LÓPEZ LÓPEZ, Ob. cit., p. 4.

[136] Refiriéndose de forma específica a la situación de los menores marroquíes, SENOVILLA HERNÁNDEZ, Ob. cit., p. 61 precisa que "este reconocimiento explícito de la madurez de muchos menores extranjeros que se encuentran solos en España, nos permite al menos cuestionar parcialmente el modelo de protección actualmente aplicable en España e incluso la propia calificación de los menores como personas en situación de desamparo. La realidad de la situación de la infancia en Marruecos, país emisor de la mayoría de menores extranjeros no acompañados en España, nos lleva a aventurar que, si bien jurídicamente no podemos considerar a los jóvenes migrantes marroquíes de menos de 18 años de edad como personas mayores con capacidad jurídica de tales, social y psicológicamente están acostumbradas a una independencia de actuación y recursos que no casa adecuadamente con su integración en sistemas rígidos y demasiados estáticos de protección como los previstos en el ordenamiento jurídico español". En el mismo trabajo citado, en las consideraciones finales del mismo, el autor citado vuelve a insistir en esta misma idea, señalando como un aspecto especialmente preocupante del actual régimen aplicable "la consideración de TODOS los menores extranjeros no acompañados como personas desamparadas y su inmersión en procedimientos rígidos y estáticos de protección que acaban fomentando su dependencia y aislamiento y, a la larga, su conflictividad". En honor a la verdad hemos de indicar que, el citado razonamiento, lo emplea SENOVILLA, no para justificar la expulsión de estos menores, sino, justamente para lo contrario: "Hemos de considerar -dice- que el principal objetivo de estos menores es conseguir una integración, fundamentalmente económica, en el periodo de tiempo más corto posible. Por tanto -una vez decidida la acogida- es urgente diseñar e instaurar procedimientos dinámicos para facilitar y apoyarles en la consecución de tal propósito" (p. 80.)

[137] Véanse artículos 54 y ss.

[138] Tampoco podrá acordarse la referida expulsión para las mujeres embarazadas cuando tal medido pueda suponer un riesgo para la salud de la madre o para la gestación, medida esta última que constituye un supuesto de protección del *nasciturus* (Artículos 57.6º y 58.3º LOEx.)

[139] JUR 2003/225711.

argumentó que no cabía una aplicación retroactiva de la Ley Orgánica 4/2000, señalando expresamente que "*... en cualquier caso, pudiera o no aplicarse causa legal de expulsión... la protección de los derechos de los menores hubiera por sí sola podido impedir la separación del menor de su progenitora de la que legalmente depende y de la que en modo alguno puede ser separado sin violación de las normas tanto nacionales como intencionales que vedarían tal posibilidad*".

Por su parte, la doctrina se ha mostrado partidaria de una modulación de los preceptos penales en la jurisdicción de menores, en el sentido de ampliar las facultades discrecionales de los Jueces de Menores, en orden a poder sustituir la medida impuesta en la sentencia por la expulsión del territorio nacional[140].

3.2. DERECHO A OBTENER ASISTENCIA SANITARIA.

En cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país -y más concretamente, en correspondencia con lo establecido en el artículo 24 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño-, el artículo 12.3º LOEx reconoce a los extranjeros menores de 18 años que se encuentren en España el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles[141].

Ello supone que a los menores extranjeros se les dispensa, a estos concretos efectos, un trato más favorable que a los extranjeros mayores de edad, los cuales, para gozar de este derecho en la misma medida, deberán estar inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente. No siendo así, sólo tendrán derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia (grave enfermedad o accidente), así como, en su caso, a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

3.3. DERECHOS EN MATERIA DE EDUCACIÓN/IDENTIDAD CULTURAL/INTEGRACIÓN.

Una vez preservada la salud del menor, una de las cuestiones que más trascendencia puede tener para su desarrollo futuro, para sus posteriores perspectivas, es, sin lugar a dudas, su educación. Conscientes de la importancia que tendrá el factor educacional en la proyección futura del menor cuando deje de serlo, los legisladores -a todos los niveles- han incidido de forma expresa en el

---

[140] Véase LÓPEZ LÓPEZ, Ob. cit., p. 4.

[141] SENOVILLA HERNÁNDEZ, Ob. cit., p. 60 señala cómo pese a que en la Ley Orgánica del Menor (LOM) se les reconocía a los menores extranjeros en situación de riesgo o bajo tutela o guarda de la Administración Pública el derecho a la asistencia sanitaria, "en la práctica, muchos menores extranjeros hijos de inmigrantes irregulares fueron excluidos de los servicios públicos de atención sanitaria durante los años posteriores a la aprobación de la LOM". Según este autor, "las posteriores reformas del año 2000 de la legislación de extranjería vinieron a establecer de forma absoluta el acceso sin restricciones de los menores a la atención médica, aunque es discutible que el ejercicio de este derecho por los menores extranjeros no acompañados se esté produciendo de forma efectiva en todos los casos".

derecho a la educación. Prueba de lo que se afirma son los artículos 28 y 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en donde se proclama este derecho de los menores, que debe ser ejercido en condiciones de igualdad de oportunidades y encaminado a fomentar en el niño determinadas aptitudes positivas, como son el respeto a los derechos humanos, a sus progenitores, al medio ambiente, etcétera.

Por su parte, en lo que se refiere a la legislación nacional española, la Ley de Extranjería reconoce a los extranjeros menores de 18 años el derecho (que, también, se considera deber) a la educación en las mismas condiciones que a los españoles. Eso significa el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, y, en cuanto a la enseñanza no obligatoria, la posibilidad de acceder al sistema de becas y ayudas[142].

Íntimamente relacionado con el derecho a la educación del menor extranjero, se halla el derecho a preservar su identidad cultural, con el que, en determinados momentos, puede entrar en colisión. En efecto, todos conocemos algún caso que ha saltado a los medidos de comunicación en relación con el empleo de ciertos signos externos propios de determinadas culturas religiosas. Así, el uso del velo islámico, por parte de las estudiantes, ha sido una cuestión que ha llegado a los tribunales en numerosos países. Recientemente, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, de Estrasburgo, en su Sentencia de 29 de junio de 2004, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular. La demanda, que fue interpuesta por una ciudadana turca -estudiante de medicina- contra la República de Turquía, tuvo su origen en la prohibición de llevar el velo islámico que había cursado el rector de la Universidad de Estambul. En efecto, en febrero de 1998, el rector de esta universidad difundió una circular reglamentando la entrada de estudiantes en el campus universitario. En la misma, y entre otros extremos, se señalaba que "… las estudiantes que lleven la *cabeza cubierta* (llevando velo islámico) y los estudiantes que lleven barba (incluidos los estudiantes extranjeros) no deben ser admitidos en los cursos, cursillos y prácticas".

De acuerdo con la referida circular, a la demandante se le negó el acceso a distintas pruebas y actividades universitarias, por lo que, en julio de 1998, presentó un recurso de anulación contra la referida circular. En marzo de 1999, el Tribunal Administrativo de Estambul desestimó el recurso de la demandante, considerando que el rector de una universidad, como órgano ejecutivo de tal establecimiento, disponía de potestad reglamentaria en relación con la vestimenta de los estudiantes, siempre que ello fuese necesario para garantizar el mantenimiento del

[142] Sobre este particular, prevé la Disposición Adicional Decimocuarta del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 que "Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, las administraciones educativas, en el ejercicio de sus competencias en materia de educación, podrán facilitar el acceso de los extranjeros menores de edad que se hallen empadronados en un municipio a los niveles de enseñanza posobligatoria no universitarios y a la obtención de la titulación académica correspondiente en igualdad de condiciones que los españoles de su edad".

orden. En abril de 2001, el Consejo de Estado rechazó el recurso de la demandante.

Finalmente, la estudiante Turca interpuso un recurso ante el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, alegando que la prohibición del uso del velo islámico en los establecimientos de enseñanza superior constituía un atentado injustificado contra su derecho a la libertad de religión –más concretamente, de su derecho de manifestar su propia religión-, invocando para ello el artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos[143].

Frente a tales alegaciones, el Tribunal estimó que "en una sociedad democrática, el Estado puede limitar el uso del velo islámico si su uso perjudica el objetivo contemplado de protección de los derechos y libertades ajenos, del orden y de la seguridad pública". Aplicando este principio al concreto caso enjuiciado, el Tribunal, atendiendo al concreto contexto de la sociedad turca, estimó que la reglamentación de la Universidad de Estambul que sometía el uso del velo islámico a restricciones, estaba justificada, dándose la proporcionalidad necesaria entre esas restricciones a la libertad religiosa y los fines perseguidos.

Al margen del caso enjuiciado por la sentencia anterior, entre los países europeos el debate relativo al velo islámico se suele producir con más frecuencia en las escuelas públicas de primaria y secundaria, que en los establecimientos de enseñanza superior. En la comunidad francófona de Bélgica, donde el uso del velo islámico no está enmarcado por ninguna norma y los conflictos relativos a esta cuestión se solucionan normalmente de manera local, varias escuelas públicas no permiten el uso del velo islámico. En los casos en los que se ha acudido a los tribunales belgas, éstos han hecho prevalecer siempre los principios de igualdad y de neutralidad de la enseñanza pública sobre la libertad religiosa y, en consecuencia, han fallado en contra de las denunciantes y de sus familiares.

En Francia, donde la laicidad es considerada como uno de los fundamentos de los valores republicanos, el velo islámico en la escuela pública ha suscitado un debate muy acalorado que no ha concluido con la entrada en vigor, el 2 de septiembre de 2004, de la Ley que prohíbe el uso de símbolos religiosos ostensibles (llamada también *Ley del velo.*) De acuerdo con la misma, "*está prohibido en las escuelas, colegios e institutos públicos, el uso de signos o de*

---

[143] A cuyo tenor, *"1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.*
2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la Ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

maneras de vestir por las que los alumnos manifiesten ostensiblemente una pertenencia religiosa".

En otros países, a veces tras un largo debate jurídico, la enseñanza pública acepta, en principio, que las jóvenes musulmanas utilicen el velo islámico. Tal es el caso de Alemania, Suiza y Reino Unido. Sin embargo, la situación jurídica no es uniforme. En Alemania, donde el debate se concentra desde hace unos años en el uso del velo islámico por parte de las profesoras, el Tribunal Constitucional señaló, en septiembre de 2003, que la ausencia de prohibición legislativa explícita permitía el uso del velo a las profesoras. En Reino Unido, el uso del velo islámico está admitido en la mayoría de los establecimientos de enseñanza y los pocos conflictos que han surgido se solucionan generalmente en el seno de cada establecimiento. En otros muchos países, el velo islámico no ha sido todavía objeto de discusión jurídica. Es el caso de Suecia, Austria, España, República Checa, Eslovaquia y Polonia[144].

La Ley española reguladora del fenómeno de la inmigración afina mucho en relación con el posible conflicto entre el derecho a la educación y el derecho a la identidad cultural del menor extranjero residente en España, al establecer, en el mismo artículo en el que se regula el derecho a la educación (art. 9) que "*los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural*".

Ciertamente, se trata de encontrar un, a veces, difícil equilibrio entre la integración del menor extranjero y su derecho a no ser discriminado, entre otras cosas, en razón de su cultura o religión[145]. En tal sentido, debe recordarse que, de acuerdo con el artículo 6 de la Ley Orgánica 1/1996 (aplicable a cualquier menor de 18 años que se encuentre en territorio español, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado anteriormente la mayoría de edad), el menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión[146]. Según el mencionado precepto, "*el ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene*

---

[144] Datos extraídos de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4ª), de 29 de junio de 2004 (TEDH 2004/46.)

[145] Dice el artículo 23.1º LOEx: "*A los efectos de esta Ley, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades en el campo político, económico, social o cultural".*

[146] En la misma línea, el artículo 30 de la Convención de los Derechos del Niño establecía que *"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas o personas de origen indígena, no se negará a un niño que pertenezca a tales minorías o que sea indígena el derecho que le corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión, o a emplear su propio idioma"*.

únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás"[147].

3.4. OTROS DERECHOS.

Al margen de los ya analizados, el estatuto jurídico del menor extranjero en España se compone de otras muchas facultades que le son reconocidas por el Derecho vigente.

De este modo, el artículo 8 de la Convención de 1989 prevé el derecho de todo niño a **preservar su identidad**, estos es, no sólo a tener un nombre, una nacionalidad y a conocer su procedencia, sino que obliga a las autoridades de los Estados signatarios a utilizar los medios que estén a su alcance para que el niño no pierda dicha identidad. En el caso de menores extranjeros, dicho derecho se concreta en la obligación que tienen las autoridades españolas de reconocer al menor extranjero a través de su propio nombre, edad, nacionalidad, procedencia, etcétera.

La plasmación de esta facultad es especialmente significativa cuando se trata de menores extranjeros que llegan solos al territorio nacional, sin ninguna documentación. Tal identificación no significa, exclusivamente, proporcionar al menor la documentación necesaria, sino que obliga, además, a utilizar todos los medios necesarios para conocer su procedencia[148].

El niño es también titular del **derecho** a tener una **nacionalidad** o, lo que es lo mismo, no puede estar en situación de apátrida. Así se deduce del artículo 7 de la Convención de los Derechos del Niño[149].

Los menores de quince años, además, tienen derecho a **no ser reclutados** en las Fuerzas Armadas[150]. Ello se complementa con el **derecho al juego y al esparcimiento** que les reconoce el artículo 31 de la Convención. Cuentan, además, con el derecho a la **asistencia jurídica gratuita** si carecen de recursos económicos para ello (que será lo habitual), así como, en su caso, a la **asistencia de un intérprete** en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan

---

[147] En el mismo sentido, artículo 14.3º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

[148] Sobre este particular, según el artículo 4.3º LOEx, *"no podrán ser privados de su documentación (los extranjeros), salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en la Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana".*

[149] *"1. El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de los posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. 2. Los estados parte velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida".*

[150] Artículo 38.3º de la Convención de Naciones Unidas.

llevar a la denegación de su entrada o a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de derecho de asilo[151].

Por su parte, el menor extranjero, al igual que todo menor que se encuentre en territorio español, tiene, entre otros, **derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen**, de tal manera que se prohíben expresamente la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando fuese contrario a su interés; **derecho a la información**, previendo la Ley del Menor su protección ante programaciones o tácticas publicitarias que pudieran perjudicarlos física o moralmente; **derecho a la libertad de expresión**, así como **derecho a ser oído**, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial.

Evidentemente, los anteriormente citados no agotan la relación de derechos y facultades que asisten al menor extranjero en nuestro país, de acuerdo con la normativa que les resulta aplicable. No obstante, entendemos que los señalados contribuyen de forma decisiva elaborar el perfil del estatuto jurídico del menor inmigrante.

En todo caso, en la aplicación de éstos y de otros derechos que asisten al menor (inmigrante o no) y en el ejercicio de sus funciones en relación con los mismos, la actuación de los poderes públicos debe estar presidida por el respeto a la **supremacía del interés del menor**, que constituye verdadera piedra angular del sistema[152]. No se trata de un principio meramente programático; por el contrario, el *favor filii* ha tenido un claro reflejo en nuestra legislación sobre menores[153].

De otro lado, son muchos los pronunciamientos judiciales en los que el referido principio ha sido utilizado como mecanismo para dirimir la cuestión controvertida. A título de simple ejemplo, puede citarse la Sentencia del Tribunal Supremo 696/2004, que resolvió una cuestión relativa a la guarda y custodia de los hijos menores, que se disputaban ambos progenitores, en consideración al superior interés de los hijos[154]. También el Tribunal Constitucional ha proclamado como centro de las decisiones judiciales en sede de guarda y custodia el *favor filii*[155]. Y otro tanto cabría decir en relación con el acogimiento, tal como se señala, entre otras muchas, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 26 de mayo de 2004[156].

---

[151] Artículo 22.1º de la Ley Orgánica 4/2000.

[152] Artículo 11.2º, a) de la Ley del Menor. Sobre la aplicación de este principio al menor extranjero véanse, entre otras, las siguientes sentencias: STSJ Cataluña 17 noviembre 2003 (JUR 2004/27679), STSJ Canarias 22 enero 2004 (JUR 2004/101359), STSJ Cataluña 2 diciembre 2004 (JUR 2004/109327)

[153] Así, por ejemplo, en materia de acogimiento (art. 173 Código Civil), de adopción (art. 176) o de tutela (art. 224)

[154] STS de 12 julio 2004 (RJ 2004/4344)

[155] Entre otras, STC 4/2001, de 15 de enero.

[156] SAP Granada 378/2004 (JUR 2004/192923)

En definitiva, como señaló el Tribunal Supremo en su Sentencia de 18 de marzo de 1987[157], "… los Tribunales habrán de velar, prioritariamente y de modo decidido, por los intereses de la menor que son, sin duda, los más dignos de protección y que a veces quedan postergados en el entrecruzamiento de las distintas y enfrentadas argumentaciones jurídicas en las que, en no pocas ocasiones, transciende la insuficiencia de las mismas ante problemas de hondo contenido ético y humano, tan peculiares de las relaciones propias del Derecho de familia"[158].

El principio aludido, en sede de menores extranjeros no acompañados, parece identificarse con el principio de reagrupación familiar: a ello apunta la consideración de la repatriación como opción preferente[159].

Semejante identificación, no obstante, ha sido objeto de críticas por parte de algún sector doctrinal, que ha estimado que con ello se ha vulnerado tanto la legislación internacional, como la Ley Orgánica del Menor[160]. En este sentido, la reproducción parcial de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 6/2004, tal vez, constituya una forma adecuada de terminar el presente trabajo: "*... La repatriación no es, sin embargo, un objetivo absoluto que se haya de perseguir a toda costa; pueden estar en juego también otros intereses, como la vida, la integridad física o psíquica y el respeto a los derechos fundamentales del menor, que pueden hacer que la balanza del interés superior de éste se incline finalmente en pro de su permanencia en nuestro país".*

---

[157] RJ 1987/1515.

[158] Con una mayor claridad expresa esta idea la Sentencia del Juzgado nº 1 de Primera Instancia de Cantabria de 6 mayo 2004(AC 2004/821), al señalar que "*... el principio más esencial, elemental, necesario e indeclinablemente inspirador del dictado de cualquier medida atinente a los menores es el de que su interés debe prevalecer por encima de los demás, incluido el de sus padres o progenitores cuando la necesidad se presente, hasta el punto de que llamado* bonnum filii *ha sido elevado a principio universal del Derecho... Constituye, en suma, principio fundamental y básico orientador de la actuación judicial que concuerda con el constitucional de protección de los hijos... vincula al juzgador, a todos los poderes públicos e, incluso, a los padres y ciudadanos...".*

[159] Artículos 35 LOEx y 92.4º RLOEx. Según este último precepto, *"... De acuerdo con el principio del interés superior del menor, la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen...".*

[160] SENOVILLA, Ob. cit., p. 80.

ESTATUTO JURIDICO del RESIDENTE NO REGULARIZADO

Antonio Marín Fernández
Magistrado
Audiencia Provincial de Cádiz

1. INTRODUCCION.

Resulta tremendamente difícil describir de manera sistemática cual es la situación en España del ciudadano extranjero que se encuentra en situación irregular. Y ello por dos razones fundamentales: En primer lugar, la formulación teórica del estatuto del extranjero en la Ley española de Extranjería se hace, como no podía ser menos, en positivo, esto es, atribuye o reconoce derechos, pero no contiene un catálogo expreso de limitaciones. No es menos importante una segunda razón que tiene que ver con la multiplicidad de situaciones que pueden esconderse bajo la denominación genérica de "irregular" o "ilegal", hecho que impide construir un concepto unívoco de "extranjero irregular" y, en lo que aquí interesa, intentar una construcción comprensible de cuáles sean sus derechos y deberes.

Recordemos que son varias las formas de atribución de derechos a los extranjeros y que en el sistema de extranjería español éstas vienen determinadas por el mandato constitucional contenido en el art. 13 de nuestra Carta Magna. Tres serían los expedientes a través de cuales nuestro ordenamiento jurídico atribuye derechos a los extranjeros: (1) Equiparación restringida, a través del cual, una vez declarada la igualdad de los extranjeros con los españoles en cuanto a la titularidad de las libertades públicas y derechos fundamentales, restringe su goce o ejercicio a lo que se establezca en las leyes y en los Tratados Internacionales; a partir de este principio la propia Constitución puede considerarse como Ley especial directamente aplicable, cuando, por ejemplo, en su articulado declara sin otros epítetos que "nadie" puede ser privado o que "todos" tienen derecho, o "que toda persona tiene derecho a...", siendo irrelevante cuál sea el estatuto administrativo del eventual titular de tales derechos; (2) Reciprocidad, por cuanto al hablar la Constitución de los derechos de carácter político que puedan ostentar y ejercitar los extranjeros residentes, esto es, el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, se condiciona a la aplicación del principio de reciprocidad, que no es automática sino que necesita como requisito la existencia de una ley o un Tratado Internacional que lo autorice expresamente.; y (3) Respeto y protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del que deriva la equiparación total en la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales que cualquier persona tiene en su condición de ser humano, siempre que, de forma directa o indirecta, se les reconozca sus derechos en la Constitución, en Leyes orgánicas generales o especiales o en Tratados Internacionales.

De todo ello se sigue que dependerá de muchas circunstancias, entre ellas, la nacionalidad del interesado, su eventual apatridia, su condición social, su edad, o circunstancias especiales, la concreta determinación de la normativa en cada caso aplicable.

Así las cosas, nuestros propósitos han de ser necesariamente más limitados. Con todo, algunas conclusiones iniciales pueden ya avanzarse.

El estatuto del inmigrante irregular no es simplemente el retrato en negativo del régimen del extranjero regularizado. En buena medida se puede mantener tal visión de las cosas en la práctica, pero en puridad no es esa la regla que rige el sistema. De entrada, y en razón al respeto a los principios de aplicación antes señalados, existe un conjunto de derechos susceptible de ser atribuido a cualquier extranjero, abstracción hecha de su situación: la enseñanza básica y obligatoria a los menores de 18 años (art.9.1) y por extensión todo el privilegiado régimen de menores, la asistencia pública sanitaria de urgencia (art.12.2) o en las mismas condiciones de los españoles por el mero hecho de estar empadronados (art.12.1), o, finalmente, el derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas "*cualquiera que sea su situación*" (art. 14.3). Por otra parte, son múltiples las excepciones y situaciones de singularidad que se contemplan en las normas, señaladamente en el Reglamento de la Ley de Extranjería que aprobó el Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre, de tal suerte que la regla general que priva comúnmente al extranjero irregular de cualquier derecho es susceptible de ser violentada en numerosas ocasiones: concesión de permisos de estancia a extranjeros que hubieran entrado con documentación defectuosa o por lugares no habilitados al efecto (art. 31), autorizaciones de residencia temporal o permanente por motivos excepcionales (arts. 45 y 72) o la obligación de documentar al extranjero en tanto no se haya dictado contra él una orden de expulsión (art. 107).

Por otra parte, la situación del extranjero no regularizado ha estado tradicionalmente en España sujeta a los vaivenes de los procesos de regularización. Con este término se conoce el establecimiento de criterios flexibles y con facilidades para su prueba por el que los extranjeros que se encuentran en España en situación irregular pueden acceder a un permiso de residencia y, en su caso, a un permiso de trabajo. Y han sido constantes los procesos de regularización que con mayor o menor intensidad –y cualquiera que fuera la ideología política del Gobierno de turno- se han venido dando desde la primitiva Ley de Extranjería de 1985. El último ha venido propiciado este mismo año por la Disposición Transitoria 3ª del actual Reglamento y a su través se han regularizado entre los meses de febrero y abril miles de inmigrantes. Al margen de la necesidad, oportunidad o conveniencia de tales procesos, lo cierto es que desde el punto de

vista jurídico suponen convertir en letra muerta la norma general frente a la reiterada aplicación de una legislación de urgencia.

Con el ánimo de dar noticia de los problemas esenciales que un inmigrante irregular puede encontrarse en España, el contenido de la presente Ponencia versará sobre la consecuencia más inmediata de la eventual irregularidad que es la probabilidad más que cierta de verse inmerso en un proceso de expulsión o, en su caso, de devolución o retorno. Aquí ya sí puede darse una definición aproximada de la realidad con la que nos enfrentamos, de la mano del art. 59 que, al regular los beneficios por la colaboración en la lucha contra redes de inmigración ilegal organizadas, alude al hipotético beneficiario de la siguiente manera: "*extranjero que haya cruzado la frontera española fuera de los pasos establecidos al efecto o no haya cumplido con su obligación de declarar la entrada y se encuentre irregularmente en España o trabajando sin autorización, sin documentación o documentación irregular*".

En segundo lugar, parece que también puede ser de interés contemplar la situación procesal del inmigrante delincuente. Asumo, como es obvio, la injusticia y falta de realidad del juicio que con demasiada frecuencia se vierte en la sociedad española para ligar ambas realidades; el binomio emigración-delincuencia además de incierto, constituye una forma torticera de ocultar las carencias propios y los problemas internos. Con todo es innegable la realidad sociológica de las cárceles españolas, que han experimentado un aumento espectacular de reclusos en los últimos años (se ha duplicado el número total de internos entre el año 1990 y el año 2005, pasándose en cifras absolutas de 33.035 a 61.167 personas presas) y aunque siguen predominando los nacionales españoles (aproximadamente constituyen el 72% de los reclusos), es también patente el incremento de los extranjeros, hasta el punto de que a fecha actual más de la mitad de los nuevos ingresos son de extranjeros. El interesante conjunto de normas que regula la situación de los delincuentes extranjeros y sus relaciones con la expulsión ordinaria, son circunstancias que aconsejan su tratamiento en este Foro.

2. LA EXPULSION ADMINISTRATIVA Y SU DELIMITACION CON FIGURAS AFINES.

2.1. LA EXPULSION ADMINISTRATIVA.

Como ya hemos visto el inexistente estatuto jurídico del extranjero en situación irregular se resuelve en su expulsión o, en su caso, en la eventual participación en un proceso de regularización que acabe con tal situación de hecho. De ahí que los mecanismos de expulsión, y sus correspondientes garantías, aparezcan como elementos esenciales para comprender la verdadera situación legal de los inmigrantes carentes de una situación regular.

Inicialmente, la expulsión ha de ser situada en su contexto legal. Y éste no es otro que la normativa contenida en el Título III de la Ley Orgánica 4/2000 ("*De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*") que tras la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000 queda integrado por los arts. 50 a 66. En ellos, como es común en el Derecho Administrativo sancionador, se tipifican los hechos susceptibles de sanción (arts. 52 a 54), se establecen y describen las sanciones adecuadas a cada uno de ellos (arts. 55 a 60) y, finalmente, se diseñan los procedimientos enderezados a imponer tales sanciones (arts. 61 a 66). Pues bien, en tal contexto, la expulsión aparece como la sanción no pecuniaria más grave susceptible de ser impuesta a un extranjero por determinadas infracciones establecidas en la Ley de Extranjería y que consiste en la salida física obligatoria del territorio español por parte del sujeto interesado.

2.1.1. Causas de expulsión.

Dejando al margen la condena penal como causa de expulsión, sobre la que luego volveremos, a tenor de lo dispuesto en el art. 57.1 de la Ley de Extranjería podrá aplicarse en lugar de la sanción ordinaria de multa, la de expulsión del territorio español, "*cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c) d) y f) del art. 53 de esta Ley Orgánica*".

Comencemos describiendo, al menos, cuáles son tales conductas, para luego detenernos en especial en aquellas que se relacionan con los extranjeros en situación irregular: (1) Estancia irregular: "*Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización 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*" (art. 53,a); (2) Trabajo irregular: "*Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida*" (art. 53,b); (3). Falsedad u ocultación dolosa en la obligación de comunicar los cambios de nacionalidad, estado civil o domicilio (art. 53,c); (4) Incumplimiento de medidas impuestas por razones de seguridad, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley (art. 53,d); (5) Realización de actividades contrarias al orden público consideradas graves en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (art. 53,f); (6) Realización de actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado, que puedan perjudicar las relaciones de España o consideradas muy graves en la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana (art. 54.1,a); (7) Inducir, promover, favorecer o facilitar la inmigración clandestina (art. 54.1,b); (8) Realización de conductas discriminatorias

por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, siempre que el hecho no constituya delito (art. 54.1,c); (9) Contratación irregular de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo (art. 54.1,c); (10) Comisión de una tercera infracción grave (art. 54.1,e); y (11) Transporte irregular de extranjeros o el incumplimiento de la obligación de hacerse cargo del extranjero no autorizado a entrar en España (art. 54.2).

2.1.1.1. Estancia irregular.

Es claro que la que mayor significación tiene en el ámbito que nos ocupa es la primera, esto es, la estancia irregular, bien por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, bien por carecer de la autorización de residencia o documentos análogos.

La redacción dada al precepto permite considerar que se sanciona a los que, habiendo entrado legalmente, incurran luego en situación o estancia irregular por no haber obtenido o por haber quedado caducada la correspondiente autorización (prórroga de estancia o permiso de residencia). Debe notarse que con anterioridad a la reforma operada por Ley Orgánica 8/2000 existía ya la norma que ahora comentamos, pero además el art. 49.f de la Ley Orgánica 4/2000 tipificaba específicamente como infracción grave "*la entrada en territorio español careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles...*" Esta última conducta ha desaparecido en la Ley actual, por lo que debería concluirse que la entrada en territorio español sin documentación o sin los requisitos legalmente exigibles no es ahora constitutiva de infracción, sin perjuicio de que, como veremos, se contemple la devolución para los que sean sorprendidos en la tentativa de entrada. Con todo, si se estimara que el indocumentado que ha entrado ilegalmente en España no puede ser objeto ya de devolución, ni se encuentra dentro del supuesto de hecho del art. 53,a, resultará que éste será inmune a la actuación de la Administración, haciendo inexplicablemente de peor condición a quien hubiera entrado regularmente y hubiera permanecido durante algún tiempo regularizado. Es por ello que una interpretación lógica y sistemática del conjunto de la normativa lleva a considerar que también es causa de expulsión la entrada ilegal en territorio español.

Por lo demás, en relación con la infracción grave tipificada en el art. 53.a) pueden hacerse algunas precisiones. De un lado, no existe infracción cuando el extranjero ha solicitado el permiso de residencia o la prórroga de estancia y no ha obtenido todavía respuesta a su solicitud; tampoco se incurre en la infracción si el permiso fue denegado y se recurrió ante la jurisdicción contencioso-administrativa (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 1993). De otra parte, aunque la duración de la "estancia" es de un máximo de tres meses con posibilidad de prórroga por otros tres (art. 30.3), sólo se incurre en la infracción si la estancia irregular se mantiene más de tres meses a contar desde la caducidad de la prórroga; es decir,

que a los tres meses de estancia más tres de prórroga, el art. 53.a) añade un nuevo periodo de tres meses en el que, siendo la estancia irregular, no habrá sin embargo infracción.

2.1.1.2. Actividades ilícitas.

Por razones históricas importa también destacar la actual dicción del art. 53,f, que mejora la ambigua e insegura redacción de las leyes anteriores, que tipificaban como infracción la participación del extranjero en "*actividades ilegales*" y su implicación en "*actividades contrarias al orden público*", sin explicar en qué consistieran las mismas, dándose con ello origen a interpretaciones extensivas imposibles en el ámbito sancionador en el que nos encontramos. Por ello, la Ley Orgánica 8/2000 ha introducido una saludable concreción al tipificar como infracción grave "*la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana*", que contiene un catálogo amplio de conductas.

Con ello no han quedado solucionados todos los problemas pues la citada Ley Orgánica 1/1992 contiene una larga relación de conductas tipificadas como infracción grave, de naturaleza diversa y de muy distinta gravedad pues van desde la fabricación o tenencia de armas y explosivos que no sean constitutivas de infracción penal (art. 23.a) y la apertura de establecimientos o celebración de espectáculos sin autorización (art. 23.d) hasta el incumplimiento de las restricciones reglamentariamente impuestas a las embarcaciones de alta velocidad. Cuando en la comisión de cualquiera de estas conductas participe un extranjero estaremos ante una infracción grave del art. 53,f de la Ley de Extranjería, susceptible de acarrear la expulsión. En este sentido, ha de resaltarse que la sanción común es la de multa y que ella tiene alguna preferencia respecto de la expulsión. De no ser así, la expulsión como sanción alternativa afectaría a infracciones comunes y, además, de muy distinta significación y gravedad, con evidente merma del principio de proporcionalidad, que no se justifica ni tan siquiera por la falta de virtualidad de la multa ante la insolvencia de los afectados.

En todo caso, en la parte que nos afecta, la expulsión, quizás justificadamente, se erige en sanción tipo, ante la patente inutilidad de la multa para restaurar el orden jurídico eventualmente alterado por la presencia del extranjero en situación irregular.

Los problemas señalados en materia de proporcionalidad conectan necesariamente con la exigencia de motivación de la resolución sancionadora. Tal exigencia, siendo general en todos los actos limitativos de derechos y/o

sancionadores, debe hacerse efectiva con especial rigor cuando la motivación es el único cauce para controlar el respeto a la proporcionalidad.

2.1.2. Restricciones subjetivas.

La potestad de la Administración para imponer la sanción de expulsión queda restringida respecto de los extranjeros en los que concurran determinadas circunstancias que se detallan en los apartados 5 y 6 del art. 57 de la Ley. El primero de ellos señala que la restricción no operará, y podrá acordarse la expulsión, cuando la infracción cometida sea la del art. 54.1.a (conductas contrarias a la seguridad exterior de España o infracciones muy graves de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana) o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión.

Se trata de los siguientes supuestos: (a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años; (b) Los que tengan reconocida la residencia permanente; (c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española; (d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral; y (e) Los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre.

Por último, el art. 59 de la Ley articula una suerte de perdón legal: podrá quedar exento de responsabilidad administrativa y no será expulsado el extranjero que habiendo incurrido en determinadas infracciones (entrada en España por lugar distinto a los establecidos, estancia irregular o trabajo sin permiso, sin documentación o con documentación irregular) haya sido victima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, tráfico ilícito de mano de obra o de explotación de la prostitución con abuso de la situación de necesidad, si denuncia a la autoridades a los autores y cooperadores de dicho tráfico, o presta su colaboración aportando datos esenciales o testificando, en su caso, en el proceso correspondiente. A los que hayan quedado exentos de responsabilidad por esta causa se les facilitará, a su elección, el retorno a su país de origen o la estancia y residencia en España, así como permiso de trabajo y facilidades para su integración social.

2.1.3. Procedimiento.

La Ley de Extranjería no regula un procedimiento específico en materia sancionadora, y por ello, cuando los apartados 1 y 2 del art. 57 se refieren a la aplicación de la expulsión "*previa la tramitación del correspondiente expediente*" se está haciendo una remisión implícita a las normas que regulan con carácter general el procedimiento administrativo y, más específicamente, el procedimiento a seguir para el ejercicio de la potestad sancionadora. Sin embargo el Reglamento de Extranjería sí incorpora disposiciones procedimentales.

En lo que aquí interesa, es de destacar que la Ley de Extranjería ha establecido en el art. 63 un "*procedimiento preferente*" para la tramitación de los expedientes de expulsión cuando se trate de las infracciones muy graves o graves a que se refieren los apartados a) y b) del art. 54.1 y a), d) y f) del art. 53, esto es, incluyendo en su ámbito la expulsión motivada por estancia irregular.

Establece el art. 63 lo que sigue: *"(2). Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado, en el plazo de 48 horas, advirtiéndole de las consecuencias de no hacerlo así. En estos supuestos, el extranjero tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, si no comprende o no habla castellano, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos. Si el interesado, o su representante, no efectuase alegaciones sobre el contenido de la propuesta o si no se admitiesen, por improcedentes o innecesarias, de forma motivada, por el instructor las pruebas propuestas, sin cambiar la calificación de los hechos, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución con remisión a la autoridad competente para resolver; (3) En el supuesto del párrafo a) del art. 53, cuando el extranjero acredite haber solicitado con anterioridad autorización de residencia temporal por situación de arraigo conforme a lo dispuesto en el art. 31.3 de esta ley, el órgano encargado de tramitar la expulsión continuará con la misma, si procede, por el procedimiento establecido en el art. 57; (4) La ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata*".

Aparte del carácter preferente que aparece en la rúbrica del precepto y en el propio texto del art. 63.1, el procedimiento en estos casos tiene un marcado carácter abreviado, con una drástica reducción del plazo de alegaciones a 48 horas –frente al plazo de 15 días del procedimiento ordinario- y con la puntualización final de que en estos casos la ejecución de la orden de expulsión se ejecutará de forma inmediata. Sucede así que este procedimiento preferente y abreviado resulta aplicable respecto de muchas de las infracciones más comunes, por lo que, si en principio se configura como excepcional o cuando menos especial,

en la práctica se convierte en la forma habitual de tramitar las expulsiones.

Que la sumariedad informe a este procedimiento y que con ello se disminuyan las posibilidades de defensa, no impide la aplicación al mismo de la previsión general contenida en el art. 57.9, según la cual "*la resolución de expulsión deberá ser notificada al interesado con indicación de los recursos que contra ella procedan, órgano ante en que hubieran de presentarse y plazo para presentarlos*". Con todo, el problema más importante es el de su inmediata ejecutividad; el art. 21 de la Ley (a cuyo tenor: "*El régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería será el previsto con carácter general en la legislación vigente, salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente*") constituye una singularísima excepción a la regla general que establece el art. 138.3 de la Ley 30/1992 en el sentido de que las resoluciones sancionadoras sólo son ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa. No es posible dar lugar va la suspensión administrativa cautelar del acto que acuerda la expulsión, tal y como recoge el art. 132.3 del Reglamento. La merma en muchos casos de posibilidades reales de defensa ha hecho que proliferen solicitudes de asilo que carecen en realidad de fundamento -en su gran mayoría son inadmitidas a trámite en virtud de lo dispuesto en el art. 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por Ley 9/1994, reguladora del Derecho de asilo- y con las que en realidad lo que se pretende no es sino suspender la ejecución de la expulsión en virtud de lo dispuesto en el art. 64.3 de la Ley de Extranjería.

2.1.4. Medidas cautelares.

El art. 61 de la Ley de Extranjería contiene un catálogo completo de medidas cautelares. Dos precisiones iniciales: las medidas cautelares que enumera el art. 61 sólo pueden adoptarse en expedientes en los que se formule propuesta de expulsión y en expedientes relativos a la comisión de infracciones por transportistas cuando éstos no toman a su cargo al extranjero transportado ilegalmente; de otra parte, la adopción de tales medidas corresponde a la autoridad gubernativa competente para la resolución del expediente, a instancia del instructor.

Las concretas medidas que se regulan son las que siguen:

A) PRESENTACIÓN PERIÓDICA ANTE LAS AUTORIDADES COMPETENTES. No aclara el precepto qué debe entenderse por autoridades competentes pero todo indica que lo serán las que señale el órgano que adopta la medida, que es el mismo que habrá de resolver el expediente. La frecuencia de las presentaciones deberá fijarse atendiendo al principio de proporcionalidad.

B) RESIDENCIA OBLIGATORIA EN DETERMINADO LUGAR. Es una medida más gravosa que la del apartado anterior, y en cuando restrictiva del derecho a elegir libremente el lugar de residencia debe ser motivada.

C) RETIRADA DEL PASAPORTE O DOCUMENTO ACREDITATIVO DE SU NACIONALIDAD, PREVIA ENTREGA DE RESGUARDO. Esta medida puede tener la finalidad de asegurar la permanencia en España mientras se tramita el expediente, pero también puede ser un medio instrumental de las investigaciones, por ejemplo para realizar comprobaciones o pruebas de autenticidad sobre la documentación retenida.

D) DETENCIÓN CAUTELAR, POR LA AUTORIDAD GUBERNATIVA O SUS AGENTES, POR UN PERIODO MÁXIMO DE 72 HORAS, PREVIAS A LA SOLICITUD DE INTERNAMIENTO. Con relación a esta modalidad de detención gubernativa el Tribunal Constitucional ha rechazado que sea contraria a la Constitución (STC 115/1987) y, al propio tiempo, ha destacado su singularidad respecto a la detención preventiva de carácter penal (SSTC 41/1982 y 34/1987). El plazo de 72 horas constituye un límite máximo, por lo que sólo deber ser agotado cuando existan razones que lo justifiquen. Tratándose de una medida restrictiva de la libertad resulta plenamente aplicable el procedimiento de "habeas corpus".

Efectivamente, en cualquiera de los supuestos de detención preventiva del extranjero cabe la posibilidad de instar el proceso de habeas corpus, al objeto de que sea revisada la legalidad de la privación de libertad por el Juez, derecho que viene expresamente reconocido en el art. 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al señalar que "*toda persona privada de su libertad mediante detención preventiva o internamiento, tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su privación de libertad y ordene su puesta en libertad si fuera ilegal*".

Asimismo, la doctrina del Tribunal Constitucional viene señalando que ante una detención, aunque venga acordada por un funcionario administrativo que ostente competencia para ello, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de sus circunstancias, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, ya que el Juez del habeas corpus debe controlar la legalidad de la detención administrativa, es decir, que ésta estuviera o no incluida en alguno de aquellos casos en que la ley permite privar de libertad a una persona, porque del ajuste o no a la Constitución y al ordenamiento jurídico de este acto administrativo depende el reconocimiento o la vulneración del derecho a la libertad y la legalidad o no de la detención, debiendo el Juez hacer comparecer al privado de libertad para ofrecerle la oportunidad de hacerse oír y ofrecer sus alegaciones y sus pruebas (SSTC de 12 de febrero y 16 de abril de 1996 y 26 de junio de 2000, entre otras muchas).

E) INTERNAMIENTO PREVENTIVO, PREVIA AUTORIZACIÓN JUDICIAL, EN LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO. Nos encontramos aquí ante una medida cautelar incardinada en un procedimiento administrativo pero cuya autorización corresponde a la autoridad judicial por suponer una privación de libertad que va más allá del plazo de 72 horas de detención gubernativa. Está reservada a expedientes de expulsión por causas determinadas, entre las que se encuentra la estancia irregular.

La decisión de internamiento debe adoptarla el Juez en auto motivado y previa audiencia del interesado, valorando el conjunto de circunstancias y en especial la disposición o carencia de domicilio y/o documentación y las sanciones o condenas previas o en trámite (art. 62.1). Por otra parte, el internamiento se mantendrá por el tiempo "imprescindible" para los fines del expediente, correspondiendo al Juez fijar la duración máxima atendiendo a las circunstancias concurrentes sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días (art. 62.2).

En sede de retorno (art.60) explica la Ley que los centros de internamiento de extranjeros no tienen carácter penitenciario, que estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios, y que los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio. El desarrollo normativo de esta genéricas disposiciones sobre centros de internamiento para extranjeros aparecía en el Reglamento y en una Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, que era criticada por ser un soporte normativo de escasa entidad para regular el estatuto jurídico de personas privadas de libertad. Es por ello que la reforma del año 2003 ha introducido en la Ley la disciplina mínima de estos Centros de Internamiento, regulando extremos tales como los derechos y deberes de los internados, el régimen de información y reclamaciones o las medidas de seguridad aplicables (incluyendo la regulación sobre el uso de medidas de contención por los vigilantes).

De tal normativa, lo más destacable sea el catálogo de derechos de los internados, contenido en el art. 62, bis: "*Los extranjeros sometidos a internamiento tienen los siguientes derechos: a) A ser informado de su situación; b) A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que puedan en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad; c) A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento; d) A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro; e) A que se comunique inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional; f) A ser asistido de abogado, que se proporcionará de oficio en su*

caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique; g) A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial; h) A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos; i) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar".

2.1.5. Efectos de la expulsión.

Toda expulsión lleva consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez (art. 58.1). Además, la expulsión conlleva en todo caso la extinción de cualquier autorización para permanecer en España de la que fuese titular el extranjero expulsado (art. 57.4).

Respecto a su ejecución, el art. 64.1 de la Ley de Extranjería determina que una vez notificada la resolución de expulsión el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se determine, que no podrá ser inferior a 72 horas, aunque el propio apartado señala que esta limitación no opera cuando se aplique el procedimiento preferente –recordemos que la ejecución era inmediata-. Así las cosas, si el expulsado no abandona el territorio español en el plazo señalado se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión; y si ésta no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, podrá solicitarse la medida de internamiento por un periodo que no podrá exceder de 40 días.

En lo que se refiere al coste de la expulsión, el art. 64.2 de la Ley determina que la ejecución de la expulsión se efectuará a costa del extranjero si tuviese medios económicos para ello; en otro caso, se comunicará al representante diplomático o consular de su país a los efectos oportunos. Como es de imaginar la colaboración financiera de los países de origen es relativa; con todo el problema para la expulsión es la falta de colaboración tanto, lógicamente, de los interesados, como de sus autoridades consulares o diplomáticas, a la hora de documentar su nacionalidad e identidad.

2.2. DISTINCION CON FIGURAS AFINES: DEVOLUCION Y RETORNO.

La devolución viene regulada en los arts. 58 de la Ley comprendiendo dos supuestos: extranjeros que, habiendo sido expulsados de España, contravienen la orden de prohibición de entrada en territorio nacional, y aquellos que pretendan entrar ilegalmente en el país. Por su parte, de la figura del retorno se ocupa el art. 60

de la Ley, siendo de aplicación a los extranjeros que en frontera no se les permite el ingreso en España, por lo que son retornados a su punto de origen.

Se ha destacado que la diferencia principal de estas instituciones con la expulsión radica en que la expulsión constituye una sanción administrativa, que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal, y que precisa de la tramitación de expediente administrativo en el que se acredite la comisión del ilícito sancionado, mientras que la devolución o retorno no son propiamente sanciones, sino medidas para el restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de la autoridad competente y que no lleva siempre aparejada la prohibición de futura entrada. La adopción de la medida de devolución o retorno sin previo expediente se justifica en atención a la flagrancia de la infracción administrativa consistente en la entrada ilícita en territorio español.

2.2.1. Devolución

2.2.1.1. Ideas generales: supuestos en que procede y consecuencias.

La devolución es la medida que se adopta respecto de los extranjeros que hayan entrado ilegalmente en el país o se encuentren ilegalmente en él, contraviniendo una prohibición de entrada derivada de una orden de expulsión. En términos de la actual Ley de Extranjería, el art. 58.2 indica: "*No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: (a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; (b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país*".

En el primero de los casos, lo problemático del supuesto es que, al no haber expediente de expulsión, pero siendo materialmente una de sus formas, no se garantizan al extranjero los derechos procedimentales ni las garantías que nuestro ordenamiento concede a toda persona: audiencia, recursos, intérprete, asistencia letrada, entre otros. En este sentido se puede considerar en la práctica como una especie de expulsión por procedimiento sumario, que no precisa de expediente administrativo.

En el segundo supuesto, la ausencia de expediente viene más justificada: como afirmó la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2001, "*cuando se incumple la orden de expulsión y prohibición de entrada en territorio español (...) procedimiento en el que ya tuvo oportunidad de formular alegaciones respecto de los motivos imputados el hoy recurrente, la posterior devolución, una vez producida la entrada ilegal, que quebranta la citada orden de expulsión, es una manifestación de la propia ejecutividad del acto administrativo incumplido, no*

teniendo sustantividad propia como para justificar un nuevo procedimiento, sin que deba ser calificada tampoco como un procedimiento sancionador carente de garantías"

Con todo, se hace la salvedad de que en el caso de "*que se formalice la solicitud de asilo (...) no podrá llevarse a cabo la devolución hasta que se haya decidido la inadmisión a trámite de la petición, de conformidad con la normativa de asilo*". Igualmente se establece la prohibición de devolución respecto a "*las mujeres embarazadas cuando dicha medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre*".

Por último, se señala que la devolución acordada en el supuesto de extranjeros que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la orden de expulsión quebrantada. Respecto de los que pretendan entrar ilegalmente en el país, es el caso aplicable a los extranjeros que llegan en pateras a las costas españolas, la devolución conlleva la prohibición de entrada por un plazo máximo de tres años.

El art. 157 del Reglamento desarrolla las previsiones de la Ley en los siguientes términos: (1) Se considera contravenida la prohibición de entrada, cuando la misma fue adoptada por las autoridades españolas o cuando lo fue por las de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en ese sentido; (2) Por extranjero que intente entrar ilegalmente en España se tiene tanto al que es interceptados en la frontera, como en sus inmediaciones (se excluye de este supuesto, desde la sentencia del Tribunal Supremo de 20/marzo/2003, a los extranjeros que, habiendo entrado ilegalmente en territorio nacional, sean interceptados «en tránsito» o «en ruta»; éstos no podrán ser devueltos a su país sin que se incoe previamente el correspondiente procedimiento de expulsión); (3) Para dar efectividad a la devolución del inmigrante ilegal, los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del estado podrán conducir a las Comisarías de Policía –se evita eufemísticamente el término "detención"- a quien se encuentre en dicha situación para su identificación y posterior devolución; (4) En cualquiera de ambos supuestos, el extranjero respecto del cual se sigan trámites para adoptar orden de devolución, tendrá derecho, desde el momento inicial en que se proceda a su detención, a la asistencia jurídica gratuita cuando no disponga de medios económicos. Igualmente, si no comprende o habla la lengua oficial que se utilice, tendrá derecho a la asistencia de intérprete.

2.2.1.2. Detención e internamiento para la devolución.

De lo dispuesto en el art. 58.5, que establece que "*cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la*

medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión" y de los hasta ahora dicho, se sigue que la Ley autoriza la detención del extranjero para devolución hasta un plazo de 72 horas, debiendo solicitarse de la autoridad judicial el internamiento si se prevé que la medida no va a poder ejecutarse en dicho plazo. Y ello para ambos supuestos, es decir, vulneración de la prohibición de entrada y entrada ilegal.

En congruencia con todo ello, el Reglamento al regular los Centros de Internamiento, autoriza el ingreso en ellos a los extranjeros respecto de los cuales se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el propio Reglamento (art. 153.2,c). Procede, por tanto, la solicitud de internamiento del extranjero a efectos de devolución cuando se prevea que ésta no podrá ejecutarse en el plazo de 72 horas, debiendo ser también autorizado por la autoridad judicial, a la vista de las circunstancias que concurran en cada caso concreto.

Con la redacción del año 2000 de la Ley de Extranjería se discutía su era posible el internamiento del mero inmigrante ilegal ya que la Ley no lo preveía y, sin embargo, el Reglamento en un desarrollo claramente extensivo sí lo establecía. La cuestión se resolvió en la mencionada sentencia del Tribunal Supremo de 20/marzo/2003, que declaró la nulidad del art. 127.2 c) del antiguo Reglamento del año 2001, por entender que contraviene lo dispuesto en el art. 58.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ya que éste sólo prevé la posibilidad de acordar el internamiento en los casos en que se haya infringido la prohibición de entrada, mientras que el precepto impugnado extiende dicha posibilidad a todos los supuestos en que se haya dictado acuerdo de devolución. La cuestión hoy ya carece de interés, ya que la reforma de la Ley del año 2003 ha venido a sustentar la tesis en su día combatida por el Tribunal Supremo, de tal suerte que la detención y el internamiento serán posibles en todos los supuestos de devolución.

2.2.2. Retorno

2.2.2.1. Ideas generales: casos en que procede y consecuencias.

Ya hemos dicho que el retorno afecta a los ciudadanos extranjeros que no pueden acceder válidamente el territorio español y son interceptados en un puesto fronterizo.

Aparece regulado en el art. 60 de la Ley de Extranjería: "*1. Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser*

internados hasta que llegue el momento del retorno; 2. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio; 3. El extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados; 4. La detención de un extranjero a efectos de retorno será comunicada al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país".

Acerca de la naturaleza jurídica del retorno, la Consulta 1/2001, de 10 de mayo, de la Fiscalía General del Estado destaca que, a diferencia de los casos de expulsión, el retorno es un acto administrativo carente de naturaleza sancionadora. Se trata de una medida administrativa de policía tendente al mantenimiento del orden público, que se adopta tras la tramitación del procedimiento oportuno, sin que lleve aparejada la prohibición de entrada en territorio español.

El precepto legal se desarrolla en el art. 156 del Reglamento del año 2004, conforme a las siguientes pautas de interpretación: (1) El retorno se acuerda cuando el extranjero se presente en un puesto fronterizo habilitado y no se le permita el ingreso en el territorio nacional por no reunir los requisitos que para autorizarles la entrada se contienen en el Reglamento; (2) La resolución de retorno se dictará, lógicamente, como consecuencia de la denegación de entrada, la cual, a su vez, se adoptará en un procedimiento que ha de cumplir los siguientes trámites mínimos: (a) informar al interesado de su derecho a la asistencia jurídica, que será gratuita si careciera de recursos económicos suficientes, y a la asistencia de intérprete si no comprende o habla la lengua oficial que se utilice, así como de que el efecto que puede conllevar la denegación de entrada es el retorno; (b) determinar de la causa por la que se deniega la entrada; (3) El retorno se ejecutará de forma inmediata y, en todo caso, dentro del plazo de 72 horas desde que se hubiese acordado. Si no pudiera ejecutarse dentro de dicho plazo, la autoridad gubernativa se dirigirá al Juez de Instrucción a fin de que determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero hasta que llegue el momento del retorno; (4) Mientras tanto, esto es, durante el tiempo en que el extranjero permanezca detenido en las instalaciones del puesto fronterizo o en el lugar en que se haya acordado su internamiento, todos los gastos de mantenimiento que se ocasionen serán a cargo de la compañía o transportista que lo hubiese transportado; (5) Igualmente, la compañía o transportista se hará cargo inmediatamente del extranjero al que se le haya denegado la entrada y serán a cuenta de la misma todos los gastos que se deriven del transporte con el fin de ejecutar el retorno, que será realizado directamente por aquélla o por medio de otra empresa de transporte con dirección al Estado a partir del cual le haya transportado, al Estado que haya expedido el documento de viaje

con el que haya viajado el extranjero o a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión.

De todo ello, resulta ilustrativa la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 1995, que estimó un recurso interpuesto por una extranjera casada con español, al haberse denegado la entrada en España de su hija menor de edad. Estimó el alto Tribunal que el hecho de que no se les diera la oportunidad a la madre y a la hija de justificar sus circunstancias, así como la del matrimonio de la madre con un español, cuando estaba en juego el ejercicio de un derecho fundamental, y la consiguiente drástica devolución de la menor a su país produjo la vulneración del derecho. No es convincente el planteamiento de que esos hechos se hubieran demostrado con posterioridad y no en el momento del acto recurrido, pues de lo que se trata es de la realidad de las alegaciones de madre e hija ante la Policía, y de la intransigencia inexplicable de ésta, de no dar la oportunidad para la posible prueba de la misma, que pudo realizarse si no se hubiera acordado la drástica actitud adoptada.

2.2.2.2. Detención e internamiento para retorno.

Hemos visto que el art. 60 de la Ley de Extranjería dispone que la autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de 72 horas para que determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero hasta que llegue el momento del retorno. Conviene recordar que las garantías mínimas de procedimiento siguen siendo de aplicación en éstos casos.

Un primer extremo problemático afecta al lugar de internamiento. Y así para los supuestos de retorno el mencionado art. 60 utiliza la expresión "lugar de internamiento" en lugar de "centro de internamiento", admitiendo así la posibilidad de que los extranjeros sometidos a esta medida puedan permanecer en otras dependencias, siendo habitual que tenga lugar en los propios puestos fronterizos. Como dice la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, el hecho de que la Ley hable de lugar y no de centro permite afirmar que el lugar de internamiento no sea necesariamente uno de los centros de internamiento de extranjeros regulados en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999. Con todo, no se excluye la posibilidad de ingresos en Centros de Internamiento, por cuanto al regularlos, el propio Reglamento en su art. 153.2,b permite el internamiento cuando se haya dictado resolución de retorno y éste no pueda ejecutarse dentro del plazo de 72 horas, cuando la autoridad judicial así lo determine.

Advierte la mencionada Circular 3/2001 que el art. 60.1 de la Ley de Extranjería se limita a señalar que los extranjeros serán internados "*hasta que llegue*

el momento del retorno", lo que parece abonar la idea de que resulta posible autorizar internamientos por un plazo superior a 40 días, si el retorno no se ha podido llevar a cabo durante tal período. Tal conclusión encuentra, igualmente, apoyo en la naturaleza cautelar de dicha medida cuya finalidad no es otra que la de asegurar la ejecución de un acto administrativo. No obstante, conviene tener presente que los supuestos afectados permiten en principio una ejecución sin dilaciones de la correspondiente resolución, por lo que difícilmente se alcanzaría el límite de los 40 días, sin olvidar la previsión del legislador de que el retorno se efectúe en el plazo más breve posible o de forma inmediata. En todo caso, la regulación específica de los Centros de Internamiento (art. 153.5 del Reglamento) parece excluir la posibilidad de que los internamientos se prolonguen más allá de los 40 días en cualquiera de los casos, ya sea devolución, retorno o expulsión. Por todo ello, resulta más razonable concluir que, en estos casos, el plazo de los 40 días opera también como límite máximo del internamiento, solución que se acomoda mejor a la doctrina del Tribunal Constitucional, según la cual siempre debe erigirse una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan, aun previstas en la ley, privaciones de libertad que no siendo razonables rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación (STC 178/1985).

3. LA POSICIÓN PROCESAL DEL DELINCUENTE EXTRANJERO.

3.1. LA PRISION PREVENTIVA CON ELEMENTO DE EXTRANJERIA.

En la reciente reforma de la prisión preventiva, llevada a efecto por la Ley Orgánica 13/2003 que dio nueva redacción a los arts. 503 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se contemplan reglas especiales, como era de esperar, respecto de la aplicación de la prisión preventiva a los extranjeros. Para ellos, como para los españoles, la misma se acordará excepcionalmente (esto es, solo "*cuando objetivamente sea necesaria, de conformidad con lo establecido en los artículos siguientes, y (...) no existan otras medidas menos gravosas para el derecho a la libertad a través de las cuales puedan alcanzarse los mismos fines que con la prisión provisional*", tal y como ordena el art. 502.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) concurriendo los siguientes requisitos: (1) Que conste en la causa la existencia de uno o varios hechos que presenten caracteres de delito sancionado con pena cuyo máximo sea igual o superior a dos años de prisión, o bien con pena privativa de libertad de duración inferior si el imputado tuviere antecedentes penales no cancelados ni susceptibles de cancelación, derivados de condena por delito doloso; (2) Que aparezcan en la causa motivos bastantes para creer responsable criminalmente del delito a la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión; y (3) Que mediante la prisión provisional se persiga alguno de los siguientes fines: evitar el riesgo de fuga, evitar la alteración o la destrucción de pruebas o evitar la reiteración delictiva.

Pues bien, si para la apreciación del "fumus boni iuris" no se suelen plantear problemas de aplicación en el caso de extranjeros, el requisito del "periculum in mora", es decir, la comprobación de que exista algún fin constitucionalmente legítimo para anticipar la restricción a la libertad, sí presenta especialidades cuando de extranjeros se trata. Efectivamente, en términos del art. 503, es fin que legitima la prisión preventiva, "*asegurar la presencia del imputado en el proceso cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga*", de tal modo que "*para valorar la existencia de este peligro se atenderá conjuntamente a la naturaleza del hecho, a la gravedad de la pena que pudiera imponerse al imputado, a la situación familiar, laboral y económica de éste, así como a la inminencia de la celebración del juicio oral*". Siendo ello así, y partiendo del principio según el cual la igualdad de trato entre españoles y extranjeros impide que la cualidad de no nacional sea índice bastante para justificar la prisión provisional, los Tribunales españoles conceden a la falta de arraigo personal, social, familiar o laboral en España una particular relevancia a la hora de dar lugar a la prisión preventiva de extranjeros, hasta el punto de convertirse en regla general para determinados delitos cuando éstos alcanzan cierta entidad.

Con datos fechados a 23/septiembre/2005, los presos preventivos en las cárceles españolas ascendían a 14.355 (un 23,5% del total de la población reclusa), y de ellos un porcentaje amplio se correspondía a preventivos extranjeros, encarcelados provisionalmente por la razón apuntada.

3.2. LA EXPULSIÓN DEL EXTRANJERO INCULPADO EN UN PROCESO PENAL.

De modo aparentemente contradictorio, la Ley de Extranjería establece su art. 57.7, en sede de expulsión, lo que sigue: *"(a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o inculpado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior. (b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de*

*delitos tipificados en los arts. 312, 318 bis, 515.6ª, 517 y 518 del Código Pena*l" y añade el párrafo 8 del citado art. 57 la previsión según la cual "*Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los arts. 312, 318 bis, 515.6.o, 517 y 518 del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad*".

En realidad, se contemplan en el precepto dos autorizaciones judiciales bien diferentes, a saber: (1) En el apartado b) La autorización para la salida voluntaria del extranjero encartado en un proceso penal; (2) La autorización judicial para dar efectividad a un acuerdo sancionador de expulsión previamente decretado en el apartado a). La diferencia esencial entre ambas se encuentra en que, acordada la primera, el proceso penal subsiste hasta declararse en su caso la responsabilidad penal del extranjero, mientras que, decretada la segunda, el proceso penal se trunca siquiera sea provisionalmente.

3.2.1. Autorización para salidas voluntarias.

La primera de las medidas no presenta especial problemática: una vez asegurada la presencia del extranjero ante el órgano judicial en las ocasiones que fueren precisas a través de la adopción de las diversas medidas cautelares previstas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no existirá inconveniente para que el Juez o Tribunal acceda a la petición del imputado extranjero de salir del territorio español, con la única prevención de dar audiencia previa al Ministerio Fiscal.

Dentro del Procedimiento Abreviado, que es el procedimiento penal de uso más frecuente en los Tribunales españoles, existe una norma similar de aplicación exclusiva a los procedimientos por delitos derivados del uso y circulación de vehículos de motor que subordina la autorización de salida del imputado extranjero a que deje garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden que se pudieran haber generado con su conducta. Se trata del art. 765.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a cuyo tenor: "*En los procesos relativos a hechos derivados del uso y circulación de vehículos de motor el Juez o Tribunal podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, a los imputados que no estén en situación de prisión preventiva y que tuvieran su domicilio o residencia habitual en el extranjero, para ausentarse del territorio español. Para ello será indispensable que dejen suficientemente garantizadas las responsabilidades pecuniarias de todo orden derivadas del hecho punible, designen persona con domicilio fijo en España que reciba las notificaciones, citaciones y emplazamientos que hubiere que hacerles, con la prevención contenida en el art. 775 en cuanto a la posibilidad de celebrar el juicio en su ausencia, y que presten caución no personal, cuando no esté ya acordada fianza de la misma clase, para garantizar la libertad provisional y su presentación en la fecha o plazo que se les señale. Igual atribución y con las mismas condiciones corresponderá al Juez o Tribunal que haya de conocer de la*

causa. Si el imputado no compareciese, se adjudicará al Estado el importe de la caución y se le declarará en rebeldía, observándose lo dispuesto en el art. 843, salvo que se cumplan los requisitos legales para celebrar el juicio en su ausencia".

3.2.2. Autorización judicial para la expulsión administrativa.

Dentro de los supuestos de expulsión administrativa antes vistos, puede darse el caso de que el interesado esté, al tiempo, incurso en un procedimiento penal; en estos casos la norma que comentamos sirve para solucionar el aparente conflicto entre la efectividad de la medida administrativa de expulsión y la necesidad de preservar los fines propios del proceso penal.

Y es que frente al principio de legalidad que rige el proceso penal –y la actuación del Ministerio Fiscal- esta autorización para la expulsión constituye una forma atípica de terminación de aquél, que introduce un cierto criterio de oportunidad en la investigación y castigo de los hechos delictivos. Se renuncia al ejercicio del ius puniendi ante la exigencia de ejecuciones de índole administrativa, que no resulta coherente con la preeminencia de la actividad jurisdiccional frente a la administrativa sancionadora, ni con las necesidades de prevención general y de solidaridad internacional, ni con la preservación del derecho fundamental del extranjero a obtener la tutela efectiva de nuestros jueces a través de un proceso público sin dilaciones indebidas, al ser claro que la tutela efectiva supone claramente la obtención de una sentencia y el derecho al proceso en su integridad, y la autorización de la expulsión afecta a estos derechos (a tenor de la STC 24/2000, de 31 de enero, "*tal autorización de expulsión, por tanto, no puede, ser calificada como "sanción" sustitutiva de la sanción penal, a diferencia de lo que sucede con la expulsión del extranjero "condenado"; sin que el extranjero ostente derecho alguno a que en lugar del expediente de expulsión se siga procedimiento judicial hasta su terminación por Sentencia*").

La justificación de la medida se ha pretendido encontrar en la evitación del fraude que implica la comisión de pequeños delitos para demorar la expulsión del país. En general, sin embargo, su regulación genérica para cualquier supuesto delictivo castigado con pena inferior a seis años, genera amplias críticas por ser una medida de política criminal meramente utilitarista.

De los diferentes problemas de aplicación que surgen del art. 53.4 de la Ley de Extranjería, se pueden destacar los siguientes:

3.2.2.1. Presupuesto temporal.

El problema a determinar es si la autorización para la expulsión es susceptible de adoptarse en cualquier momento del proceso o resulta necesario

que exista previamente una acusación formal. La Fiscalía General del Estado ha abordado esta cuestión desde la Consulta 2/1990, de 10 de octubre donde dictamina que resulta preciso la existencia previa de un escrito de acusación; antes de esta fase procesal es improcedente, entre otras razones, porque no se contará con elementos suficientes para motivarlo adecuadamente como exige la jurisprudencia constitucional y en consecuencia concluye que no deberá emitirse cuando se hallen en tramitación las diligencias previas del procedimiento abreviado. En todo caso, para no entorpecer la política criminal en materia de extranjeros insta la Fiscalía a que se acelere la investigación a fin de poder formular escrito de acusación en el plazo más breve posible.

Posteriormente, con mejor adecuación técnica y procesal, la propia Fiscalía General, en su Circular 1/1994, de 15 de febrero, corrige su criterio, considerando que será imprescindible, pero suficiente, que se haya producido en las Diligencias Previas a la imputación del extranjero para poderse dictaminar sobre la procedencia de la expulsión, puesto que sólo en este momento puede resolverse sobre el ejercicio de la acción penal, ya que la imputación judicial, según doctrina del Tribunal Constitucional, constituye al contenido esencial de tales diligencias, y sin la cual no podrán clausurarse válidamente. En consecuencia, cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves y esté, además, incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en Ley de Extranjería, una vez que extranjero sea oído en declaración como imputado, el Ministerio Fiscal interesará con carácter general ponderando todas las circunstancias concurrentes, la autorización de la expulsión del territorio español de dicho extranjero.

Nótese que resultaría desproporcionado que la mera admisión de la denuncia o querella bastase para posibilitar la autorización de expulsión; por el contrario, al resultar preceptiva la audiencia del extranjero, sólo su declaración en calidad de imputado, parece el momento inicial para dar curso a este trámite. Todo ello ha terminado por ser recogido en el texto del actual art. 57.7.

3.2.2.2. Presupuesto objetivo.

Viene integrado por la exigencia legal de un previo acuerdo administrativo sancionador, de manera que, aunque el extranjero se encuentre imputado en un procedimiento penal, no es dable autorización judicial alguna para su expulsión, pendiente el proceso penal, mientras no haya recaído en expediente administrativo la resolución de expulsión contra el mismo.

No se precisa que dicho acuerdo administrativo haya adquirido firmeza en esa vía jurisdiccional; pues no es óbice para la jurisdicción contencioso-administrativa, la existencia de la autorización del Juez penal para la expulsión,

pues pese a ello o con independencia de dicha autorización, puede controlar la decisión administrativa de expulsión, e inclusive puede el Tribunal Contencioso-Administrativo que conozca del asunto, suspender la ejecución de la misma en tanto se resuelve el recurso (STC 24/2000).

3.2.2.3. Trámite de audiencia.

El texto de la Ley lo exige exclusivamente respecto del Ministerio Fiscal, pero resulta indispensable dar traslado a las demás partes personadas en el proceso penal e inexcusablemente, oír al interesado. También se entiende conveniente, que se dé audiencia al perjudicado, aunque no fuere parte, en línea con la atención a los derechos de las víctimas patrocinada por las últimas reformas procesales. En cualquier caso, el Tribunal Constitucional (sentencia 242/1994), aunque referido a la expulsión sustitutiva de la pena del derogado 21.2 de la antigua Ley de Extranjería, pero de aplicación genérica a la autorización judicial de expulsión, destaca el efectivo contenido material, en orden a la defensa de los derechos del extranjero, que debe conllevar la referida audiencia ("*precisamente porque la medida de que se trata afecta a la efectividad de un derecho constitucionalmente tutelado en los términos antes expuestos, no puede abandonarse su aplicación a una decisión discrecional de los órganos jurisdiccionales. Es preciso, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan su aplicación (...) que los órganos judiciales valoren las circunstancias del caso, y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional (como el arraigo del extranjero en España, o la unificación familiar, art. 39,1 CE), que deban ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión. Para lograr esta adecuada ponderación, y la salvaguardia de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental (...) pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse*").

3.2.2.4. Criterios de resolución.

La autorización o la denegación a la expulsión, deberá constar en auto motivado, donde se valoren los intereses en conflicto: (1) El interés contrapuesto del Estado, por una parte en la ejecución de la expulsión y por otra en el efectivo ejercicio del ius puniendi; (2) El interés del extranjero en evitar una eventual condena frente a la irremisibilidad de la expulsión, tanto en ese momento, como tras el cumplimiento de la condena; (3) El interés del perjudicado por el delito en especial, si la expulsión frustra la expectativa de resultar indemnizado.

El criterio legal es manifiestamente favorable a la expulsión, teniéndose a la negativa como hecho excepcional en razón de circunstancias señaladamente significativas. Aun así, no deberá dejar de ponderarse el principio de proporcionalidad, analizándose las circunstancias del delito, tales como el grado de certeza, flagrancia, arrepentimiento, peligro y alarma social, de la motivación de su comisión (en especial si es meramente instrumento dilatorio de la ejecución de la expulsión) y atinentes al grado de integración del extranjero sancionado. En cualquier caso, la Ley exceptúa de la posibilidad de autorización a algunos delitos especialmente vinculados con la protección del inmigrante, previstos en el Código Penal en los siguientes preceptos: art. 312 relativo al tráfico ilegal de mano de obra, art. 318 bis que regula los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (inmigración clandestina), art. 515.6ª en el que se establece un tipo del delito de asociación ilícita cuando promueva la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos u organizaciones por razón de su pertenencia a una etnia, raza, nación, sexo, orientación sexual, situación personal o familiar.

3.2.2.5. Consecuencias materiales y procesales.

De entrada, "*toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en el territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez*" (art. 58.1). Dicho período debe estar concretado en la resolución administrativa sancionadora, pues respecto del extranjero encartado al órgano jurisdiccional sólo le cabe autorizar o denegar la expulsión ya acordada.

Respecto de las consecuencias procesales, entiende la Fiscalía General del Estado que acordada la autorización con anterioridad a la apertura del juicio oral, el procedimiento queda en situación de sobreseimiento provisional, en concreto al amparo del art. 641.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al no existir ya motivos suficientes para acusar por cuanto el extranjero no está a disposición de los Tribunales españoles. Una vez decretada la apertura del juicio oral, al no existir en la Ley de Enjuiciamiento una figura similar al sobreseimiento, cree aplicable por analogía la solución del art. 791.4 en relación con el 841 y por ende se decretaría la suspensión del juicio oral con el archivo de los autos.

El problema está en si el archivo de la causa penal es provisional o definitivo, esto es, se discute sobre si el extranjero que vuelve al territorio nacional, antes de que transcurra el plazo de prescripción del delito imputado, queda sujeto al mismo proceso, que por tanto puede ser reactivado, o, por el contrario, si la vuelta del extranjero imputado, tras haber transcurrido el período de prohibición de entrada establecido en el acuerdo de expulsión, aunque el delito no hubiera prescrito, no permite la reanudación del proceso penal al haberse cumplida la condición que permitiría el archivo definitivo.

3.2.2.6. Extranjero testigo o perito.

Existen más posibilidades de que un ciudadano extranjero sancionado administrativamente a expulsión del territorio nacional, se encuentre involucrado en un proceso penal; especialmente como víctima o testigo. En estos supuestos, la actual Ley en su art. 59.4, indica al Ministerio Fiscal que, una vez conozca que se ha dictado resolución de expulsión contra extranjero víctima, perjudicado o testigo, del que considera imprescindible su presencia para la práctica de diligencias judiciales, lo ponga en conocimiento de la autoridad gubernativa competente, en orden a que considere la inejecución de la expulsión. En caso de que se hubiese ejecutado la expulsión, indica esta norma igual cauce, para que se autorice el regreso a España al ciudadano extranjero, durante el tiempo necesario para la práctica de las diligencias precisas.

Advierte además sobre la posibilidad de adoptar las medidas previstas en la normativa de protección a testigos y peritos en causas criminales (LO 19/1994). Si bien, como ya vimos, tal mecanismo no será preciso respecto de los extranjeros en situación irregular por haber sido víctimas, perjudicados o testigos de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal o de tráfico ilícito de mano de obra o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad, que podrán quedar exentos de responsabilidad administrativa y no ser expulsados si denuncia a los autores o cooperadores de dicho tráfico y colabora con los funcionarios policiales proporcionando datos esenciales, o en su caso testificando en el proceso correspondiente.

3.3. LA EXPULSIÓN JUDICIAL DEL EXTRANJERO COMO SUSTITUTIVA DE UNA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD

Entre los mecanismos que el Código Penal español introduce para evitar la ejecución de penas privativas de libertad, el art. 89 regula la denominada expulsión judicial como sustitutiva de la ejecución de una pena privativa de libertad. El precepto es amplio y complejo. Comencemos con su trascripción literal:

"*1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que,*

excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los arts. 80, 87 y 88 del Código Penal. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del período de condena pendiente.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión, y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieren sido condenados por la comisión de delitos a que se refieren los arts. 312, 318 bis, 515.6º, 517 y 518 del Código Penal".

En general puede indicarse que las instituciones que se regulan en la norma transcrita tienen en común su exclusiva aplicación a los extranjeros que no residan legalmente en España. Como en el caso del ya analizado art. 57.7 de la Ley de Extranjería, en el art. 89 del Código Penal se regulan dos supuestos netamente diferenciados: (1) Expulsión judicial, como forma sustitutiva de la ejecución de penas privativas de libertad inferiores a seis años que será acordada en sentencia por el Juez o Tribunal Sentenciador; (2) Expulsión sustitutiva cuando siendo la pena igual o superior a seis años de prisión, haya cumplido el penado extranjero tres cuartas partes de la condena. Nos centraremos en este apartado en la primera de las medidas enunciadas, sin perjuicio de volver después sobre la especialidad de la libertad condicional

Si antes ya nos cuestionábamos la oportunidad de la renuncia al ius puniendo en un momento procesal en el que aún no había recaído sentencia condenatoria, los problemas acerca ya de la bondad de la propia inejecución de las condena extranjeros no residentes sin duda se incrementan.

En contra de su aplicación generalizada –nótese que el art. 89 parte del principio general de sustitución, salvo que excepcionalmente se acuerde el

cumplimiento-, se suele citar la idea de la trascendente disminución del efecto de prevención general que genera: supone en la práctica la exoneración de pena para determinados condenados por su mera condición de extranjeros no residentes legalmente, de suerte que el denominado "efecto llamada" para el pequeño delincuente extranjero sería una clara consecuencia negativa de su general aplicación. Para paliarlo, al menos en parte, está prevista su inaplicación para los delitos, ya citados (arts. 312, 318 bis, 515.6ª, 517 y 518 del Código Penal) que se relacionan con la protección penal del inmigrante. Por otra parte, respondería exclusivamente a meras razones político-criminales utilitaristas, fundamentalmente encaminadas a reducir la población interna en centros penitenciarios, donde los extranjeros se aproximan al 28% del total de los penados.

A favor de la institución se citan otra serie de argumentos. Desde la perspectiva de la prevención general, la expulsión, especialmente para ciudadanos extracomunitarios, en multitud de ocasiones resulta más gravosa que el cumplimiento de la pena privativa de libertad. Analizadas las cosas desde la atención a las necesidades de prevención especial, resulta que existen problemas insalvables para el tratamiento penitenciario del extranjero no residente, como sería la imposibilidad de disfrutar de permisos o progresar en la calificación, las dificultades en la adaptación al país por su falta de arraigo, y, finalmente, la práctica inutilidad de lo que se consiga ante la ulterior expulsión administrativa que hace inútil el teórico intento de resocialización. Es por todo ello que el Código Penal prevé expresamente que la expulsión sustitutiva sea preferente a la aplicación de otras instituciones tendentes a la resocialización, tales como la suspensión ordinaria de la condena (art. 80), la suspensión específica para los toxicómanos (art. 87) o la sustitución de penas cortas privativas de libertad por penas de multa (art. 88).

Veamos ahora cuáles son los problemas esenciales para su aplicación.

3.3.1. Presupuesto subjetivo.

Necesariamente el destinatario ha de ser un extranjero; pero además no residente legalmente en España; situación que habrá de ser calificada de conformidad con la normativa administrativa al respecto.

La delimitación negativa de extranjero que no resida legalmente exige alguna aclaración. Se estará en tal caso cuando no se ostente alguna de las situaciones administrativas que autorizan para residir legalmente en España, esto es, cuando no se esté en régimen de estancia o residencia, sea ésta temporal o permanente, o en alguna de las situaciones especiales que afectan a estudiantes, menores, apátridas o refugiados.

Otra cuestión de interés es la determinación del momento en que debe apreciarse la situación del extranjero para determinar si es o no legal, es decir, optar entre el momento de la comisión delictiva y el momento de la ejecución de la sentencia. Se entiende que este último momento es el adecuado con el argumento de que en la aplicación de otros sustitutivos se ponderan diversas circunstancias postdelictuales para una más adecuada individualización. Además, a través del examen de la jurisprudencia del Tribuna Europeo de los Derechos Humanos se llega a idéntica conclusión: en el caso El Boujaidi contra Francia, sentencia de 26 de setiembre de 1997, donde la expulsión se acuerda como pena complementaria a la de prisión, se afirma que para atender si el demandante tenía una vida privada y familiar, habrá que atender a la época en que la prohibición de residencia en territorio francés acordada se convirtió en definitiva (en ese caso, cuando dictó sentencia el Tribunal de Apelación).

3.3.2. Presupuesto objetivo.

A diferencia de la regulación sobre el sustitutivo procesal, aquí no se requiere la existencia previa del expediente administrativo sancionador, aunque la condición de "no residente legal" es un concepto evidentemente administrativo, pero que habrá de ser calificado por el juez o tribunal penal. Ni siquiera resulta necesario que el penado extranjero se encuentre incurso en causa administrativa de expulsión, pues resulta como condición bastante y suficiente, desde la perspectiva ahora considerada, la existencia de la condena. Tampoco se requiere la conformidad del penado, como acontece con el resto de los sustitutivos previstos en el Código Penal.

Ya se ha dicho que se requiere una sentencia contra ciudadano extranjero que contenga condena a pena privativa de libertad inferior de seis años. Respecto a la circunstancia de la extensión de la pena contemplada, el límite no se refiere a la pena abstracta conminada en el tipo penal objeto de condena, sino a la efectivamente impuesta. Y respecto a la naturaleza, al referirse a penas privativas de libertad, no serán objeto de aplicación el sustitutivo de la expulsión, las condenas a penas restrictivas de derechos o pecuniarias.

3.3.3. Legitimación.

En la redacción original del precepto del año 1995, se discutió mucho sobre la legitimación para instar la medida de sustitución, dado que, frente a quien defendía que la legitimación se restringiera al Ministerio Fiscal, la norma no limitaba ésta a ninguna de las partes del proceso, de manera que tanto las acusaciones, pública o particular, como la defensa o el propio interesado podían solicitar que se acordara; inclusive entendía la doctrina que podía ser propuesta de oficio por el propio Juez o Tribunal.

En la actual redacción, derivada de la Ley Orgánica 11/2003, el problema no es el de la legitimación para instar la expulsión sustitutiva, por cuanto ésta se convierte en regla general, sino la determinar a quien puede corresponder instar el efectivo cumplimiento de la pena impuesta: nada dice al respecto el art. 89.1, de ahí que habrá que estar a la legitimación ampliada que ya antes se venía propugnando. En cualquier caso, podrá adoptarse de oficio y siempre previa audiencia al Ministerio Fiscal.

3.3.4. Audiencia al interesado.

Aunque nada diga la Ley al respecto, la debida protección del derecho de defensa y del principio de contradicción hace que la audiencia al penado interesado resulte insoslayable. Previo al acuerdo de expulsión debe ser oído el penado, precisamente en un trámite específico a este fin donde materialmente pueda ejercer su defensa y expresar su parecer a favor o en contra de la medida y donde puedan analizarse las circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Y ello en términos que permitan de forma clara e inequívoca esta finalidad, pues su observancia, nos recuerda el Tribunal Constitucional -sentencia 242/1994- resulta salvaguarda y garantía no sólo de los derechos de defensa del art. 24.2 de la Constitución Española, sino también de otro derecho constitucionalmente relevante del ciudadano extranjero, cual es su residencia y desplazamiento en España del art. 19 de la Constitución. Es por ello que no baste su mera observancia formal, y así la referida sentencia entendió insuficiente a tales efectos el cumplimiento del trámite establecido en el art. 739 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal relativo al derecho del acusado a la última palabra.

3.3.5. Consecuencias materiales y procesales.

El propio art. 89 del Código Penal establece la principal consecuencia material: prohibición de regreso a España en el plazo de diez años contados desde la fecha de expulsión (entendiendo por tal, no la data en que se acuerde, sino cuando se materialice) y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena conforme al art.133 del propio Código Penal. Debe hacerse notar que los plazos de prescripción de las penas inferiores a seis años de prisión no suelen ser mayores a diez años.

Debe tenerse también presente, que esta consecuencia derivada de la ejecutoria penal de prohibición de regreso a España, pero de naturaleza administrativa, en virtud del Convenio de Aplicación del Acuerdos de Schengen, resulta ampliada automáticamente a la prohibición de entrada a todo el territorio europeo donde el Convenio despliega su eficacia.

En cuanto a las consecuencias procesales, una vez se haya ejecutado la expulsión, se procederá a archivar provisionalmente la ejecutoria hasta que transcurran los años de prohibición de entrada, tras lo cual, si éstos son observados, se procederá al archivo definitivo.

El incumplimiento de las condiciones de expulsión o de la prohibición de entrada goza de un régimen específico que supone la efectiva devolución o expulsión, con reinicio del cómputo de los diez años. Importa destacar que no está previsto, una vez acordada la expulsión sustitutiva, que la pena se pueda ejecutar, ni siquiera en estos casos de incumplimiento de la prohibición de entrada (sin que a la vez se incurra en delito de quebrantamiento de condena, pues la expulsión no integra una verdadera pena, sino una mera condición que permite la sustitución). Con todo, sí está prevista la posibilidad de que no pueda materializarse por alguna razón la expulsión, en cuyo caso sí se dará efectivo, total o parcialmente, cumplimiento a la pena impuesta. El problema estará en la ausencia de módulo de conversión legal que sirva, en su caso, para computar como días de privación de libertad los que se hayan cumplido a través de la expulsión

3.4. LA EXPULSION JUDICIAL SUSTITUTIVA PARCIALMENTE DE PENAS SUPERIORES A SEIS AÑOS DE PRISION.

Se trata de otra modalidad de expulsión judicial también regulada, como hemos visto, en el art.89 del Código Penal. A diferencia del caso anterior, no se deja de ejecutar la condena impuesta, sino que ésta se lleva a efecto con la especialidad de sustituir el último período de cumplimiento del interno extranjero, esto es, el último cuarto de la condena, por su expulsión con expresa prohibición de entrada durante el plazo de diez años.

Su naturaleza, por tanto, es híbrida: se relaciona sistemáticamente con la sustitución de las penas privativas de libertad, pero tiene mucho que ver con aspectos estrictamente penitenciarios, al acomodarse sus requisitos a los de la libertad condicional. Con todo, el problema más relevante es el de su utilidad frente a instituciones que regulan quizás de mejor manera el mismo supuesto, tales como la libertad condicional ordinaria con estancia en nuestro país, el cumplimiento de la misma en su país de origen e incluso el traslado de la persona condenada al Estado de su nacionalidad para cumplir condena. Por lo demás, se acompasa bien con la circunstancia de que la mayoría de las condenas penales integran, a su vez, causa de expulsión administrativa; en ambos casos huelga hablar de reinserción social.

Las especialidades básicas de su regulación son las que, a continuación, se relacionan: (1) La medida solo puede acordarse respecto de penados extranjeros que no residan legalmente en España; (2) En relación a sus

presupuestos objetivos debe hacerse notar, por una parte, que la duración de la pena privativa de libertad ha de exceder de seis años –por debajo de ella, bien se sustituye por la expulsión, bien se cumple íntegramente la pena- lo que integra la mayor diferencia con la otra modalidad de expulsión sustitutiva; y por otra, que es necesario haber pasado ya al tercer grado penitenciario o haber cumplido las tres cuartas partes de la condena, circunstancia que la diferencia del resto de los sustitutivos contemplados en nuestro ordenamiento penal, que exigen para su aplicación que no de haya iniciado su ejecución; (3) La medida, pese a su aparente vocación de generalidad (la regla general es la expulsión y la excepción es terminar de cumplir la condena), ha de ser necesariamente instada por el Ministerio Fiscal quien, por tanto, ostenta el monopolio de la legitimación activa. Es por ello que el art. 197.2 del Reglamento Penitenciario, con el fin de poder dar cumplimiento a la medida de expulsión prevista en el art. 89 del Código Penal, dispone que, con antelación suficiente, se comunicarán al Ministerio Fiscal las propuestas de libertad condicional de penados extranjeros junto con un breve resumen de su situación penal y penitenciaria, en el que se harán constar expresamente las fechas de cumplimiento de las dos terceras partes y de las tres cuartas partes de su condena o condenas; (4) En cuanto a las consecuencias de la vulneración de la prohibición de entrada, tampoco conllevará el cumplimiento del resto de condena pendiente, sino la devolución y el reinicio del cómputo de la citada prohibición.

3.5 LA EXPULSIÓN JUDICIAL COMO MEDIDA DE SEGURIDAD.

Dentro del catálogo de medidas de seguridad reguladas en el Código Penal español actual –que parten de la efectiva comisión de un hecho delictivo por alguien inimputable o seminimputable y de la existencia de un pronóstico de peligrosidad respecto de su autor que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos- se regula en el art.95.3,2ª como medida de seguridad no privativa de libertad, "*la expulsión del territorio nacional de extranjeros no residentes legalmente en España*". En su desarrollo, el art. 108 del Código Penal, de manera similar a la forma en que regula en el art. 89 la sustitución de las penas privativas de libertad, disciplina esta sustitución de las medidas de seguridad de la siguiente forma:

"*1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el juez o tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España. En el supuesto de que, acordada la*

sustitución de la medida de seguridad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la medida de seguridad originariamente impuesta.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de 10 años, contados desde la fecha de su expulsión.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad".

Inicialmente la norma deja de sorprender: si las medidas de seguridad se imponen a los inimputables y semimputables porque han cometido un delito y se prevé la probabilidad de comisión de nuevos delitos –es por ello que se les aplican-, no parece la solución mas adecuada sea su expulsión a otro país en el que no se puede hacer una intervención y un seguimiento adecuados a cada caso. Con todo esta norma cuenta con un precedente en nuestro derecho histórico, concretamente en el art. 130 del Código de la Dictadura, de 1928 y es frecuente su regulación en derecho comparado como medida accesoria automática por razones de orden público. Se prescinde, por tanto, de cualquier intervención terapéutica tendente a neutralizar la peligrosidad criminal del sujeto; y es notoria la hipocresía del legislador al denominar medida de seguridad a una decisión únicamente enderezada a expulsar de la sociedad en que se halla al penado extranjero inimputable, abandonándolo a su suerte y probablemente sin posterior acceso a tratamiento alguno.

No podemos dejar de reconocer que en algunos casos tales razones humanitarias ceden ante la conveniencia de expulsar a delincuentes a los que se les pueda apreciar una eximente incompleta y sea imposible por sus padecimientos cualquier intento de resocialización o abordaje terapéutico fuera de su entorno nacional.

Por lo demás, sintéticamente, los requisitos para su aplicación son los que siguen: (1) Se exige que el destinatario de la medida sea un extranjero no residente legalmente; por tanto son de aplicación todas las consideraciones efectuadas respecto del art. 89 del Código Penal; (2) Desde el punto de vista objetivo han de concurrir las siguientes circunstancias: ha de haberse cometido un delito, pues para las faltas no es posible adoptar medias de seguridad (art. 95.1.1ª) y la sentencia ha de contener un pronunciamiento sobre exención completa o incompleta de responsabilidad criminal del extranjero, al amparo de las causas primera, segunda o tercera del art. 20 Código Penal o de la primera del art. 21 (básicamente, alteraciones psíquicas permanentes o temporales, intoxicación por

alcoholo drogas o estados carenciales graves relacionados con la adicción a tales sustancias o alteraciones de la percepción que hayan obstaculizado el proceso de socialización).

Dado la laxitud con que se regula la imposición y cumplimiento de las medidas de seguridad -justamente en razón de su necesaria flexibilidad para adaptarse a las variables circunstancias personales del penado inimputable-, la expulsión puede ser contemplada como medida inicial o como medida sobrevenida en la ejecución de otra quizás más gravosa, y a su vez puede imponerse como medida de seguridad principal o bien como medida de seguridad sustitutiva de otra.

3.6. LA RELACIÓN JURÍDICA PENITENCIARIA DEL EXTRANJERO.

En el marco de la relación jurídica penitenciaria establecida entre la Administración y el recluso, la condición de extranjero no supone ninguna diferencia con respecto a la de ciudadano español. Así lo disponen las normas internacionales, entre ellas el Convenio Europeo de los Derechos del Hombre, que recoge expresamente las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Detenidos del Consejo de Europa, en la número 5.1 dice: "*No debe hacerse diferencia de tratamiento fundado principalmente en la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión, la opinión política o cualquier otra opinión, el origen nacional, o social, la fortuna, el nacimiento o cualquier otra situación*" y específicamente en el ámbito interno el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, a cuyo tenor: "*La actividad penitenciaria se ejercerá respetando, en todo caso, la personalidad humana de los recluidos y los derechos e intereses jurídicos de los mismos no afectados por la condena, sin establecerse diferencia alguna por razón de raza, opiniones políticas, creencias religiosas, condición social o cualesquiera otras circunstancias de análoga naturaleza*".

Ante la evidencia del aumento de la población reclusa extranjera – los nacionales marroquíes superan ya los 4.600 reclusos-, el Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, ha servido para desarrollar el principio de no discriminación y dar garantía especial a los derechos que derivan de su particular condición, y así:

-Art. 15.5: los internos extranjeros tienen derecho a que se ponga en conocimiento de las Autoridades diplomáticas o consulares correspondientes su ingreso en prisión.

-Art. 41.7: las comunicaciones y visitas se organizarán de forma que satisfagan las necesidades especiales de los reclusos extranjeros, a los que se

aplicarán, en igualdad de condiciones con los nacionales, las reglas generales establecidas en este artículo.

-Art. 49.3: los internos extranjeros podrán comunicar, en locales apropiados, con los representantes diplomáticos o consulares de su país, o con las personas que las respectivas Embajadas o Consulados indiquen, previa autorización del Director del Establecimiento, y con aplicación en todo caso de las normas generales establecidas sobre número de comunicaciones y requisitos de las mismas en el art. 41.

-Arts. 52.2 y 4: a los internos extranjeros se les informará, además, de la posibilidad de solicitar la aplicación de tratados o convenios internacionales suscritos por España para el traslado a otros países de personas condenadas, así como de la sustitución de las penas impuestas o a imponer por la medida de expulsión del territorio nacional, en los casos y con las condiciones previstas por las leyes, y se les facilitará la dirección y el número de teléfono de la representación diplomática acreditada en España del país correspondiente y en todo caso, a aquellos internos españoles o extranjeros que no puedan entender la información proporcionada por escrito, les será facilitada la misma por otro medio adecuado.

-Art. 62.4: la Administración Penitenciaria fomentará, especialmente, la colaboración de las instituciones y asociaciones dedicadas a la resocialización y ayuda de los reclusos extranjeros, facilitando la cooperación de las entidades sociales del país de origen del recluso, a través de las Autoridades consulares correspondientes.

-Art. 118.2: los reclusos extranjeros tendrán las mismas posibilidades de acceso a la formación y educación que los nacionales, así la Administración Penitenciaria procurará facilitarles los medios adecuados para aprender el idioma castellano y la lengua cooficial de la Comunidad Autónoma donde radique el Centro penitenciario.

-Art. 123.1: la formación básica que se imparta a los analfabetos, a los jóvenes, a los extranjeros y a las personas con problemas específicos para su acceso a la educación tendrá carácter prioritario.

-Art. 127.3: en función del número de internos extranjeros existente en el Centro penitenciario, la biblioteca podrá disponer de publicaciones editadas en los idiomas extranjeros más usuales y así se solicitará la cooperación de los servicios consulares correspondientes y de las organizaciones privadas apropiadas.

-Art. 242.2, j): posibilidad de asistirse, durante la tramitación de un expediente disciplinario, de un funcionario o interno como intérprete si se trata de un interno extranjero que desconozca el castellano.

3.7. EL CUMPLIMIENTO DE LA LIBERTAD CONDICIONAL EN EL PAÍS DE RESIDENCIA

La libertad condicional supone la excarcelación del condenado condicionada a que no delinca durante el tiempo que queda hasta la extinción de la pena y observe las reglas de conducta impuestas, de tal forma que el liberado sigue teniendo la condición de penado hasta el momento de pronunciarse el licenciamiento definitivo, a pesar de encontrarse en una situación fáctica de libertad efectiva. Su régimen jurídico está regulado por los arts. 90 a 93 del Código Penal, aunque se trata de una institución netamente penitenciaria, es decir, una circunstancia relativa a la ejecución de la pena que afecta a la forma de cumplimiento. Refuerza su naturaleza penitenciaria el hecho de que el art. 72.1 de la Ley General Penitenciaria califique la libertad condicional como el cuarto grado, incardinándose en el proceso resocializador, fin constitucional de las instituciones penitenciarias. Es por ello que se configura como un derecho del interno, condicionado a que concurran los requisitos establecidos por la Ley, de manera que, cuando aquél, los reúna, la Junta de Tratamiento del Establecimiento deberá elevar al Juez de Vigilancia el expediente correspondiente para su resolución.

En el ámbito que nos ocupa, el art. 197.1 del Reglamento Penitenciario dispone lo que sigue: "*En el caso de internos extranjeros no residentes legalmente en España o de españoles residentes en el extranjero, previa conformidad documentada del interno, se elevará al Juez de Vigilancia su expediente de libertad condicional recabando autorización para que aquél pueda disfrutar de esta situación en su país de residencia, así como de las cautelas que hayan de adoptarse, en su caso, al objeto de que dicha libertad se disfrute efectivamente en el país fijado. A estos efectos, y siempre que las normas de Derecho Internacional lo permitan, se podrá solicitar a las autoridades competentes del Estado del país fijado la aplicación de las medidas de seguimiento y control de la libertad condicional previstas en su legislación interna*".

Para acceder a esta interesantísima posibilidad, es necesario que previamente en el penado extranjero concurran los requisitos que para la libertad condicional establece el art. 90 del Código penal y que son: (1) Que se encuentre clasificado en tercer grado de tratamiento, circunstancia que determina la aplicación del régimen abierto en cualquiera de sus modalidades, teniéndose en cuenta que el art. 82.1 del Reglamento tiene previsto que "*En los casos de penados clasificados en tercer grado con una peculiar trayectoria delictiva, personalidad anómala o condiciones personales diversas, así como cuando exista*

imposibilidad de desempeñar un trabajo en el exterior o lo aconseje su tratamiento penitenciario, la Junta de Tratamiento podrá establecer la modalidad de vida en régimen abierto adecuada para estos internos y restringir las salidas al exterior, estableciendo las condiciones, controles y medios de tutela que se deban observar, en su caso, durante las mismas". Siendo así que en el supuesto de los internos extranjeros, que carecen de vinculación familiar y arraigo social en nuestro país, es el régimen de vida previsto en el art. 82.1 el mas adecuado a sus circunstancias personales y penitenciarias con el fin de propiciar su inserción social definitiva en el país de residencia; (2) Que el penado haya extinguido las tres cuartas partes de la condena impuesta, extinción que no sólo se produce cuando se haya cumplido este período de un modo efectivo, sino también cuando la misma se haya reducido en virtud de la concesión de algún beneficio penitenciario; rige, por lo demás, el principio de unidad de ejecución para el caso de cumplimiento de una pluralidad de penas ("*Cuando el penado sufra dos o más condenas de privación de libertad, la suma de las mismas será considerada como una sola condena a efectos de aplicación de la libertad condicional. Si dicho penado hubiera sido objeto de indulto, se sumará igualmente el tiempo indultado en cada una para rebajarlo de la suma total*", art. 193 del Reglamento Penitenciario); (3) Que haya observado buena conducta y exista un pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, emitido por los expertos que el Juez de Vigilancia Penitenciaria estime convenientes. La buena conducta es un concepto jurídico indeterminado que, no obstante, se puede objetivar equiparándola con la ausencia de infracciones disciplinarias sin cancelar en el expediente penitenciario del interno. El pronóstico individualizado de reinserción social valorará los resultados conseguidos por el tratamiento durante el tiempo de cumplimiento y contendrá un juicio de probabilidad sobre el comportamiento futuro del sujeto en libertad en función de su personalidad, evolución y comportamiento.

Sin embargo, el Código penal establece dos excepciones al régimen de concesión de la libertad condicional que suponen un adelantamiento considerable de aquélla.

El primero viene recogido en el art. 92: "*No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los sentenciados que hubieran cumplido la edad de setenta años, o la cumplan durante la extinción de la condena, y reúnan los requisitos establecidos, excepto el haber extinguido las tres cuartas partes de aquélla, o, en su caso, las dos terceras partes podrán obtener la concesión de la libertad condicional. El mismo criterio se aplicará cuando, según informe médico, se trate de enfermos muy graves, con padecimientos incurables*". El fundamento de esta norma se encuentra en razones humanitarias, de justicia material y en la disminución de la necesidad del cumplimiento efectivo de la pena desde el punto de vista preventivo general y especial, así como en el riesgo cierto que para la vida

e integridad física de los reclusos puede suponer la permanencia en el recinto penitenciario y en la menor peligrosidad de los así liberados.

El segundo supuesto viene determinado por el art. 91 del Código Penal, a cuyo tenor: "*Excepcionalmente, cumplidas las circunstancias a y c del apartado 1 del artículo anterior (…) el Juez de Vigilancia Penitenciaria, previo informe del Ministerio Fiscal y de Instituciones penitenciarias y las demás partes, podrá conceder la libertad condicional a los sentenciados a penas privativas de libertad que hayan extinguido las dos terceras partes de su condena, siempre que merezcan dicho beneficio por haber desarrollado continuadamente actividades laborales, culturales u ocupacionales*". Se trata de un mecanismo de acortamiento de la reclusión efectiva, pues adelanta de forma extraordinaria la salida en libertad condicional y que ha venido a sustituir a la redención de penas por el trabajo del anterior Código Penal de 1973, que pretende ser un estímulo para conseguir que el interno se adapte a unos modos de comportamiento carcelarios, cuya valoración será determinante para otorgarle mayores márgenes de libertad, mediante su progresión a grados de tratamiento que lo permitan y finalmente para adelantar su salida en libertad.

Que el extranjero pueda usar de la facultad prevista en el art. 197 del Reglamento Penitenciario no impide que, al igual que cualquier otro interno, pueda reunir todos los requisitos para disfrutar el período de libertad condicional en España porque exista un pronóstico favorable de reinserción social y por la posibilidad de realizar una actividad laboral normal mientras cumple su condena, si bien es cierto que en estos casos se produce una doble paradoja, por cuanto se fomenta la reinserción de quien puede ser finalmente expulsado administrativamente y, a su vez, se hace de mejor condición al extranjero no residente legal en nuestro país delincuente respecto del que no ha cometido ningún delito.

3.8. EL TRASLADO DE PERSONAS PENADAS EXTRANJERAS A SUS PAÍSES DE ORIGEN PARA SEGUIR EXTINGUIENDO CONDENA

Es otra de las posibilidades que a nivel de tratamiento penitenciario afectan al penado extranjero. El Convenio Europeo sobre Traslado de Personas Condenadas, aprobado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983, ratificado por España el 10 de junio de 1985 es suscrito por los Estados miembros del Consejo de Europa con el fin de realizar una unión más íntima entre sus miembros, desarrollar más la cooperación internacional en materia penal, servir a los intereses de una buena administración de justicia y favorecer la reinserción social de las personas condenadas, lo que exige que los extranjeros privados de libertad como consecuencia de una infracción penal tengan la posibilidad de cumplir la

condena en su mundo social de origen y por ello han de poder trasladarse a sus propios países.

Este Convenio permite que los condenados a penas privativas de libertad en un país distinto del suyo puedan ser trasladados a su país de origen para cumplir condena, siempre que ambos Estados hayan suscrito el Convenio, que el penado o su representante legal preste su consentimiento, así como el Estado donde haya sido condenado y el Estado de donde es natural o residente.

Los penados extranjeros pueden beneficiarse de un traslado al Estado de cumplimiento si cumplen los siguientes requisitos: (1) Si se le considera súbdito del Estado de cumplimiento; (2) Si es firme la decisión judicial por la que ha sido condenado; (3) Si le queda por cumplir seis meses al menos de su pena, aunque en circunstancias excepcionales esta duración puede ser inferior; (4) Si la infracción por la que ha sido juzgado constituye una infracción en virtud de la ley del Estado de cumplimiento.

En el ámbito de las relaciones bilaterales entre España y Marruecos, se dispone de un Convenio relativo a la asistencia de personas detenidas y al traslado de personas condenadas, firmado el día 30 de mayo de 1997, que sirve de marco a la medida que comentamos. Se adapta en lo sustancial al Convenio de Estrasburgo antes citado. Su art. 4 impone como condiciones para el traslado de reclusos a su país de origen, la doble incriminación, la firmeza de la ejecutoria, ser nacional del país al que se pretende el traslado, el acuerdo de ambos Estados y el consentimiento del interesado. Se excluyen algunos delitos (por ejemplo, el incumplimiento de obligaciones de carácter militar), y se impone que quede por cumplir al menos un año de prisión. El cumplimiento del resto de condena se adaptará, lógicamente, a la legislación del Estado de cumplimiento.

3.9. LA EXPULSION ADMINISTRATIVA CONSECUENCIA DE UNA CONDENA PENAL.

Los reclusos extranjeros que han extinguido sus condenas y, por tanto, su relación jurídica con la Administración Penitenciaria y con la Administración de Justicia, pueden quedar sujetos, en cambio, a lo dispuesto en la legislación de extranjería sobre la expulsión administrativa, sin que el Tribunal sentenciador o el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria tenga ya competencia alguna al respecto.

La legislación española ha sido fluctuante en la materia, esto es, ha habido fases en las que a la comisión de un hecho delictivo no se anudaba posteriormente la sanción administrativa de expulsión y otras, como la presente, en la que los autores de hechos delictivos de determinada entidad no solo se les sanciona penalmente, sino que, caso de darse cumplimiento efectivo a la condena,

posteriormente son expulsados por la autoridad administrativa. Así lo dispone el vigente art. 57.2, a cuyo tenor: "*Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados*".

Esta causa de expulsión había sido considerada por algunos autores como vulneradora del principio non bis in idem al sancionar doblemente por un mismo hecho -la comisión de un delito-, pues el extranjero penado en nuestro país, en el caso de no ser expulsado judicialmente durante el cumplimiento de la condena, con posterioridad a ese cumplimiento podía ser expulsado por vía gubernativa, precisamente por haber sido condenado. La jurisprudencia constitucional que ha examinado el alcance del non bis in ídem se refiere a la exigencia de una triple identidad: subjetiva, fáctica y causal o de fundamento, siendo claro que aquí concurren las dos primeras (la sanción de expulsión recae sobre el mismo sujeto y por los mismos hechos que motivaron la condena penal) y sólo cabría cuestionar si existe o no identidad de fundamento. A favor de la identidad se puede argumentar que ningún precepto de la legislación en materia de extranjería permite asignar a esta expulsión un fundamento que no sea la propia comisión del delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año; es decir, no existe una previa tipificación de conducta a la que se anude la sanción sino que se aplica ésta como efecto añadido a la condena penal.

Por razones que solo se explican quizás desde una perspectiva defensista (si el legislador puede sancionar con la expulsión conductas infractoras de diversa naturaleza y entidad, con mayor motivo resulta justificado que se aplique la expulsión con ocasión de la comisión de un delito) no ha sido estimado tal criterio por el legislador del año 2003, siendo así que para dar efectividad a tal medida, el art. 26 del Reglamento Penitenciario establece que "*En el caso de que el penado fuese un extranjero sujeto a medida de expulsión posterior al cumplimiento de la condena, conforme a lo dispuesto en la legislación de extranjería, el Director notificará, con una antelación de tres meses o en el momento de formular la propuesta de libertad definitiva a que se refiere el art. 24.2, la fecha previsible de extinción de la condena a la Autoridad competente, para que provea lo necesario con arreglo a lo dispuesto en la legislación vigente*".

En todo caso, una cosa es que en caso de delitos cometidos por extranjeros pueda resultar procedente su expulsión como alternativa al cumplimiento de la pena y otra muy distinta que el extranjero que comete el delito deba, una vez cumplida la pena impuesta, sufrir una sanción administrativa adicional, cuando el fin de la pena impuesta es la rehabilitación y resocialización.

Nótese, por último, que la expulsión se contradice con la propia legislación de extranjería que contempla en el art. 31.4 de la Ley la posibilidad de que se renueve el permiso de residencia a los extranjeros condenados por la comisión de un delito que hayan cumplido la condena, hayan sido indultados o se encuentren en situación de remisión condicional de la pena.

La ADQUISICIÓN de la NACIONALIDAD ESPAÑOLA

Mª Dolores Cervilla Garzón
Profesora titular Derecho Civil
Universidad de Cádiz

1. EL CONCEPTO DE NACIONALIDAD Y SU RÉGIMEN JURÍDICO.

La nacionalidad supone la especial vinculación que un sujeto tiene con un pueblo, con una nación, y su trascendencia radica en que afecta a la capacidad de obrar. Es, pues, la nacionalidad, un estado civil de las personas, que dota, al que lo ostenta, de una posición especial y privilegiada frente a aquellos otros que, o bien gozan de una nacionalidad diferente (y, por tanto, tienen el carácter de extranjeros), o carecen de nacionalidad alguna (apátridas). Sirve, en definitiva, para construir el *status* personal del sujeto que la posee. El art. 9,1 del CC es claro al entender que *La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad, el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.* Ser nacional de un país significa ser miembro de su comunidad y, en palabras de la sentencia del TS de 10 febrero 1926 implica "un vínculo jurídico entre los individuos y la nación respectiva, engendrador de derechos mutuos de carácter público y privado; así como los derechos correlativos".

La nacionalidad es, además, un derecho y como tal se reconoce desde la Declaración de los Derechos Humanos que, textualmente, dice en su art. 15: *1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiar de nacionalidad*.

Tradicionalmente el concepto de "nacionalidad" figura unido al concepto de estado o nación; de forma que son conceptos identificables: no hay nación sin nacionales o viceversa. Sin embargo, se está consolidando la idea de "nacionalidad" (mejor dicho "ciudadanía") unida, no ya a un Estado, sino a un grupo de Estados con unas ciertas características. Así, el art. 8.1 de la Constitución Europea, dice que *Toda persona que ostenta la nacionalidad de un Estado miembro poseerá la ciudadanía de la Unión, que se añadirá a la ciudadanía nacional sin sustituirla.* Esta idea de pertenencia a la Unión Europea, elevada a la categoría de *ciudadanía* y compatible con la nacionalidad de cada uno de los sujetos, traerá como consecuencia la especial consideración del extranjero nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, que ostenta u *status* superior y diferente de cualquier otro extranjero, cuando ambos se encuentran en territorio español.

La idea de "nacional" se construye y sustenta frente al concepto de "no nacional" o extranjero. Si el nacional tiene una mayor capacidad, tanto en la vertiente pública como en la privada, lo es porque convive con otros sujetos extranjeros, frente a los cuales ostenta una situación jurídica de privilegio. Aunque, según la LO 3/2000, de 11 de enero, en su art. 1.1 *Se considera extranjero, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*, (y que no implica poseer otra nacionalidad diferente a la española, pues también es posible carecer de nacionalidad, lo que se llama apátrida) no todos los extranjeros son iguales entre sí.

Desde esta perspectiva, podemos distinguir tres categorías entre los extranjeros.

- Extranjeros nacionales de un país de la unión europea, con un status especial, y que puede quedar más definido una vez entre en vigor la Constitución Europea. La LO 14/2003, de 20 de noviembre, que modifica, parcialmente, la LO 3/2000, añade un tercer párrafo al art. 1, con el siguiente texto: *Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que le sea favorable.*

- Extranjeros de países con los que España tiene concertados Tratados Internacionales a efectos de reconocimiento doble nacionalidad, o con otras consecuencias, como la reducción plazos residencia a los efectos de adquirir la nacionalidad por esta vía. Así, el párrafo 2 del art. 1, de la LO 3/2000, introducido por la LO 8/ 2000 de 22 de diciembre, dice *Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados Internacionales en los que España sea parte.*

- Extranjeros de otros países.

La nacionalidad, su régimen jurídico a los efectos de la adquisición, se encuentra en la Constitución Española, el Código Civil, en la LO 3/2000, modificada en dos ocasiones (por la LO 8/2000 y la LO 14/2000), así como en la LRC y su Reglamento. De la conjugación e interpretación de sus preceptos nos valdremos para abordar el análisis de los epígrafes que siguen.

2. NORMAS DE ADQUIRIR LA NACIONALIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Para muchos extranjeros con los que convivimos en suelo español, la adquisición de la nacionalidad es una de sus máximas aspiraciones, habida cuenta su situación de inmigrantes, muchos de ellos sin legalizar. Pero no siempre la adquisición de la nacionalidad española va unida a una situación de precariedad, marginalidad o ilegalidad. A veces el deseo de ser españoles tiene un origen sentimental (descendientes de españoles que residen fuera de nuestras fronteras) o se suscita por otros motivos, algunos muy variopintos (caso de deportistas que se nacionalizan en España a fin de eludir la prohibición de un cierto número de extranjeros en los equipos de football, por ejemplo).

Con carácter general, y siguiendo el dictado del art. 11.1 CE (*La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la Ley)*, pasaremos a desglosar, de forma sintética, los modos de adquirir la nacionalidad española contemplado en nuestras leyes:

- Adquisición originaria

Llamaremos adquisición originaria de la nacionalidad a la que adquiere el sujeto desde su nacimiento. Dicha adquisición puede tener lugar por ser hijo de español, bien biológico bien adoptivo, o, subsidiariamente, por nacer en territorio español de unos progenitores carentes de nacionalidad (apátridas), o si bien poseyendo una nacionalidad las leyes del país no le otorgan ninguna nacionalidad al nacido, o sin que esté determinada la filiación (art. 17 CC). A estas dos formas de adquisición originaria se le conoce como adquisición por *ius sanguini* y adquisición por *ius solii*, respectivamente.

- Adquisición derivativa

El sujeto adquiere la nacionalidad española de forma derivativa cuando tiene lugar en un momento jurídico posterior al nacimiento. Ello permite a sujetos no nacidos españoles, que se "hagan" españoles, siempre que se den una serie de requisitos y/o formalismos.

Nuestra legislación contempla cuatro formas o vías para adquirir la nacionalidad derivativamente:

1. Opción (art. 20 CC). Consiste en una declaración del sujeto beneficiado por el derecho a optar por la nacionalidad española, ejercitando en tiempo y forma tal derecho cuya consecuencia es la adquisición de la nacionalidad española.

2. Posesión de estado (art. 18 CC). Se permite al sujeto que durante diez años a actuado como nacional español en base a un título

inscrito en el Registro Civil, adquirir la nacionalidad que nunca tuvo, si se acredita que dicho título es inválido por cualquier causa.

3. Carta de naturaleza (art.21.1 CC). El gobierno puede otorgar la nacionalidad española en circunstancias excepcionales por medio de Real Decreto de forma discrecional.

4. Residencia (arts. 21.2, 3 y 4 y 22). Cuando un sujeto lleva residiendo en España un determinado periodo de tiempo, y justificado por una presunción de integración en la comunidad, es posible que, si así lo desea, pueda adquirir la nacionalidad española por residencia.

En todos los supuestos descritos (a excepción de la adquisición por residencia), además, de los requisitos específicos de cada figura, y según lo dispuesto en el art. 23 CC, el sujeto debe ser mayor de 14 años y capaz para jurar o prometer fidelidad al Rey, Constitución y Leyes españolas, renunciar a la anterior nacionalidad (a no ser que sea nacional de países con los que exista convenio de doble nacionalidad) e inscripción en el Registro Civil.

3. LOS ESPAÑOLES DE ORIGEN Y SU *STATUS* PRIVILEGIADO.

Hemos puesto de manifiesto como el sujeto puede ostentar diferente posición jurídica, con respecto a sus derechos y deberes, en relación a un determinado Estado. Así, hemos distinguido entre nacional y extranjero, como estados civiles que afectan a la capacidad de obrar. Sin embargo, es posible, a su vez, diferenciar categorías de extranjeros, tal y como hemos visto, según su nacionalidad lo sea de un país de la Unión Europea, un país con convenio o tratado firmado con España y, finalmente, el resto de los extranjeros. Pero dentro de la categoría de los nacionales, no podemos menos que constatar que existe un trato de privilegio para los llamados españoles de origen.

Dicho trato privilegiado ya existía con anterioridad a nuestra Constitución; así, sólo los españoles de origen podían adquirir la doble nacionalidad por convenio, o no podían ser sancionados con la pérdida de la nacionalidad (aunque se diesen los presupuestos para ello), ya que dicha pena estaba reservada para los españoles no de origen.

Las diferencias de trato descritas se mantienen tras la Constitución de 1978. Efectivamente, el art. 11.2 establece que *Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad* y el art. 11.3, en relación a la posibilidad de que España concierte tratados de doble nacionalidad con países iberoamericanos dispone que, en dichos Estados *podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen*. No obstante, en la reciente modificación del Código

Civil en materia de nacionalidad, por obra de la Ley 36/2002, de 8 de octubre, se ha eliminado el art. 25.1 a) CC que contemplaba la pérdida de la nacionalidad española por sentencia firme, para los españoles que no lo fueran de origen. La citada supresión obedece a una mejora del texto, para adecuarlo a la modificación del C Penal de 1995 que había eliminado de su articulado la pérdida de la nacionalidad como sanción penal.

Parece claro que será español de origen todo aquel que lo sea desde su nacimiento, es decir, desde que adquiere la personalidad por nacer con las características del art. 30 del CC. Pero también es posible, por medio de una ficción, otorgar la categoría de español de origen a sujetos, no nacidos españoles, pero en los que concurren una serie de circunstancias excepcionales que justifican que el legislador les conceda la citada categoría. Según, pues, lo dispuesto en el CC, son tres los supuestos en los que el sujeto puede adquirir la nacionalidad española de origen después del nacimiento, y por obra de la ley:

1. El menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere la nacionalidad española de origen desde la adopción, y no desde el nacimiento (art. 19,1 CC).

2. Mayor de dieciocho años adoptado por español puede, en el plazo de dos años, optar por la nacionalidad de origen que le será reconocida desde la fecha de la adopción (art. 19.2 CC).

3. Mayor de dieciocho años que, tras cumplir dicha edad, se determina su filiación o nacimiento, puede optar, en el plazo de dos años, por la nacionalidad española de origen (art. 17,2 CC).

También podemos cuestionarnos, y tal y como lo ha hecho la DGRN, si es posible adquirir la nacionalidad de origen antes del nacimiento, por aplicación de la regla general contenida en el art. 29 CC en virtud de la cual *al concebido se le tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente.* La DGRN ha contestado en tres ocasiones (RDGRN 31 de marzo 1992, 12 de julio 1993 y 7 de septiembre 2001) y de forma afirmativa, a peticiones de reconocimiento de adquisición de la nacionalidad de origen de un sujeto que fue concebido por españoles, que, sin embargo, habían perdido la nacionalidad española antes de nacer su hijo. En definitiva, el concebido no nacido era español de origen, en la medida que sus progenitores lo eran en el momento de la concepción, pero nació extranjero, habida cuenta que, al momento de su nacimiento, sus padres habían perdido la nacionalidad española.

De las tres resoluciones me referiré a la última, en la medida que recoge y completa la doctrina contenida en las anteriores. Los hechos que llegan a la DGRN son los siguientes: un sujeto solicita la opción por la nacionalidad española y la inscripción de su nacimiento, por entender que es hijo de español, y, por tanto, y tal y como establecía el modificado art. 17.2 CC: *Son españoles los hijos los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España.* El recurrente nació a los tres meses y once días de que su padre obtuviera la nacionalidad argentina, lo que hace presuponer, sin mucha dificultad, que cuando fue concebido su progenitor era de nacionalidad española. Solicita, pues, le sea de aplicación la regla del art. 29 CC, lo que le permitiría ser considerado español, aunque fuera nacido de extranjero.

La DGRN sintetiza, en las siguientes palabras, su doctrina, contenida en las resoluciones ya citadas, que perfila y completa:

"En efecto, aunque el texto hable de "nacidos", hay que entender que el art. 29 contiene una regla general de protección en el campo civil del concebido, que no tiene por qué agotarse en la esfera patrimonial, por lo que si el progenitor era español en la fecha de la concepción, pero ha perdido esta nacionalidad cuando tiene lugar el nacimiento, nada impide considerar al nacido como español a la vista de la retroactividad de los efectos del nacimiento al momento de su concepción que preconiza el citado art. 29 CC. Además, que la cuestión "le sea favorable" es evidente, ya que si invoca la nacionalidad española del padre es que obviamente le beneficia".

Teniendo presente, pues, lo anterior, y a pesar de que no existe unanimidad en la doctrina científica, podemos afirmar que la nacionalidad española originaria *iure sanguini* se adquiere no sólo teniendo en cuenta el hecho físico del nacimiento, sino que también, se tendrá en cuenta el momento de la concepción aunque sus efectos lo serán sólo desde el nacimiento (LALAGUNA DOMÍNGUEZ).

Sentada pues las diferentes vías de adquisición de la nacionalidad española de origen y habiendo puesto de manifiesto el *status* privilegiado de este tipo de españoles, sólo queda preguntarnos si es constitucional o no, por atentatorio al principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE, esta diferencia de trato dentro de los nacionales. En este sentido existe unanimidad doctrinal en calificar como no discriminatorio dicho trato, ya desde la propia doctrina sobre tal principio emitida por el propio Tribunal Constitucional (PEÑA BERNALDO DE QUIROS dice que lo que prohíbe el precepto no es el trato diferencial sino que no exista una justificación razonable u objetiva para que dicho trato diferencial tenga lugar), ya desde el propio texto de la Constitución, que admite no sólo en el propio art. 11 CE , sino también en el 60.1 CE, dicha diferencia entre ambas categorías de españoles (PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ

añade que carecería de sentido tachar como de inconstitucional unos preceptos constitucionales). Como dice la sentencia del TS de 1 de julio 1994: "La nacionalidad española de origen constituye, pues, hoy una categoría legal que justifica en todo caso un régimen privilegiado respecto de otras nacionalidades españolas adquiridas".

4. LA RESIDENCIA COMO PRESUPUESTO PARA LA ADQUISICIÓN DERIVATIVA DE LA NACIONALIDAD.

En nuestro ordenamiento jurídico, como hemos avanzado, es posible adquirir la nacionalidad si el sujeto ha residido durante determinados plazos en nuestro país. Plazos que varían según las circunstancias del sujeto, y que oscilan en periodos de diez a un año. Es ésta, con toda seguridad, la forma más frecuente de adquisición derivativa de la nacionalidad española, y tiene su justificación en la presunción del legislador de que el sujeto que reside durante periodos continuados en España se encuentra integrado en nuestra comunidad lo que justifica, si solicita la adquisición de la nacionalidad española, su concesión.

En relación a la legitimación activa para solicitar la adquisición de la nacionalidad por residencia, se planteó si lo estaba, en virtud del mecanismo de la representación legal, la madre, de nacionalidad marroquí, separada de hecho de su esposo marroquí, que la solicitaba para su hijo menor contra la oposición de su marido y padre. La RDGRN de 10 de octubre 1994 fue clara y determinante al negarle la legitimación activa ya que "no parece razonable privar al padre de su intervención en una cuestión tan importante como la adquisición de nacionalidad por sus hijos".

La adquisición de la nacionalidad por residencia ha sido parcialmente modificada por la Ley 36/2002 como tendremos ocasión de comprobar.

Pero con independencia del análisis pormenorizado de los supuestos abordados en nuestros textos legales, es necesario, y con carácter previo, analiza una cuestión elemental y que actúa como presupuesto común a todos los supuestos de adquisición de la nacionalidad por residencia: el concepto de residencia y los requisitos que deben concurrir en ésta para que sea válida a los efectos de la adquisición de la nacionalidad española.

4.1. EL CONCEPTO DE RESIDENCIA A LOS EFECTOS DE LA ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA.

Era voluntad del legislador introducir en la última reforma en materia de nacionalidad operada por la ley 36/2002, modificaciones en torno al concepto de residencia. Efectivamente, en la propia Exposición de Motivos de la ley lo anuncia

al decir que *la modificación introducida en el art. 22.3 tiene por objeto dejar sentado que la residencia, a efectos de servir de base para la adquisición de la nacionalidad española, ha de ser efectiva…*, sin embargo "olvida" llevar a cabo la modificación anunciada y el art. 22.3 CC continúa inalterable.

Así, dice el citado artículo: *En todos los casos la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.* Para la interpretación de este precepto debemos tener en particular consideración la sentencia del TS de 19 de septiembre de 1988, no sólo por las aportaciones que en ella se contienen, sino porque a ella se alude, expresamente, en la Exposición de Motivos de la ley 36/2002 (dice, textualmente: "Por otro lado, la reforma es acorde con los planteamientos de la sentencia del TS de 19 de noviembre 1988, que concibe el requisito de residir como la prueba de que existe, en el ánimo del interesado, la voluntad de integrarse en la comunidad española").

4.1.1 Residencia "legal".

A pesar de que un sector de la doctrina no lo entiende así, existe otro sector (DIEZ PICAZO, FERNÁNDEZ ROZAS, entre otros), con mayor peso y argumentos (a los que me sumo) que interpreta el adjetivo de la "legalidad", de forma estricta y gramatical, entendiendo que hace referencia a la situación del sujeto que reside en nuestro país, si ésta es conforme con los visados, permisos y/o autorizaciones necesarias para ello o no. Ello supone que, en ningún caso, podrá computarse el tiempo que el sujeto ha residido de hecho en España, pero carente de cualquier documento que lo autorice a ello. A tal fin, habremos de acudir a la LO 3/2000, modificada por LO 8/2000 y 14/2003, donde se regulan todas las situaciones en las que un extranjero puede residir en nuestro país, bien con finalidad de trabajar en él, bien sólo a los efectos de mera permanencia, sólo o con su familia. En este sentido, la LO 3/2000 en su art. 29, introducido por la reforma de la LO 14/2003, distingue dos situaciones del extranjero: estancia (art. 30,1 permanencia 90 días máximo, con excepción régimen estudiantes; sobre el régimen de estudiantes la RDGRN 5 noviembre 2003) y residencia. Esta última será temporal o permanente según las características (art. 30 bis). En todas ellas el extranjero precisa, según los casos, de un permiso o visado que lo autorice a permanecer en España.

La comentada sentencia de 19 septiembre 1988 se suma a la tesis mayoritaria al entender que "… no basta, al objeto indicado, cualquier estancia o permanencia en territorio español, aunque sea legal, sino que ha de tratarse de "residencia legal", entendiendo por tal únicamente la que se encuentra amparada por el correspondiente permisa de permanencia o autorización de residencia…".

4.1.2. Residencia permanente

El concepto de continuidad en la residencia se debe interpretar de forma flexible y no implica que, necesariamente, el sujeto haya tenido que estar en nuestro país todos y cada uno de los días que indica el plazo temporal legalmente establecido. Por lo que es posible que se entienda cumplido, aunque el sujeto se haya desplazado al extranjero ocasionalmente por motivos laborales u otros.

Así, la sentencia del TS de 19 de septiembre 1988, al preguntarse si se ha cumplido el requisito de la continuidad lo niega al comprobarse que, de los diez años requeridos en la ley, el sujeto había estado fuera de nuestro territorio 513 días. Reproducimos, a continuación, la argumentación empleada por el Tribunal Supremo sobre dicho requisito: "Si bien es cierto ... que el requisito de la continuidad en la residencia o presencia física no deja de considerarse existente por el hecho de que el interesado haya tenido que realizar, durante el periodo de tiempo contemplado, cortos y esporádicos viajes o salidas al extranjero, tal permisión o falta de aplicación *ex lege* de un límite a la duración y frecuencia de los mismos, no puede por menos de merecer una interpretación y aplicación restrictiva, que ha de ser ponderada bajo la perspectiva de la accidentalidad o no frecuencia en su realización, de la brevedad en su duración y de la justificación en sus motivos, pues mantener un criterio y permiso en esta materia, además de ser contrario a la *ratio legis* del precepto regulador de esta forma de adquisición de la nacionalidad, que, como prueba del ánimo del interesado de integrarse en la comunidad española, exige expresamente que su residencia sea continuada, lo que es sinónimo de no interrumpida ..."

4.2. LOS SUPUESTOS LEGALES DE ADQUISICIÓN DE LA NACIONALIDAD ESPAÑOLA POR RESIDENCIA.

El art. 22 del CC se dedica a describir los plazos legales de residencia exigidos a los efectos de adquisición de la nacionalidad. En este sentido, contiene un plazo general de diez años, que se reduce a cinco, dos y uno según concurran en el sujeto una serie de circunstancias que pasamos a describir:

a) Cinco años para los que tengan la condición de refugiado.

La condición de refugiado se adquiere y regula por la ley 9/1994, de 19 de mayo, que modificó la ley 5/1984 de 26 de marzo, cuyo reglamento de aplicación es de 10 de febrero de 1995. Asimismo, el art. 34.3 de la LO 4/2000, reformado por la LO 8/2000, dice sobre el particular que: *La resolución*

favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales, y mercantiles de conformidad con lo dispuesto… Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del art. 23 de la Convención sobre el Estatuto de Refugiados hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.

b) Dos años para los nacionales de determinados países.

La ley permite reducir el plazo a los nacionales de países con una especial vinculación con España. Concretamente enumera el precepto: países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal. También se refiere a la comunidad sefardí como beneficiaria de este trato especial.

c) Un año para una serie de supuestos.

El art. 22.2 CC contiene diferentes situaciones en las que pudiera estar un extranjero y que le permiten poder adquirir la nacionalidad española residiendo sólo un año en territorio español.

1. En primer lugar concede esta posibilidad al sujeto que, aún habiendo nacido en España, no adquirió la nacionalidad española por cualquier motivo (por ejemplo, hijo de extranjeros residentes en España o que, ocasionalmente, se encontraban en España cuando tuvo lugar el parto). El legislador, con esta excepción a la regla general, está concediendo relevancia al *ius solii*, no para imponer la nacionalidad española, sino para permitir que puedan estos sujetos, y por el mero hecho físico de haber nacido en territorio español, solicitar la nacionalidad española si han residido, previamente, un año en nuestro país.

2. En segundo lugar, se permite al sujeto que, habiéndosele reconocido por ley el derecho a optar por la nacionalidad española, no lo hubiera hecho en tiempo y forma, por lo que el derecho de opción ha caducado. Con esta excepción el legislador le da una "segunda oportunidad" permitiéndole esta reducción del plazo para la solicitud de la nacionalidad española por residencia.

3. En tercer lugar, los apartados c), d) y e) contienen relaciones afectivas y/o familiares entre el extranjero y un español, en base a las cuales, se permite al extranjero beneficiarse de la reducción del plazo a un año para adquirir la nacionalidad española. Estas

situaciones familiares previas o coexistentes son: haber estado sometido (o estarlo al momento de la solicitud) a tutela, acogimiento o guarda de un español (o de una institución española) durante dos años consecutivos, llevar un año casado previo a la solicitud, con español (y no estar, por supuesto separado de hecho ni legal) y el viudo o viuda de español (siempre que no hubiera existido separación legal o de hecho con su cónyuge).

4. Finalmente, el apartado f) introducido por obra de la reforma llevada a cabo por la ley 36/2002. En este precepto se amplia a los nietos de españoles de origen la posibilidad de adquirir la nacionalidad española por residencia de un año, cuando el texto modificado lo permitía sólo para los hijos de españoles de origen.

4.3. LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE.

Está legitimado para resolver el Ministerio de Justicia que delega en la DGRN, previa la tramitación del pertinente expediente conforme al art. 63.1 LRC y 220 y ss del RRC. El Juez encargado del registro Civil, al que se eleva la solicitud, sólo tiene competencias en orden a la instrucción del expediente, careciendo de competencias resolutorias, pues, una vez concluido, deberá elevarlo a la DGRN a los efectos de que ésta resuelva (RDGRN 11 febrero 1995 y 1 marzo 1995).

En la solicitud se deberán, necesariamente, incluir una serie de datos recogidos en el art. 220 RRC, de los no todos deben probarse. Sí debe ser objeto de prueba (y a parte de los datos y circunstancias personales), el periodo de residencia (a ser posible por información del Gobierno Civil o de la Dirección General de Policía del Ministerio del Interior) así como si concurren circunstancias que reducen el plazo general de diez años, y otras que demuestran su integración en la cultura española (conocimiento del castellano, por ejemplo).

Una vez analizadas las pruebas y alegaciones y resuelto el expediente por la DGRN (que debe ser expreso si accede a la solicitud, ya que el silencio será negativo en el plazo de un año), si accede a la solicitud, el interesado cuenta con 180 días a contar a partir de la notificación, para formalizar la adquisición de la nacionalidad, renunciar a la anterior (si fuera necesario), así como para llevar a cabo los formalismos pertinentes. Este plazo es de caducidad, pasado el cual el sujeto no podrá formalizar la nacionalidad española, habiendo perdido su derecho (RDGRN 16 de septiembre 2002).

5. EL DERECHO DE OPCIÓN.

La ley concede a determinadas personas la posibilidad de, por medio de una declaración de voluntar, optar por la nacionalidad española, sin exigir, para ello una previa residencia o integración en nuestro país, en el art. 20 CC. Tras la reforma de este precepto por la ley 36/2002, podemos distinguir dos formas diferentes de ejercitar y/o ser beneficiarios del derecho de opción.

En primer lugar el grupo representados por sujetos con relación de dependencia familiar de un español: personas que estén o hayan estado sujetas a patria potestad de un español (por ejemplo, hijo de un español y un extranjero que, según la ley personal del progenitor extranjero, adquiere su nacionalidad), filiación o nacimiento determinado después de los dieciocho años o adoptado por español después de dicha edad. Este derecho de opción es un derecho que debe ejercitarse en unos periodos de tiempos, según las circunstancia, pero que, en cualquier caso, caduca dos años después de la mayoría de edad o recuperación de la capacidad, o a los dos años de la adopción o determinación de la filiación o lugar de nacimiento.

En segundo lugar, la ley 36/2002 introduce un nuevo grupo de extranjeros beneficiados del derecho a optar por la nacionalidad española, sin límite temporal alguno, y que es llamado por SAGARRA TRÍAS "derecho de opción expectante" y que se prolonga durante toda la vida del titular. Son favorecidos por este trato *aquellos cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España* (art. 20.1 b). No se requiere sólo que sus progenitores fueran españoles desde su nacimiento, sino que además, hubieran nacido físicamente en territorio español; no afecta, pues, a los nietos de inmigrantes, beneficiados por la reforma al permitirle, tal y como hemos visto, poder adquirir la nacionalidad española con el sólo requisito de la residencia previa de un año. El colectivo destinatario de la inclusión es el formado por hijos de inmigrantes, originariamente españoles, nacidos en España, que perdieron o renunciaron a la nacionalidad española, por lo que no pudieron trasmitirla a sus descendientes. A estos, por obra de la reforma, se le concede un derecho de opción vitalicio que pueden ejercitar, si lo desean, en cualquier momento de su existencia. SAGARRA TRÍAS, por ello, entiende que se ha concedido un nuevo derecho al nasciturus (y al concepturus, añadiría), que pueden optar *sine die* por la nacionalidad española.

Esta nueva regulación tiene como consecuencia una diferencia de trato entre españoles originarios, que pierden la nacionalidad española, según hubieran o no nacido en España. Sólo en el primer caso transmitirán a sus hijos ese nuevo derecho de opción.

6. LA POSESIÓN DE ESTADO Y SUS CONSECUENCIAS: EL CASO DEL SAHARA.

De una forma muy estricta contempla nuestro CC la posibilidad de adquirir la nacionalidad española como consecuencia de la llamada "posesión de estado" a la que alude el art. 18 CC. Para que sea procedente es necesaria la concurrencia de tres requisitos:

- Posesión de estado de nacional español durante diez años.
- Buena fe, entendida como convencimiento de que se comporta como nacional español porque, efectivamente, lo es.
- Existencia de título inscrito en el Registro civil, aunque, posteriormente, se anule el título que lo originó.

Con este precepto el legislador protege a la apariencia siempre que, además, concurran ciertos requisitos jurídicos. Ciertamente, y tal y como está redactado el texto del artículo, parece muy difícil su operatividad, lo que la convierte en una forma extremadamente rara de adquirir la nacionalidad española.

Sin embargo, ha sido utilizada por el TS para dar respuesta a una petición de reconocimiento de nacionalidad española de un saharaui; la citada sentencia ha dado lugar a numerosos comentarios en la doctrina, por la particularidad de sus razonamientos así como por utilizar una técnica poco ortodoxa.

El sujeto recurrente lo hace por entender que la resolución de la DGRN que le deniega la adquisición originaria de la nacionalidad es discriminatoria y atenta contra el art. 14 de la CE. Los hechos que la generan son los siguientes:

El recurrente nacido en El Aaiun (Sahara) en 1950, había sido inscrito en el Registro civil local como "español indígena"; no obstante, en 1993 cuando solicita inscripción de nacimiento recibe del Registro Central una respuesta negativa pues "no figura dato alguno de la inscripción que se menciona". Tenía pasaporte español desde 1973 y DNI; además, durante su vida laboral había desempeñado diversos cargos al servicio de la administración española en la colonia (intérprete en el juzgado territorial español, auxiliar administrativo en la delegación Provincial del Sahara del Ministerio de Trabajo, Jefe Territorial de la Organización juvenil del Sahara…).

El TS precisa, pues, analizar si han concurrido los presupuestos que exige el art. 18 CC para, en caso de respuesta afirmativa, constatar la existencia o no de trato discriminatorio. Al respecto, se desprende de los hechos probados, sin mucha dificultad, que el sujeto se comportaba como si fuera español; signos como disfrutar del pasaporte español, tener el DNI o trabajar como español al servicio de

la Administración española en el Sahara. Así, dice, textualmente, la citada sentencia: “Junto al “nomen”, en efecto, D. acumuló “tractatus” y la “fama”, pues la comunidad nacional y el mismo se comportaron en sus relaciones internas como si fuera español, con una actitud activa de utilización de la nacionalidad, teniéndose a sí mismo por español tanto en el disfrute de sus derechos como en el cumplimiento de sus deberes en relación con órganos del Estado español”.

Más complicado resulta constatar la concurrencia de los demás requisitos exigidos en la norma: título inscrito en el Registro Civil. El Tribunal tiene que hacer un esfuerzo interpretativo y presuntivo para llegar a la conclusión de que sí existe título y que éste hubiera estado inscrito en el Registro civil (cuando el propio Registro central emite certificación negativa al respecto). Y así lo hace cuando dice la propia sentencia: “ El nacimiento que acreditaba su condición de “español indígena” se inscribió en el Registro civil, dado que, aunque no se aporta la certificación positiva correspondiente, la existencia de la referida inscripción se produce con toda certeza, según la prueba practicada y según la legislación aplicable, ponderando todas las circunstancias concretas …. Según toda la documentación que obraba en poder del actor e incorporada al litigio no puede dudarse que en el tracto que dibuja su trayectoria de vinculación a actividades, propias de los españoles, hubo de acreditarse, más de una vez, la inscripción de nacimiento, sin que el hecho de que por las circunstancias reseñadas no se haya podido acreditar la fecha en que se realizó la inscripción, aunque esta fuera practicada fuera de plazo pueda perjudicar al actor, a los efectos de impedir la consolidación de la posesión de hecho de su nacionalidad española, por plazo continuado de diez años, y conforme a la buena fe”.

A pesar, pues, de las críticas que se le puedan hacer a esta sentencia (GUZMÁN ZAPATER), hay que entenderla dentro del contexto histórico en el que tuvo lugar la descolonización del Sahara, así como el peculiar régimen jurídico imperante en la, entonces, colonia española. Además, hay que buscar, también, la justificación de este fallo, en que el sujeto recurrente no pudo ejercitar el derecho a optar por la nacionalidad española a los naturales saharauis que reconoció el Decreto 10 de agosto 1976; ya que esta norma diferenciaba según el beneficiario habitara en territorio nacional o fuera de este, no aludiendo a los que, como el recurrente, residían en el Sahara. Este último argumento ha sido empleado por la DGRN en pronunciamientos recientes (5/11/05, 10/11/05 y 28!12/05) de solicitudes de saharauis al amparo de la doctrina de la sentencia de 28 octubre 1998, denegadas porque los solicitantes de la nacionalidad por posesión de estado ex art. 18 CC, no residían en el Sahara en el momento de entrada en vigor del Decreto de 1976 por lo que, técnicamente, pudieron (y no lo hicieron) ejercitar el derecho de opción reconocido en la norma.

BIBLIOGRAFÍA

GUZMÁN ZAPATER, “Descolonización y nacionalidad: el caso saharaui”, Revista de Derecho Privado, 2000, pp. 200 y ss.
LALAGUNA DOMÍNGUEZ, “Adquisición de la nacionalidad española determinada por el momento de la concepción”, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LV, 1 Diciembre 2001, nº 1906, pp. 3799 y ss.
LINACERO DE LA FUENTE, “La nacionalidad. Comentario a la Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad”, Revista de Derecho Privado, julio-agosto 2004, pp. 413 y ss.
PÉREZ DE VARGAS Y MUÑOZ, “Nacionalidad y extranjería: algunos aspectos civiles”, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LV, 15 Diciembre 2001, nº 1907, pp. 4053 y ss.
SAGARRA TRIAS, “Modificación de la regulación de la nacionalidad española en el Código Civil”, Revista Jurídica de Cataluña, 2003-2, pp. 63 y ss.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

TS 10 febrero 1926
TS 19 de septiembre de 1988
TS 1 de julio 1994
TS 28 octubre 1998

DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

DGRN 31 de marzo 1992
DGRN12 de julio 1993
DGRN10 de octubre 1994
DGRN 11 febrero 1995
DGRN 1 marzo 1995
DGRN 7 de septiembre 2001
DGRN 16 de septiembre 2002
DGRN 5 noviembre 2003
DGRN 5 noviembre 2005
DGRN 10 noviembre 2005
DGRN 28 diciembre 2005.

Las POLÍTICAS EUROPEAS de INTEGRACIÓN de los INMIGRANTES

Jamal Benamar
Profesor de la Universidad Malek Essadi
Tánger

1. LA EUROPA DE LA INMIGRACIÓN

Europa es hoy el primer continente en materia de inmigración con 1,7 millones de entradas legales en el 2000 según la OCDE (Organización de Cooperación y de Desarrollo Económicos). Estados Unidos y Canadá reunidos cuentan con un poco más de un millón de inmigrantes legales durante el mismo año. Según la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) en el 2004, 56 millones de inmigrantes vivían en Europa de los cuales 27,5 millones son activos. Los Estados europeos que eran tradicionalmente países de emigración como Italia, España o Portugal son hoy países de inmigración.

Estos movimientos de población, de carácter provisional, permanente, económico o en relación con la reagrupación familiar, no dejan indiferentes a los estados de las Unión Europea, mas aun, les obliga a pensar políticas de integración.

Desde el Tratado de Ámsterdam, de 1997 ratificado en 1999, las políticas de inmigración han dejado de ser competencia exclusiva de los Estados miembros. Así pues, la inmigración y la integración constituyen una de las tres prioridades de la acción de la Unión Europea definidas durante el Consejo Europeo de Tampere en octubre de 1999.

Recordando sus conclusiones de junio del 2003 (Salónica) y noviembre del 2004 (Bruselas), el Consejo Europeo ha acogido favorablemente el establecimiento de unos principios básicos comunes para la política de los estados miembros en materia de integración de los inmigrantes. Estos serán la base de un marco global de integración de los inmigrantes que tenga en cuenta la diversidad jurídica, política, económica, social y cultural de los Estados miembros. Deberán elaborarse a la luz de las experiencias comunes.

Sin embargo, los modelos de integración de las minorías puestos en marcha por los países europeos siguen siendo tributarios de la historia de cada Estado. Cada Estado define su propio marco legislativo y reglamentario (derechos civiles, sociales y políticos, libertades públicas) que constituye su marco nacional. La integración esta subordinada al acceso de los extranjeros a esas disposiciones, a las reglas del juego social.

La evolución de los flujos migratorios interroga a cada país europeo sobre el hueco que esta dispuesto a hacer a los inmigrantes en la sociedad, así como las medidas destinadas a facilitar su integración o su inserción o su inclusión en el mundo del trabajo. También se plantean a estos países los problemas derivados del alojamiento del inmigrante, de sus modos de vida (su cultura), de su salud, de la práctica de su religión, de su educación, de su naturalización, de su participación en la vida política y su distribución espacial a diferentes niveles.

El desafío de la integración consiste en otorgar a los inmigrantes de origen extranjero, residentes de forma permanente en los países europeos, medios verdaderos para poder participar en la vida nacional y europea. Ahora bien, la necesidad de ofrecer a los inmigrantes derechos y obligaciones comparables a los ciudadanos de la Unión, en la vida cultural, social, política o económica, necesita unas políticas públicas y la puesta en marcha de medidas de promoción, de ayuda y de acompañamiento dentro de un ancho espacio de tiempo que difieren todavía de un país al otro.

En la realidad, la Unión europea se encamina hacia un proceso de "comunitarización" de las políticas migratorias. Para abordar el tema de la integración comunitaria es necesario conocer primero las políticas de inmigración para intentar comprender después las políticas de integración de inmigrantes puestas en marcha en los principales países europeos, en los términos expuestos anteriormente (igualdad de oportunidades), y los efectos de esas políticas sobre las poblaciones originarias de la inmigración. Algunos ejemplos nos servirán para abordar la realidad de estas políticas de integración.

2. POLÍTICAS DE INMIGRACIÓN EN EUROPA

2.1 ACLARACIONES.

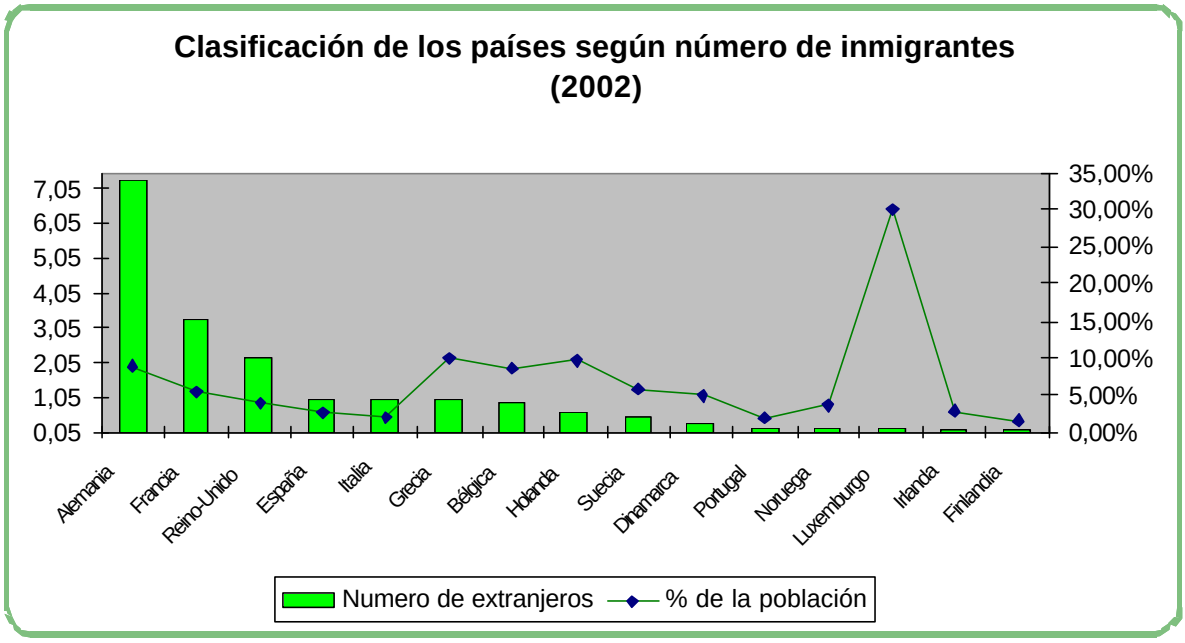
Si el concepto de « inmigración » puede emplearse siempre que nos referimos a un movimiento de población hacia un país de acogida y con intención de instalarse, el termino « inmigrante » es impreciso para ser utilizado sin algún tipo de riesgo.

Se define como inmigrante "toda persona nacida en el extranjero, de nacionalidad extranjera, que vive en el territorio nacional". Pero en la realidad, la acepción más utilizada para este término es más amplia. De hecho, el término de inmigrante parece más bien ligado a la diferencia de origen y no a un estatuto jurídico (al contrario de la noción de extranjero). Esto traduce un inconsciente colectivo que esconde una cierta imagen del mundo que opone Europa, Occidente, a los otros pueblos de la tierra.

La visión del inmigrante es pues indisociable de todo aquel que viene del tercer mundo y de todo lo que le distingue de la realidad europea: modo de vida, religión, tradiciones, lengua, apellidos, color de piel, nivel de riqueza,…La noción de inmigrante parece ligada a la diferencia.

2.2. POLÍTICAS SEGUIDAS POR LOS PAÍSES DE LA UNIÓN EUROPEA.

Aunque el fenómeno de la inmigración esta generalizado en todos los países de la Unión Europea, la historia, los tipos y la amplitud del mismo difieren de un país al otro. Algunos países pioneros en inmigración como Francia, Alemania, Holanda, Bélgica y Gran Bretaña empezaron a importar mano de obra a partir de la década de los cincuenta. Otros países como Portugal, Grecia, España, Irlanda e Italia viven recientemente, aunque de manera intensa, el fenómeno de la inmigración.



Elaboración propia
Fuente: « La Europa de las migraciones », Catherine Wihtol de Wenden, Agencia para el desarrollo de las relaciones interculturales, ed. Documentation française, 2002.

Clasificación de los países según el número de extranjeros

Países	Número de extranjeros	% de la población
Alemania	7,3 millones	8,9 %
Francia	3,3 millones	5,6 %
Reino-Unido	2,2 millones	3,8 %
España	1 millón	2,5%
Italia	1 millón	2,1 %
Grecia	1 millón	10 %
Bélgica	892 000	8,7 %
Holanda	662 000	9,6 %
Suecia	500 000	5,7 %
Dinamarca	256 000	4,9 %
Portugal	178 000	1,7 %
Noruega	165 000	3,7 %
Luxemburgo	160 000	30 %
Irlanda	110 000	3 %
Finlandia	85 000	1,6 %

Fuente: «La Europa de las migraciones », Catherine Wihtol de Wenden, Agencia para el desarrollo de las relaciones interculturales, ed. Documentation française, 2002.

La Europa de las migraciones se ha transformado profundamente en estos últimos años. La diversificación es la palabra clave de esta dinámica. El número de las nacionalidades en cuestión sigue aumentando. Los flujos son más variados. Nuevas redes aparecen intentando burlar el control del flujo y se apoyan en las vías de naturaleza económica, cultural, étnica o religiosa. Europa no se escapa del fenómeno de mundialización de las corrientes migratorias al que asistimos actualmente, fenómeno que concierne todos los continentes.

A pesar de la suspensión de los flujos migratorios de mano de obra acaecida en la mayoría de los países europeos en los años 1973 y 1974, la

movilidad no ha decrecido. Un número importante de países de inmigración están enfrentados a los movimientos de población de una misma naturaleza: reagrupación familiar, estudiantes, trabajadores temporales y huida de cerebros. Nuevos efectos llamada han acelerado esta movilidad, en particular la demanda sectorial de mano de obra, la escasez en algunos países de competencias o talentos, y por fin la regularización extraordinaria de los inmigrantes ilegales. Al mismo tiempo, otros factores empujan a los candidatos a la salida a marcharse: desestabilización de regímenes pobres y poco democráticos, crecimiento de una población joven y sin empleo, atracción hacia el mito del modo de vida occidental.

Los tipos de migraciones se han transformado fuertemente. A los trabajadores extranjeros de los años de crecimiento les sucedió el inmigrante instalado, pero también el demandante de asilo, las nuevas generaciones inmigrantes (ya se cuenta con la segunda e incluso la tercera), el inmigrante "migratorio". La proximidad es mas grande gracias a los medios de transportes mas rápidos y menos caros y a los flujos mediáticos, culturales y económicos. Sin embargo, la migración se hace cada vez difícil debido al cierre de las fronteras. Europa se quiere erigir en fortaleza.

Diversamente enfrentados a la mundialización de los flujos migratorios, los países de inmigración europeos han buscado a la vez dar respuestas nacionales al fenómeno y extraer las grandes líneas de su actuación de una mayor armonización a la escala europea. Pero, muy a menudo, las políticas de inmigración oscilan entre la "europeización" y el repliegue interior. Algunas iniciativas han sido llevadas a cabo con idea de convergencia, primero a escala intergubernamental, sea a nivel de algunos Estados y a modo experimental (acuerdos de Schengen cuya entrada en vigor efectiva fue en 1995), sea a nivel del conjunto de los Estados miembros (acuerdos de Trevi en Italia en 1992 sobre la colaboración policial internacional: nace Europol y convenios de Dublín en Irlanda en 1990 relativo a las solicitudes de asilo), después a nivel de la Unión Europea (acuerdos de Ámsterdam y Tampere, en 1999), unos mecanismos de intercambios de experiencias y de datos funcionan ya (**CIREA**, 1998: Centro de Información, Investigación e Intercambios en materia de Asilo, dejo de existir en el 2002 a raíz de la aparición de la red de la UE para expertos en asilo llamada **EURASIL**; **CIREFI**, 1998: Centro de Información, Investigación e Intercambios sobre el Paso de Fronteras e Inmigración y **EURODAC**, 2000 : Banco informatizado de datos con huellas dactilares de refugiados y solicitantes de asilo), se dibujan unas políticas semejantes (al margen de las disposiciones relativas a los ciudadanos de la Unión, podemos citar la política común de los visados, las disposiciones relativas al derecho de asilo, a la preagrupación familiar y a la estancia).

Sin embargo, subsisten divergencias importantes que obstaculizan la existencia de una política europea de inmigración más concertada e introducen

unos efectos perversos en las reglas del juego que suponen más homogeneidad. Podemos mencionar algunas:

1 Las disparidades en el derecho a la adquisición de la nacionalidad: países en los que prima el Ius Soli u otros en los que prevalece el Ius Sanguinis, país que mantienen un equilibrio entre los dos, países con disposiciones específicas ligadas a un pasado colonial o a una pertenencia a un área cultural o geográfica. Cada una de esas diferencias, ligada a la historia, a la geografía, y a veces símbolo de la soberanía de los Estados, introduce modos de entrada muy diversos en la ciudadanía europea. ¿Pero como se puede definir una ciudadanía europea construida sobre la reciprocidad de los derechos entre Europeos y que se distingue fuertemente del estatuto de los no Europeos, fundada en la residencia y demandando una identidad común, cuando cada Estado tiene su propia definición de lo que es ser Europeo? Estos interrogantes pesan sobre la definición y la elaboración de la ciudadanía europea, ¿Ciudadanía multicultural o intercultural?

2 La diversidad en la aplicación del derecho de asilo: aunque se observa en toda Europa una generalización del asilo temporal (asilo territorial por medio de visados a corto plazo), es asombroso ver la gran variedad de los procesos, de las prácticas, de los criterios de entrega del estatuto de refugiado, hechos reveladores de la poca transparencia existente entre los países.

3 La fuerte dependencia de las políticas migratorias de los Estados con respecto a una opinión publica nacional a la vez cambiante, restrictiva y obsesionada por la seguridad. Estos fenómenos de opinión son a menudo fuente de amalgamas (solicitantes del asilo, clandestinos, terroristas, delincuentes) perjudiciales a una aprensión de los flujos (entradas) y las existencias (integración).

La ausencia de una política global a la escala europea sobre las cuestiones migratorias conduce a una serie de monólogos que se cruzan poco, ya que están hipotecados por la **situación interior de los Estados** y la **obsesión de seguridad**, estos dos elementos orientan la política de inmigración mas hacia la regulación y el control de las fronteras y la lucha contra la inmigración ilegal que hacia la cooperación con los países de origen o de transito o a la integración de los inmigrantes. ¿Esto quiere decir que la "europeización" de la política migratoria ha fracasado? No, sólo quiere decir que ésta se encuentra en sus inicios.

2.3. LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN SEGUIDA POR ESPAÑA.

España pasó de ser una tierra de emigración a ser un país de inmigración en la década de los ochenta. Esta evolución se explica por los cambios políticos y económicos consecutivos a la democracia, a la entrada en la Unión Europea y al crecimiento económico.

Con motivo de la evolución de la corriente migratoria que tuvo lugar en el país en los años 80 y como anticipación a la incorporación de España a la Unión Europea, porque se pensaba que podría ser una "mancha negra" en su ingreso en la UE, España estableció la primera regulación del derecho de extranjería mediante la Ley Orgánica 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Esta ley resultó ser una norma restrictiva (entrada, permiso de trabajo y residencia, nada de preagrupación familiar, a veces negación de las prestaciones sociales), que no se ajustaba a los criterios imperantes en el marco comunitario e ineficaz ya que no conseguía frenar el flujo de inmigrantes.

Siguieron una serie de reformas de esta Ley (Ley Orgánica 4/2000, Ley 8/2000 y Ley 14/2003) que pretendían:

1 Reforzar los derechos y libertades de los inmigrantes y su integración social y laboral,

2 Reforzar el control de los flujos migratorios en adecuación con las directivas europeas en materia inmigratoria y establecer vías de expulsión de los sin papeles,

3 Luchar contra las mafias y el tráfico ilegal de personas,

4 Reforzar la seguridad ciudadana y luchar contra la violencia doméstica,

5 Habilitar el acceso a la información de las administraciones por parte de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para luchar contra la inmigración ilegal,

6 Modificar las condiciones de la reagrupación familiar,

7 Recortar los derechos de los inmigrantes establecidos ilegalmente en España.

Según dice Maria Villena Rodríguez, de la Universidad de Sevilla, refiriéndose a la LOEx y sus sucesivos cambios: "es una Ley únicamente de

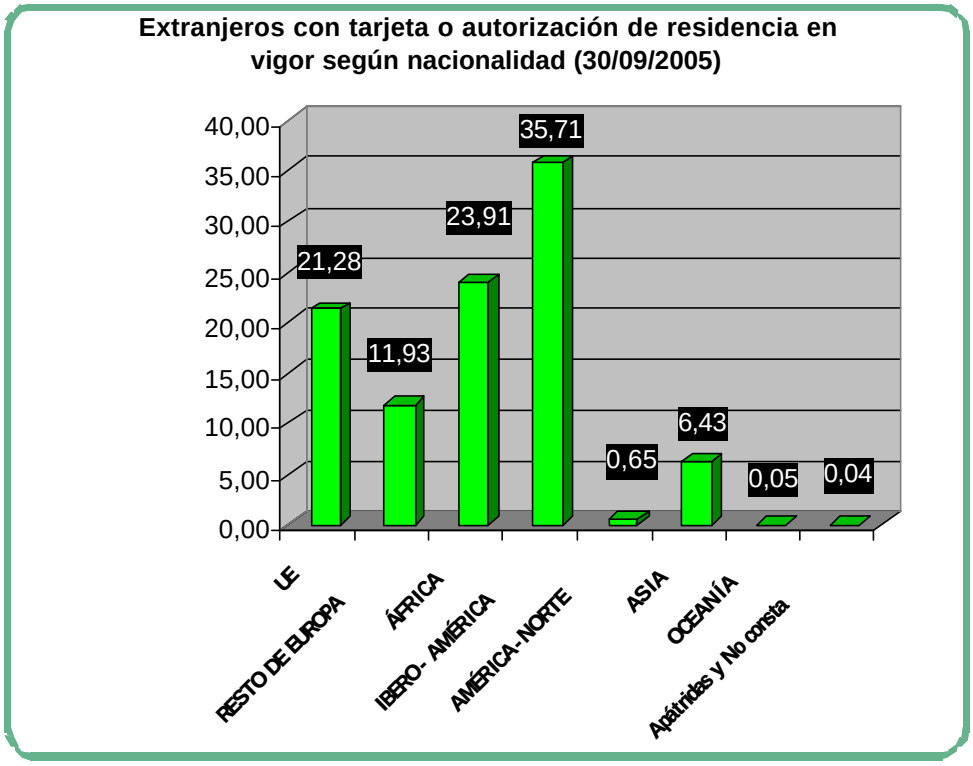
represión y control de los inmigrantes ilegales, no de integración de los extranjeros, como dice su titulo."

La Secretaria de Estado, Consuelo Rumi, hizo unas declaraciones a la prensa el martes 15 de noviembre del 2005 en las que explicó que España y la UE **están "reflexionando" sobre la necesidad de reformar la Ley de Extranjería** para adaptarla a una nueva directiva que tiene como objetivo:

1 Facilitar la igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, a la educación, a la vivienda,…

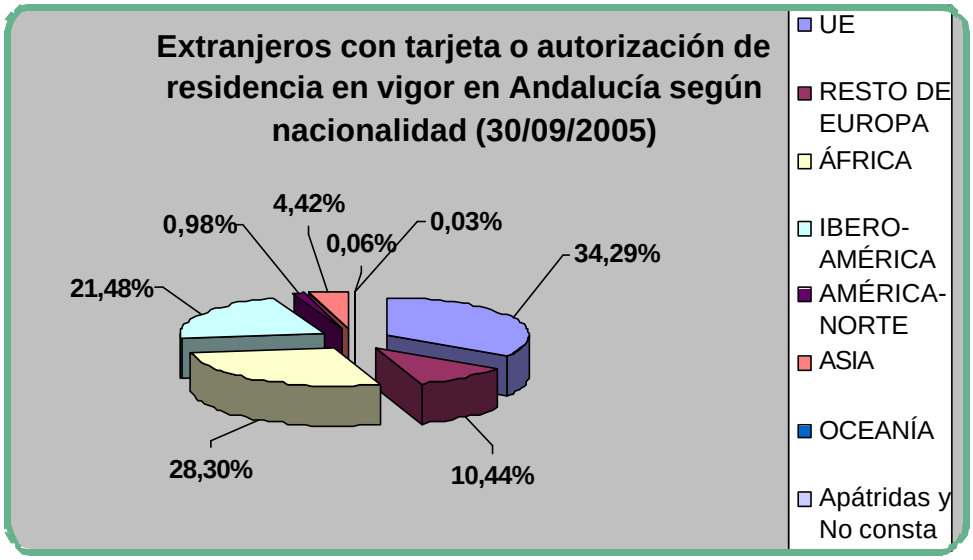
2 Permitir a los inmigrantes residentes legales en la UE desde al menos 5 anos desplazarse por todos los países de la Unión,

3 Fomentar la cooperación al desarrollo en la próxima cumbre de Barcelona en diciembre próximo y en la Euroafricana prevista en Marruecos en el 2006.



Elaboración propia
Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, 2005

Marruecos representa el 76,20% de los inmigrantes procedentes del continente africano en el territorio nacional



Elaboración propia
Fuente: Secretaria de Estado de Inmigración y Emigración, 2005

Marruecos representa el 78,74 % de los inmigrantes procedentes del continente africano en la Comunidad Autónoma de Andalucía

3. POLÍTICAS DE INTEGRACIÓN EUROPEAS.

"La integración no se decreta, se negocia y se construye mediante ajustes constantes. No puede ser unilateral"

3.1. COMUNITARISMO E IGUALITARISMO.

Jamás una cuestión como la integración de los inmigrantes ha desgarrado tanto los medios políticos e intelectuales europeos. Todos los miembros de la Unión europea hacen la misma reflexión: hay que buscar la manera de actuar y cada uno intenta encontrar mecanismos para integrar mejor las minorías étnicas.

Existen en Europa dos modelos de integración opuestos heredados de la historia, el modelo "comunitario" a la británica, y el modelo "igualitario" a la francesa. De tradición liberal, el pluralismo británico se apoya en los cuerpos, los grupos particulares, las órdenes. Este sistema llamado "comunitarista", reconoce la existencia de grupos humanos específicos cuyos representantes negocian con los

poderes públicos para obtener derechos particulares. A la inversa, la concepción unitaria y jacobina de la ciudadanía que se ha impuesto en Francia con la Revolución pretende limar las particularidades para una mejor "asimilación". Ella exige de los individuos de origen extranjero que abandonen sus especificidades para disolverse en la sociedad.

Idealista, el "igualitarismo" francés no impide la realidad del racismo o de la discriminación en el empleo. Francia prohibiéndose dar el pequeño empujón a los negros, los magrebíes, los turcos o los asiáticos, asume el riesgo de aumentar sus frustraciones y de empujarlos hacia el "comunitarismo" que pretende combatir (los últimos acontecimientos de violencia callejera en Francia son un ejemplo del fracaso de su política de integración).

Por otro lado, el "comunitarismo" ingles no esta exento de efectos perversos. Este alienta la yuxtaposición de comunidades que se ignoran, haciendo difícil la convivencia y casi imposible el reparto de un referencial de valores comunes.

España, Suecia, Holanda, Alemania, Reino Unido,… cada país ajusta su política de integración en función de las medidas de los limites y de los excesos de su propio dogma.

Gran Bretaña, desde los años setenta, empezó a trabajar por la igualdad racial incrementando su arsenal jurídico para luchar contra las discriminaciones en el empleo. Es el país que sabido sin duda, mas que otros, ofrecer una mayor viabilidad a sus conciudadanos de origen extranjero, alzando a algunos de sus representantes a puestos de responsabilidad. La Ley de Relaciones Raciales llamada "Race Relations Amendment Act", entrada en vigor en abril del 2001, permite a ciertas ONGs (como la "Operation Black Vote") exigir a un organismo público que rinda cuentas de su política de integración.

En Alemania, a pesar de sus 7,5 millones de extranjeros (cifras del 2004), 2,5 millones son Turcos, el debate sobre la integración no está en el orden del día. De hecho, la sociedad empieza a tomar conciencia de que sus inmigrantes, considerados hasta ahora como "trabajadores invitados", van a quedarse. Pero a pesar de ser el país europeo con mayor número de inmigrantes, la no existencia de guetos garantiza una paz social en los barrios.

En Bélgica, desde la creación del Centro antirracista, en 1993, que publica los informes sobre los progresos conseguidos, las mentalidades van evolucionando. Suecia, país de inmigración reciente, desde los años 1970, posee un millón de extranjeros para una población de 9 millones. La integración es un

tema de debate recurrente. Holanda, en donde la situación es comparable a la del Reino-Unido, cerca del 10% de los diputados es de origen extranjero.

En cuanto a los países mediterráneos, que antaño eran comarcas de emigración, son en la actualidad tierras de inmigración. España es el primer destino de los flujos migratorios que entran en la Unión Europea. Con 2.597.014 de extranjeros (estadística de la Secretaria de Inmigración y Emigración, septiembre del 2005), principalmente marroquíes y latino americanos, y cerca de la mitad de ellos residentes ilegales, las autoridades no tienen mas remedio que resolver la ecuación: integración = paz social.

Índice europeo de ciudadanía e inclusión

Porcentaje de cada país en relación a la media de la UE-15. Cuanto más alto, más fácil es la integración del inmigrante.

1º Bélgica	117,25
2º Holanda	110,67
3º Suecia	110,56
4º Portugal	110,18
5º España	**110,08**
6º Francia	105,80
7º Finlandia	105,05
8º Reino Unido	101,55
MEDIA UE-15	100
9º Italia	98,77
10º Irlanda	95,74
11º Alemania	93,88
12º Austria	88,76
13º Luxemburgo	87,34
14º Grecia	82,72
15º Dinamarca	82,09

INDICADORES

marco para el inmigrante

1 menos favorable — 3 más favorable

• MERCADO LABORAL	
1º España	2,78
Media UE-15	2,18
15º Dinamarca	1,78
• RESIDENCIA A LARGO PLAZO	
1º Bélgica	2,43
3º España	2,39
Media UE-15	2,14
15º Dinamarca	1,61
• AGRUPACIÓN FAMILIAR	
1º Finlandia	2,53
7º España	2,26
Media UE-15	2,16
15º Dinamarca	1,47
• NACIONALIDAD	
1º Francia	2,29
2º España	2,26
Media UE-15	2,02
15º Dinamarca	1,53
• ANTIDISCRIMINACIÓN	
1º Bélgica	2,88
6º España	2,32
Media UE-15	2,16
15º Luxemburgo	1,38

Fuente: European civic citizenship and inclusion index, 2005. EL PAÍS

El índice no mide el éxito o el fracaso de la integración de los inmigrantes en los países de la UE-15, sino hasta qué punto la legislación les trata como

ciudadanos. También cabe señalar que el índice 2005 no incluye la reciente regularización de los 700.000 inmigrantes. Aun así, España ocupa el quinto lugar por encima de países de larga tradición de acogida a extranjeros.

3.2. EL MODELO ESPAÑOL DE INTEGRACIÓN.

España se ha dotado de un instrumento para la integración de los inmigrantes en el país, estamos hablando del "Foro para la Integración Social de los Inmigrantes", es un órgano colegiado adscrito al Ministerio del Interior a través de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, cuya finalidad es la de servir a la participación y la integración de los inmigrantes legalmente establecidos en España. El Foro es la consecuencia de lo establecido en las leyes Orgánicas 4/2000 y 8/2000 respectivamente sobre derechos y libertades y sobre la integración social. El Foro es una entidad de consulta, información y asesoramiento del Gobierno y, en su caso, de las Administraciones autonómicas y locales en materia de inmigración.

La integración de los inmigrantes es una cuestión ampliamente debatida por los políticos y los intelectuales. Hoy existe una voluntad popular de integrar a los extranjeros dice Miguel Azurmendi, profesor de antropología y antiguo Director del Instituto Cervantes de Tánger. Sin embargo, la realidad de las condiciones de vida de los distintos colectivos que forman la población inmigrante en España tiene todos los rasgos de una integración cuyas características generales se resumen en materia de:

1 Educación: en términos de integración socio-cultural no existen problemas mayores. Los hijos de los inmigrantes están incorporados a los colegios públicos. Las distintas comunidades extranjeras han creado redes de solidaridad que asisten al recién llegado. Sin embargo, hay diferencias importantes según los colectivos, sobre todo entre los latinoamericanos y los magrebíes, y según las regiones de asentamiento.

2 Empleo: el inmigrante, con o sin papeles, se integra en un segmento del mercado laboral caracterizado por la inestabilidad, la desregulación, los bajos salarios, la falta de cualificación, y la dureza del trabajo. Para el inmigrante, mantener el puesto de trabajo es sinónimo de permiso de residencia la cual significa su permanencia legal en el país.

3 Vivienda: es un factor relevante de discriminación. En el campo o en la ciudad las condiciones de vivienda de los inmigrantes se caracterizan en gran medida por la insalubridad, y en el caso de la ciudad, por un alto coste. A este último problema se unen los recelos xenófobos de muchos

propietarios de pisos. Como en el tema de la educación, las diferencias son notables entre los colectivos latinoamericanos y los magrebíes.

4 Salud: los trabajadores extranjeros que residen legalmente en España, con permiso de trabajo y en situación de alta en Seguridad Social, son los únicos que se benefician de la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones con los españoles. El resto de extranjeros, aún en situación regular, tienen acceso al sistema publico de salud de forma muy desigual y dependiendo en gran medida de su nivel de educación, el tipo de atención médica que requieran y el lugar de asentamiento.

Para concluir, se puede decir que España esta en un cruce de caminos en cuanto al problema de la integración de los inmigrantes que residen en su territorio. En algunos aspectos está por encima de otros países europeos con más experiencia sobre este fenómeno. Una actitud sabia para hacer frente al problema desde una perspectiva de integración social sería aprender de los errores cometidos en toda Europa, lo que es bueno fomentar y lo que hay que evitar, evitar pues: la creación de zonas de población de inmigrantes marginadas (guetos) como en Francia o la yuxtaposición de comunidades que, en el Reino-Unido, viven vidas paralelas sin mezclarse; en Alemania, el sentimiento de pertenencia étnica ; en Holanda, cuya cara opuesta es Dinamarca, los limites de una política de tolerancia que se asimila a una indiferencia.

BIBLIOGRAFÍA

ALVIRA, F. y GARCÍA, J. (2003): "Opinión pública e inmigración". Papeles de Economía Española, nº 98, pp. 182-198.
ARANDA, J. (2004): "Los inmigrantes y la delincuencia". Revista Economistas, nº 99, pp. 108-116.
ARANGO, J. (2003): "Europa, ¿una sociedad multicultural en el siglo XXI?". Papeles de Economía Española, nº 98, pp. 2-16.
BARCIELA, F. (2004): "La utópica búsqueda del equilibrio inmigratorio". Revista Economía Exterior, nº 28, pp. 115-129.
CARRASCO, R. (2003): "Inmigración y mercado laboral". Papeles de Economía Española, nº 98, pp. 94-109.
CEREIJO, E. Y VELÁZQUEZ, F.J. (2004): "Los determinantes de la inmigración en la UE". Revista Economistas, nº 99, pp. 38-48.
CES (2004), informe 2/2004: "La inmigración y el mercado de trabajo en España".
VILLENA, R. (2004): "Demografía, mercado de trabajo y política de inmigración, España vs U.E", editado por Eumed.net.

SITIOS WEB

http://www.aidex.es/observatorio/temas/inmigracion/indiceinmigracion.htm
http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mvr/index.htm
http://www.extranjeros.mtas.es
http://www.estudis.lacaixa.comunicacions.com/webes/estudis.nsf/wurl/pfes008cos_esp
http://www.izquierda-unida.es/Publicaciones/InmigracionyAsilo/inmigracion4.htm
http://www.intermigra.info/extranjeria/
http://fpc.org.uk/fsblob/513.pdf