

INMIGRACIÓN, DERECHOS Y EXCLUSIÓN

Ángeles Solanes. Universitat de València

Sumario: 1- Delimitación del ámbito y el sujeto de análisis. 2- La normativa básica de derechos y libertades de los extranjeros en España; 2.1 - La posibilidad de configuración legal de los derechos de los extranjeros: el criterio interpretativo de la igualdad 2.2- La equiparación restringida: libertad de circulación y libertad individual deambulatoria. 3- Los derechos sociales; 3.1- Derecho a la educación; 3.2- Derecho a la asistencia sanitaria; 3.3- Derecho a ayudas en materia de vivienda; 3.4- Seguridad Social y Servicios Sociales. 4- Derecho al trabajo y a la Seguridad Social 4.1- El acceso al mercado laboral; 4.2- El estatuto laboral de los extranjeros en situación irregular. 5- Derecho a la intimidad familiar y a la vida en familia; 5.1- La reagrupación familiar; 5.2- Los menores extranjeros no acompañados. 6- Derechos de participación; 6.1- Derechos de participación social; 6.2- Derechos de participación política: el derecho de sufragio; 7- Otros derechos vinculados a las garantías; 7.1- Tutela judicial efectiva; 7.2- Recurso contra los actos administrativos; 7.3- Asistencia jurídica gratuita. 8- Vías ordinarias de regularización para el pleno disfrute del estatuto jurídico de extranjería; 8.1- El arraigo; 8.2- Las razones humanitarias. 9.- La estigmatización legal del fenómeno migratorio; 9.1- La lógica implícita en la normativa; 9.2- El camino de la exclusión.

Siendo innegable que los parámetros de la Unión Europea se sitúan en la base de las previsiones que los respectivos países adoptan en relación a los flujos migratorios, no lo es en menor medida el hecho de que la normativa sobre tal materia sigue siendo básicamente nacional. Por ello, cada Estado, en el marco de su actuación soberana y respetando la pretendida armonización, ha optado por conjugar de forma diferencial el binomio entre inmigración y derechos. En el caso de España, la evolución que ha sufrido la legislación de extranjería nos ha llevado a una progresiva limitación del reconocimiento y la garantía de los derechos y libertades, que constituye un aspecto fundamental, no el único, a tener en cuenta en el análisis de determinadas situaciones de exclusión del colectivo inmigrante. Un estudio detallado de la equiparación restringida de derechos en relación a determinados extranjeros pone en evidencia hasta qué punto es sostenible la afirmación de que la norma genera exclusión.

1- Delimitación del ámbito y el sujeto de análisis.

El modelo clásico de Estado-nación se asienta sobre la base de una organización territorial, política, jurídica y social, que presume la diferenciación entre aquellos que pertenecen a dicha comunidad (nacionales) y los que no (extranjeros). En este contexto triunfaron tesis decimonónicas como la de Schmitt, que acudiendo al criterio de amigo-enemigo como distinción específica del concepto de lo político, mantiene que la propia diferenciación entre nacionales y extranjeros es el elemento constitutivo de la política, de tal forma que existen derechos que no pueden reconocerse a los extranjeros “porque

entonces cesaría la unidad y comunidad política y desaparecería el supuesto esencial de la existencia política, la posibilidad de distinción entre amigos y enemigos”¹.

Con este precedente, la tradición histórica occidental se ha ocupado de identificar progresivamente la categoría de ciudadanía con la de nacionalidad, vinculándolas al pleno de disfrute de derechos y estableciendo la pauta diferencial respecto al otro, al extranjero. Así en los modernos Estados constitucionales democráticos se entiende que para que los ciudadanos puedan gobernarse, teóricamente, es necesaria una comunidad que desde la perspectiva político-cultural esté suficientemente integrada, y desde el punto de vista espacial, social, económico y militar sea autónoma, es decir, independiente de influencias externas².

En la actualidad la ciudadanía ya no supone sólo una mera pertenencia a la comunidad política con autogobierno que es el Estado, sino que además establece el estatuto jurídico, en cuanto a su contenido, fijando los derechos y deberes de los ciudadanos³. Entre ellos se incluyen los derechos democráticos de los que los sujetos pueden valerse para, de forma reflexiva, cambiar su situación, posición, o condición jurídica material. Si a determinados individuos se les niegan o reducen esos derechos, se limita su capacidad de asegurarse un trato igual y de influir sobre la toma de decisiones, cerrando así el círculo de la exclusión⁴.

Un profundo debate se abre ante la difícil compatibilidad entre esta noción de ciudadanía exclusiva y excluyente, y las nuevas realidades propiciadas por la creciente movilidad de personas. En efecto, uno de los mayores impactos de los flujos migratorios ha sido que en apenas unas generaciones han socavado los antiguos mitos de unicidad nacional y homogeneidad, obligando a cuestionar la idea de que el Estado-nación es homogéneo y monocultural, y evidenciando la regla de desigualdad sobre la que este

¹ Vid. Schitt,C., 1928: *Teoría de la Constitución*, traducción de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982, en concreto 14.III.5, p. 174. Cfr. Mezzadra, S., *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Traficantes de sueños, Madrid, 2005, pp. 64-71.

² Habermas, J., *Tiempo de transiciones*, traducción de A. Serrano, Trotta, Madrid, 2004, p. 94.

³ Cfr. Esta idea aparece tanto en la definición dada por Marshall, como en propuestas más recientes que tienen en cuenta los contextos migratorios como la de Castles, Davidson o Bauböck, entre otros, Marshall, T. H, *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, London, 1992 (hay traducción al castellano *Ciudadanía y Clase social*, Alianza, Madrid, 1998); Bauböck, R., “Como transforma la inmigración a la ciudadanía: perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales”, Aubarell, G. y Zapata, R. (eds.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Icaria. Antrazyt, Barcelona, 2004, pp. 177-218; Castels, S. and Davidson, A, *Citizenship and Immigration*, MacMillan, London, 2000. Cfr. De Lucas, J., “Acerca del debate sobre inmigración y ciudadanía. Políticas de inmigración, ciudadanía y derechos de los inmigrantes en la Unión Europea”, *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, nº 33, 2003, pp. 75-112 y *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Icaria. Antrazyt, Barcelona, 2003, pp. 107 y ss.

⁴ Habermas, J., *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2000, en concreto p. 626.

modelo se asienta. Surgen así voces que reclaman el reconocimiento de derechos de ciudadanía desligados de la nacionalidad, y su reconducción a otras categorías como la de la residencia, demostrando que la inmigración constituye un importante reto para las actuales democracias que se ven abocadas a reformular esa “jaula de hierro” que la ciudadanía supone⁵.

A pesar de estas contradicciones que sustentan el concepto mismo de ciudadanía, los actuales ordenamientos jurídicos estatales siguen situándola en su punto neurálgico. Así ocurre en el caso de España, que construye su régimen básico de extranjería a partir de la diferenciación con la categoría de la nacionalidad, identificando ésta con la de ciudadanía. En este sentido la Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social⁶, comienza consagrando en su artículo 1.1 una definición negativa de extranjero de forma que se considera tal “a efectos de aplicación de la presente ley, a los que carezcan de nacionalidad española”. El ámbito personal de aplicación de la ley viene delimitado, por tanto, por la ausencia de la nacionalidad española, lo cual nos remite a la adquisición y pérdida de la misma para establecer quiénes se consideran, a efecto jurídicos, españoles.

Siendo imposible abordar en este trabajo un tema de semejante calado, conviene al menos señalar que hay personas que siendo españolas en el momento de su nacimiento, no ostentan más tarde dicha nacionalidad, según los preceptos de nuestro ordenamiento jurídico; y, en cambio, existen personas que, pudiendo considerarse aparentemente como extranjeras, son españolas desde el momento de su nacimiento o por adquisición posterior de la nacionalidad⁷. Además, conviene tener en cuenta las situaciones de doble nacionalidad reconocidas por la ley o por los convenios

⁵ De Lucas, J., “Ciudadanía: la jaula de hierro para la integración de los inmigrantes”, Aubarell, G. y Zapata, R. (eds.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, op. cit, pp. 215-236.

⁶ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de noviembre, y por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, en adelante LODYLE, (BOE núm. 10, de 12 de de enero de 2000; c.d.e BOE núm. 20, de 24 de enero de 2000. BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000; c.d.e. BOE núm. 47, de 23 de febrero de 2001. BOE núm. 234. de 30 de septiembre de 2003. BOE núm 279, de 21 de noviembre de 2003). Ésta última norma además reforma también otras leyes, entre ellas, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. La LODYLE se desarrolla en el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm 6, de 7 de enero de 2005; c.d.e BOE núm 130, de 1 de junio de 2005).

⁷ Vid. Aláez, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿a quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

internacionales suscritos por España, pues reviste un especial interés dilucidar si aquellos que pueden beneficiarse de dicha situación poseen a efectos jurídicos la nacionalidad española⁸.

Fuera del ámbito de aplicación de la ley quedan los nacionales de terceros Estados, pero no de forma homogénea. Como el propio precepto inicial de la LODYLE señala, en su apartado segundo, ésta resulta de aplicación sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte. Asimismo quedan fuera del ámbito de esta ley los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a los que les sea de aplicación el régimen comunitario, aunque la LODYLE actúe de forma supletoria en aquello que les sea más favorable. También son excluidos del alcance de esta norma los diplomáticos, representantes y funcionarios de organismos internacionales, en la forma que pormenoriza el artículo 2 LODYLE.

A partir de la definición negativa genérica, y de las sucesivas exclusiones, se considera extranjero al que carezca de nacionalidad española pero se arbitran distintas regulaciones en función de variables como la nacionalidad, la procedencia, los vínculos familiares, las razones de entrada en territorio español, etcétera. Encontramos así un complejo entramado legislativo unido a la idea de extranjería en el que se aglutinan los ciudadanos comunitarios; los nacionales de estados del Espacio Económico Europeo; sus familiares y los de españoles; los nacionales de Estados con los que se ha firmado acuerdos de asociación, supresión de visados, doble nacionalidad o readmisión; los refugiados, desplazados, apátridas y solicitantes de asilo; o quienes pretenden entrar en España por motivos turísticos, de estudio o laborales, entre muchos otros. Ante este amplio panorama normativo la determinación de la disposición aplicable no resulta siempre fácil⁹.

Siendo imposible, y probablemente poco útil, en el marco de este trabajo ni siquiera mencionar las leyes especiales y los tratados internacionales generales y específicos que se ocupan de aspectos incluidos en la LODYLE, a los que además habría que añadir la jurisprudencia constitucional al respecto, es obligatorio dejar constancia de que, más allá de esta norma, existe un régimen comunitario del que se benefician los ciudadanos europeos y los extranjeros a los que les son de aplicación las

⁸ Álvarez, A., “Doble nacionalidad y emigración: pasado, presente y futuro”, *REGAP*, nº 28, 2001, pp. 148-183.

⁹ Moya, M., “¿Extranjería o extranjerías?”, Ponencia III Congreso Nacional de la Inmigración, *La inmigración en España. Contextos y alternativas*, Granada, 2002, pp. 551.565.

normas comunitarias de libre circulación de personas, así como sus familiares. En su dimensión más primaria éste se recoge en el R. D. 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que beneficia también a determinados familiares de éstos, respecto del cual la LODYLE actúa como subsidiaria¹⁰.

Por otra parte, nuestro ordenamiento contempla disposiciones específicas para los refugiados, desplazados, apátridas y demandantes de asilo, así como acuerdos de inmigración y normas de la Unión Europea sobre los nacionales de terceros Estados, que han de ser tenidas en cuenta para establecer diferenciaciones legales cuando analizamos lo que, en el marco de este estudio, podemos considerar el régimen jurídico básico de extranjería conformado por la LODYLE y su reglamento de desarrollo.

Es precisamente en conexión con el ámbito personal de aplicación de la LODYLE a los nacionales de terceros Estados no miembros de la Unión que no pueden beneficiarse de otro régimen jurídico, donde aparece la noción de inmigrante. Propiamente nuestro ordenamiento se refiere como categoría jurídica a la de “extranjero”, como evidencia el propio título de la LODYLE, si bien unida a ella surge la de inmigrante para ser aplicada básicamente al “extranjero económico”. El término inmigrante, más que una categoría jurídica, comenzó siendo una producción social, útil para operar una discriminación que comienza en el ámbito semántico, en la que no pueden incluirse todos los extranjeros, sino sólo aquellos que cumplen determinados requisitos. La ambigüedad e indefinición que el término inmigrante conlleva lo hace idóneo para incluir en él todo lo que la sociedad puede percibir como ajeno pero instalado en su interior. Por eso, cuando la extranjería y la pobreza se aúnan en un sujeto surge el inmigrante denominado *económico*, que en el juego de las representaciones aparece como el excluido por excelencia¹¹.

Este extranjero es percibido con unas características estereotipadas. Así se considera que es un trabajador preferiblemente temporal, destinado a ocupar nichos laborales (puesto que se trata básicamente de mano de obra no cualificada), sólo (sin

¹⁰ BOE de 28 de febrero de 2007. Entró en vigor el 2 de abril de 2007. Una síntesis sobre las modificaciones más relevantes que introduce esta disposición puede encontrarse en Aguelo, P. y Chueca, A., “Notas urgentes sobre el RD 240/2007. Entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de la Unión y sus familiares”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 14, marzo 2007, pp. 243-254.

¹¹ Papastargiadis, N. (2000) *The turbulence of migration. Globalization, Deterritorialization and Hybridity*, Polity Press, Cambridge, 2000, pp. 53-57; y Delgado, M., *Diversitat i Integració*, Biblioteca Universal Empuréis, Barcelona, 1998, pp. 38-44.

familia), cuyas aspiraciones no han de situarse al nivel de reivindicar derechos (puesto que las obligaciones se presuponen) ni de acceder al estatuto privilegiado de la ciudadanía, salvo por la vía, cada vez más restrictiva, de la nacionalización. Éste es el sujeto pasivo preferente de la LODYLE, junto con sus familiares, y al que nos referiremos a lo largo de este estudio cuando utilicemos de forma genérica el término extranjero y el de inmigrante como equivalente de éste.

Respecto a los extranjeros inmigrantes en los países receptores surgen todos los problemas derivados de las legitimaciones liberales y democráticas de autoridad política. Como apunta Bauböck¹², en las democracias liberales, como alternativa, algunos privilegios tradicionalmente vinculados a la ciudadanía se han desconectado de la nacionalidad vinculándolos bien a los derechos humanos universales, o bien a la residencia y al trabajo. En el primer grupo se sitúan los derechos y libertades civiles, mientras que los sociales y aquellos que son específicos de los inmigrantes (tales como la reagrupación familiar) tiende a incluirse, cada vez más, en el segundo graduando el disfrute de los mismos en función de la situación administrativa del extranjero, y en muchos casos, sin conseguir la plena igualdad con los nacionales. En esta distribución siguen existiendo, no en todos los países ni en la misma medida, excepciones ligadas al más estricto criterio de ciudadanía y nacionalidad, tales como los derechos de participación, en concreto, su máximo exponente: el derecho de sufragio.

Así es cómo la construcción teórica de ciudadano y la de extranjero, en concreto la de inmigrante, se traduce en el ámbito normativo. La creación jurídica de infrasujetos, es decir, de personas cuyos derechos parecen legalmente limitados en función (básicamente) de su situación administrativa, conlleva la clasificación implícita de las libertades que los ordenamientos contemplan. En efecto, como veremos a lo largo de este trabajo, encontramos derechos como los de participación política que para los extranjeros inmigrantes suelen estar vetados. Junto a éstos, otros derechos considerados como fundamentales, entre ellos los sociales (educación, sanidad, o vivienda) y claramente los laborales (trabajo, sindicación, o huelga, y también asociación o manifestación) dependen de la configuración legal por la que cada Estado opte, creando importantes divergencias al distinguir entre regularidad e irregularidad en el acceso, disfrute y garantía de los mismos.

¹² Bauböck, R., “Cómo transforma la inmigración a la ciudadanía: perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales”, op. cit., pp. 179-180.

Los extranjeros inmigrantes en situación administrativa irregular quedan jurídicamente más desprotegidos puesto que, como mucho, pueden aspirar a una forma de inserción diferenciada implícita, es decir, a una manera de “estar” que cíclicamente (en concreto a través de procesos extraordinarios de regularización que cada vez se suceden con mayor frecuencia en distintos Estados) les permita pasar de la regularidad a la irregularidad ante la imposibilidad de cumplir las exigencias legales¹³.

La ausencia de ciudadanía marca también las relaciones de los extranjeros inmigrantes con la Administración. Como se evidenciará en este trabajo la normativa básica de extranjería supone la existencia de un derecho administrativo y algunas disposiciones penales exclusivamente aplicables a los inmigrantes, con salvedades sólo comprensibles, que no justificables, si se tiene presente que el origen nacional es, en la práctica, la única causa de diferenciación que se concibe como compatible con el artículo 14 CE al proclamar el principio de igualdad.

2- La normativa básica de derechos y libertades de los extranjeros en España

Atendiendo al ámbito de exclusión que hemos visto que la LODYLE señala podemos realizar una diferenciación primaria entre aquéllos a los que les será directamente de aplicación dicha norma, entre quienes hemos ubicado principalmente a los inmigrantes; y aquellos que quedan al margen de la misma bien por cuestiones de nacionalidad (es decir, por ser nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea o por poderse beneficiar de la aplicación del régimen comunitario), o bien por razón de la especial condición de los sujetos (en casos como el de los agentes diplomáticos, los funcionarios consulares, los miembros de misiones diplomáticas, los representantes y delegados de las misiones permanentes o de las delegaciones ante los organismos intergubernamentales con sede en España, sus familiares, etcétera, de acuerdo con lo establecido en el art. 2 LODYLE) que quedan fuera de nuestro campo de estudio.

2.1 - La posibilidad de configuración legal de los derechos de los extranjeros: el criterio interpretativo de la igualdad

El punto de partida en la configuración del estatuto jurídico del extranjero inmigrante en España, lo constituyen básicamente, desde el régimen constitucional, los artículos 10.2 y 13.1 CE, que se relacionan a su vez, con el artículo 14 CE. Al amparo

¹³ La sistemática de los procesos extraordinarios de regularización, como respuesta frente a la irregularidad se repite en distintos países. Vid. De Bruycker, Ph. (direc.), *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2000 y Papadoulou, A., “Regularization programmes: an effective instrument of migration policy?”, *Global Migration Perspectives* 33, 2005.

de los mencionados preceptos, las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución establece se interpretarán atendiendo a lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, teniendo en cuenta que los extranjeros en España gozarán de las libertades públicas que se garantizan en el Título I “en los términos que establezcan los tratados y la ley”. Esta posibilidad de configuración legal de buena parte de los derechos y libertades de los extranjeros, constituye el elemento de mayor limitación en la aplicación del principio de igualdad¹⁴.

En efecto, la jurisprudencia constitucional, ha señalado que el principio de igualdad no supone una igual atribución para españoles y extranjeros de los derechos y libertades recogidos en el Título I de la Constitución¹⁵. En este punto dos sentencias constituyen un referente indiscutible la STC 107/1984, de 23 de noviembre, y 115/1987, de 7 de julio, reiteradas posteriormente. Desde la primera de dichas sentencias se optó por construir lo que podríamos considerar una clasificación tripartita de los derechos, en virtud de la cual éstos pueden desglosarse en los siguientes grupos¹⁶:

1- En primer lugar, aquellos derechos que por estar unidos a la dignidad de la persona deben reconocerse tanto a los nacionales como a los extranjeros. Entre ellos, por ejemplo, el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la libertad individual, a la libertad ideológica, o a la tutela judicial efectiva.

2- En segundo lugar, aquellos derechos que responden al mandato constitucional de la configuración legal. Es decir, derechos que sin dejar de ser constitucionales admiten diferenciaciones normativamente establecidas, respecto a los nacionales, en su reconocimiento a los extranjeros. Entre estos, como el propio Tribunal Constitucional ha señalado, derechos como los de asociación, sindicación y huelga.

3- Por último, aquellos derechos privativos de los nacionales, cuyo reconocimiento y garantía está vetado para los extranjeros. En este grupo se ubica, por

¹⁴ Vid. Vidal Fueyo, C., “La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Volumen 21, nº 62, 2001, pp. 179-218 y *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002. Cfr. García Vázquez, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 27-48.

¹⁵ Cfr. Aja, E., “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, VV. AA., *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Volumen I, Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 439-456.

¹⁶ Cfr., entre otras, SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, 115/1987, de 7 de julio; 99/1985, de 30 de septiembre; 94/1993, de 22 de marzo; 116/1993, de 29 de marzo; 242/1994, de 20 de julio; 95/2003, de 22 de mayo; 72/2005, de 4 de abril.

autonomasia, el derecho de sufragio, aunque como veremos no en toda su dimensión, ni para los extranjeros en su conjunto, sino especialmente para las personas inmigrantes.

Uno de los principales inconvenientes de la aplicación práctica de esta teoría tripartita de los derechos, es que de la Constitución no puede extraerse directamente el catálogo a incluir en cada uno de los grupos, sino que debe desprenderse de la interpretación sistemática y progresiva que se haga acudiendo por ejemplo, como hemos señalado, a la jurisprudencia constitucional.

Esta clasificación, en mi opinión, debería considerarse superada desde una doble perspectiva. En primer lugar, porque, como mantiene críticamente la doctrina, además de ser discutible, resulta difícil determinar a priori qué derechos están ligados de forma inherente a la dignidad humana y qué derechos escaparían a la misma, especialmente si recordamos que el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que la dignidad de las personas resulta de la efectiva realización de todos los derechos. En efecto, la clasificación es incoherente con la tesis de la indivisibilidad de los derechos fundamentales, mantenida por buena parte de la doctrina y la jurisprudencia actuales, en virtud de la cual éstos no pueden separarse por grupos, graduando su reconocimiento y garantía, sin que el conjunto de los mismos quede afectado¹⁷:

En segundo lugar, no puede obviarse que la mencionada clasificación tripartita responde a una percepción del fenómeno migratorio que nada tiene que ver con la situación que España atraviesa en la actualidad¹⁸.

A pesar de ello la reciente jurisprudencia constitucional, sigue insistiendo en esta clasificación, ubicándola en el punto neurálgico en la concreción de los derechos de los extranjeros. En este sentido las sucesivas sentencias que han resuelto los recursos de inconstitucionalidad que tenía pendientes la LO 8/2000, en especial la primera, reiterada sucesivamente¹⁹, vienen a incidir en la posibilidad de configuración legal de los

¹⁷ Vid. Añón, M.J. (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

¹⁸ Cfr. Aja, E y Arango, J., *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.

¹⁹ - STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1707-2001. Interpuesto por el Parlamento de Navarra contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 10 diciembre de 2007.

- STC 259/2007, de 19 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1640-2001. Interpuesto por la Junta de Andalucía respecto de los preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.

- STC 260/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1644-2001. Interpuesto por el Parlamento Vasco respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de

extranjeros atendiendo a diversos límites²⁰:

1- El grado de conexión de los concretos derechos con la garantía de la dignidad humana.

2- El contenido preceptivo del derecho, teniendo en cuenta que éste puede venir reconocido a los extranjeros directamente por la Constitución. El doble respeto a los tratados internacionales y a las pautas constitucionales son un eje ineludible en la configuración legal de los derechos de los extranjeros en España. En efecto, para la concreción de esos derechos que deben considerarse vinculados a la dignidad humana y también para la delimitación del contenido esencial habrá que estar, además de a lo declarado en la jurisprudencia constitucional, a lo establecido en el estándar mínimo que contienen los Tratados internacionales, con la correspondiente jurisprudencia que de ellos surja, a menudo recogida también por nuestro Tribunal Constitucional²¹. El hecho de encontrarnos ante derechos fundamentales legalmente configurados no les hace perder su carácter de constitucionales. Por tanto, el legislador no puede obviar los mandatos constitucionales, es decir, no puede configurar libremente el derecho, ni

reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.

- STC 261/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1668-2001. Interpuesto por sesenta y cuatro Diputados del Grupo Parlamentario del PSOE en el Congreso respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.

- STC 262/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1669-2001. Interpuesto por la Junta de Castilla-La Mancha respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.

- STC 263/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1671-2001. Interpuesto por la Comunidad Autónoma de Aragón respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.

- STC 264/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1677-2001. Interpuesto por la Junta de Extremadura respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.

- STC 265/2007, de 20 de diciembre de 2007. Recurso de inconstitucionalidad 1679-2001. Interpuesto por el Principado de Asturias respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. BOE de 22 de enero de 2008.

²⁰ STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 4º.

²¹ Vid. Rubio, R., “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, VV. AA., *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 13-51; y De Lucas “Ciudadanía, Extranjería y Derechos”, Betegón, J., De Páramo, J. R., Laporta, F. J., y Prieto, L (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 379-407.

atacar su contenido esencial²².

3- Las condiciones de ejercicio establecidas por la ley deberán estar encaminadas a preservar otros derechos, bienes o intereses constitucionalmente protegidos, guardando la adecuada proporcionalidad con la finalidad perseguida.

A pesar de estas precisiones, la LODYLE constituye una buena muestra de la retórica que apuesta por la igualdad, al tiempo que establece diferenciaciones destinadas a cuestionarla. Así según el mencionado artículo 3.1 los derechos que se reconocen a los extranjeros deben interpretarse atendiendo al principio de igualdad. De ahí que dicha ley contemple en su artículo 23, una cláusula antidiscriminatoria encaminada a evitar los actos que conlleven 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, que tenga como fin o efecto el destruir o limitar el reconocimiento en condiciones de igualdad de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Esta remisión a la igualdad como criterio interpretativo general, introducida en la actual norma por la reforma de la LO 8/2000, sólo intentó “amortiguar” el evidente retroceso que la nueva regulación suponía, respecto a la LO 4/2000, en el reconocimiento de derechos y libertades a los extranjeros. En realidad su trascendencia práctica es irrelevante puesto que, como veremos, la ley en su conjunto incide en el aspecto contrario al diferenciar el reconocimiento y garantía de los derechos en base a la situación administrativa, vinculándolos en buena medida a la residencia y el trabajo.

En esta línea el artículo 3.2 LODYLE, que a diferencia del primer apartado de dicho precepto permanece inalterable con la redacción dada originariamente por la LO 4/2000, insiste en interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros en España con los parámetros de la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, prácticamente parafraseando el art. 10. 2 CE. Añade, sin embargo, una precisión respecto a éste “sin que pueda alegarse la profesión de creencias religiosas o

²² Como señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia 115/1987, en su fundamento jurídico 3º, “el artículo 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede interpretar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22.4 de la Constitución. Una cosa es, en efecto, autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales”.

convicciones ideológicas o culturales de signo diverso para justificar la realización de actos o conductas contrarios a las mismas”. Esta afirmación ha sido vista como una manifestación de principios acerca del modelo de integración de los extranjeros en España, dejando constancia de la primacía de las normas, nacionales e internacionales, pensadas para la salvaguarda de dichos derechos. Ahora bien, ello no evita que la integración social a la que se refiere el título de la ley se articule en clave de absorción de los extranjeros inmigrantes, exigiendo la dilución de las peculiaridades culturales e ideológicas más diferenciadas²³.

Ciertamente a pesar de estas proclamaciones de principios formalmente respetuosas con los derechos humanos y fundamentales, la LODYLE es un claro ejemplo de configuración legal que se coloca en los bordes de la constitucionalidad al regular los derechos de los extranjeros en su mínima expresión (como se ha evidenciado con los recursos de inconstitucionalidad a propósito de la LO 8/2000 recientemente resueltos y los que tienes pendientes la LO 14/2003). Esta norma construye el estatuto jurídico de los extranjeros en España tomando como referencia la clasificación señalada y añadiendo un elemento más de diferenciación: la situación administrativa en la que se encuentre el extranjero. Por tanto, la titularidad y el ejercicio de los derechos surge de la combinación de los parámetros relativos al “tipo” de derecho ante el que nos encontremos y al “tipo” de sujeto que sea titular del mismo.

Así, en el ámbito de la aplicación personal de la LODYLE se han originado sucesivas categorías de hipotéticos titulares en base a una exclusión estratificada que distingue entre: residentes de larga duración, residentes de corta duración, irregulares empadronados, irregulares no empadronados, e incluso, irregulares con orden de expulsión firme no ejecutada. Ahondado en la distinción podríamos llegar incluso a diferenciar entre irregulares (empadronados o no) susceptibles (o no) de regularizarse por la vía del arraigo laboral o social. Incluso nos encontraríamos ante situaciones jurídicamente tan perversas como la de las personas inmigrantes, irregulares, empadronadas, trabajando y con orden de expulsión²⁴. Todo ello, nos sirve para evidenciar la retórica de la confusión que domina el régimen jurídico de extranjería y la

²³ Esplugues, C., “Artículo 3. Derechos de los extranjeros e interpretación de las normas”, Esplugues, C. (Coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 95-107, en concreto p. 107.

²⁴ Sagarra, E. “Un nuevo *status* de extranjero en España. (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 1, noviembre de 2002, pp. 89-98. Cfr. Mendoza, N. y Serrano, J. M., (coords.), *Estudios sobre extranjería*, Bomarzo, Albacete, 2005.

precariedad, cuando no inseguridad jurídica, del sujeto que se encuentra en el último peldaño de esta cadena que exceptúa, a cada paso, los más elementales principios del Estado de Derecho.

2.2- La equiparación restringida: libertad de circulación y libertad individual deambulatoria

Una primera muestra de la equiparación restringida por la que opta la LODYLE en la configuración del estatuto jurídico del extranjero, se encuentra en el ámbito de los derechos civiles, en concreto en los vinculados a la libertad que, a modo de ejemplo, concretamos en dos supuestos sintomáticos: la libertad de circulación y la libertad individual deambulatoria.

Por lo que se refiere al primero de ellos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido determinante en la interpretación de esta libertad. Con sentencias como la 94/1993, de 22 de marzo, y más tarde con la STC 116/1993, de 29 de marzo, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge el artículo 19 CE. Ahora bien, ello no significa que la libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el derecho a residir dentro de ellas, sean derechos inherentes a la dignidad humana y que como tales deban reconocerse a todas las personas al margen de su condición de ciudadano. Más bien al contrario, el alto Tribunal considera lícito la modulación del ejercicio de estos derechos por parte de las leyes y los tratados en función de la nacionalidad de las personas, introduciendo tratamientos desiguales entre españoles y extranjeros en lo relativo a la entrada, salida y residencia en territorio español²⁵.

Siendo posible la modulación legal del derecho, el artículo 5 LODYLE lo reconoce únicamente a los extranjeros que se encuentren en situación administrativa de regularidad, es decir, dentro de los parámetros del Título II de la LODYLE. Sensu contrario, excluye del disfrute de tal derecho a los irregulares²⁶.

Más recientemente, la ya mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 260/2007, de 20 de diciembre, a propósito de la libertad de circulación insiste en que las personas que no poseen la nacionalidad española sólo tienen derecho a residir en España y a circular dentro de su territorio cuando se lo otorga la disposición de una ley o de un

²⁵ Cfr. STC 94/1993, fundamento jurídico 3º y STC 116/1993 fundamento jurídico 2º.

²⁶ Un excelente análisis del ejercicio del derecho a la libre circulación y residencia de los extranjeros en territorio español, puede encontrarse en Goizueta, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, en concreto pp.189-276.

tratado, o la autorización de una autoridad competente, puesto que éstos “no son derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana...ni por consiguiente pertenecen a todas las personas en cuanto tales al margen de su condición de ciudadanos”²⁷.

Las limitaciones a este derecho pueden ser genéricas o específicas. Entre las primeras los tratados y las leyes delimitan la libertad de circulación. En el caso de los tratados nos encontramos con referencias difusas y conceptos jurídicos indeterminados, así, por ejemplo, mientras la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 13 no condiciona el reconocimiento de la libertad de circulación; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, por su parte, en su artículo 12.3 indica que ésta puede limitarse por ley, atendiendo a razones como la seguridad nacional, el orden público, o la protección de la salud y de la moral públicas, o los derechos y libertades de terceros.

Por lo que se refiere a las leyes, en el marco de nuestro ordenamiento jurídico las limitaciones pueden venir, entre otras, por la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, (artículo 19); la 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 marzo (artículo 18)²⁸ y la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, a la que se refiere el artículo 5.2 LODYLE junto con las derivadas de la seguridad pública.

Finalmente caben también las limitaciones acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición, o en sentencia firme.

En cuanto a la libertad individual en su dimensión deambulatoria, como otro de los ejemplos de equiparación restringida en el ámbito de los derechos civiles, la limitación más flagrante que contempla la LODYLE es la vinculada a su privación por comisión de una infracción administrativa con la conducción a un centro de internamiento. Esta privación, en el estricto ámbito del procedimiento administrativo, ha sido en ocasiones justificada destacando que el internamiento de las personas extranjeras resulta plenamente ajustado a la Constitución, gracias a ser su carácter

²⁷ STC 260/2007, de 20 de diciembre, fundamento jurídico 5º.

²⁸ Es necesario apuntar que la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, BOE de 23 de marzo de 2007 incluyó en su texto una disposición para modificar la Ley de Asilo vigente, de 1984, de modo que quede establecida la posibilidad de obtener protección para "las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género".

judicial motivado, a su límite temporal, y a su cumplimiento en centros que se considera que no tienen carácter penitenciario.

El Tribunal Constitucional ha insistido en que “las garantías que para el régimen personal se derivan del régimen de control judicial de la medida cautelar de internamiento equivalen, desde el punto de vista material y de eficacia, a las que pueden alcanzarse por medio del habeas corpus”²⁹.

La propia existencia de los centros de internamiento, desde su creación, ha suscitado no pocas dudas acerca de su constitucionalidad. Una de las reivindicaciones históricas, recogida finalmente en la última reforma de la LODYLE, era la de su regulación por ley orgánica. Su tradicional situación ambigua en el ordenamiento jurídico español, (ya que no estamos en presencia de centros de detención o custodia, ni por expresa prohibición legal, de centros penitenciarios), pensada inicialmente como una forma de garantizar su diferenciación respecto a los internos sometidos al régimen penitenciario, no ha asegurado su mejor situación.

El carácter no penitenciario de estos centros ha convertido en muchos aspectos a los extranjeros internados en sujetos sometidos a una peor condición que la de los internos de una prisión, cuya regulación legal, en aras de la seguridad, siempre se ha visto como positiva. Además, la precaria condición de los extranjeros internados se ha visto agravada por situaciones como la de un control judicial de la medida de internamiento no siempre adecuado. En muchos casos, el hecho de que el centro de internamiento no se encuentre en el ámbito del partido judicial del órgano que acordó la medida, complica de manera extraordinaria la garantía legalmente prevista del adecuado control efectivo de las condiciones de estancia de las personas extranjeras internadas. Las diversas dificultades de comunicación, notificación, inspección, etcétera, colocan en una situación de agravio comparativo a los extranjeros internados respecto de los penados penitenciarios, ya que éstos últimos cuentan con una autoridad judicial de vigilancia de su situación en el ámbito de la provincia en la que se sitúe el centro penitenciario. Sin duda, la ausencia de un régimen integral para los centros de internamiento, unida a la falta de dotación en cuanto a sedes, equipamiento y material

²⁹ STC 303/2005, de 24 de noviembre y STC 260/2007, de 20 de diciembre, fundamento jurídico 6º.

para hacer frente a las necesidades del imperativo legal, han acabado mermando, más si cabe, la ya de por sí deteriorada situación jurídica de los inmigrantes internados³⁰.

3- Los derechos sociales

Un segundo grupo de derechos también restringidos a la hora de modularlos y en el que resulta igualmente evidente la vinculación entre regularidad y libertades que inspira el espíritu de la LODYLE, es el de los sociales. Para entender el alcance de los mismos, conviene tener en cuenta que tales derechos se refieren a ámbitos (como la educación, la sanidad, la vivienda, el trabajo, o la seguridad social) en los que se utiliza el poder del Estado (en el marco de modelos sociales y democráticos de Derecho, como lo es el español en virtud del artículo 1.1 CE) con el propósito de equilibrar situaciones de desigualdad material, bien intentando garantizar estándares de vida mínimos, o bien procurando mejores oportunidades a grupos sociales desfavorecidos, compensando las diferencias de poder en las relaciones entre particulares o excluyendo un bien del libre juego del mercado. Por tanto, el valor que se vincula a los derechos sociales es el de la igualdad material, son derechos de igualdad económica y social, de ahí su especial relevancia en general, y en particular para sujetos sistemáticamente diferenciados en los ordenamientos jurídicos como son las personas extranjeras³¹.

Nos ocupamos a continuación brevemente de la regulación de estos derechos en la LODYLE incidiendo en la exclusión que se realiza, en determinados casos, del pleno disfrute del derecho fundamental por encontrarse el extranjero en situación administrativa irregular, si bien existe algún instrumento como el padrón municipal, que permite amortiguar dicha exclusión, y una jurisprudencia constitucional que ha corregido en buena medida las disposiciones legales.

3.1- Derecho a la educación

Mientras la LO 4/2000 reconocía a todos los extranjeros el derecho a la educación gratuita y obligatoria así como a la no obligatoria en las mismas condiciones que las españolas, la LO 8/2000 limitó el reconocimiento del derecho de acceso a la enseñanza no obligatoria, en concisiones de igualdad con los españoles, a los residentes. En el primer caso, el de la educación gratuita y obligatoria, nos movemos en el ámbito del

³⁰ Así lo constata García-Panasco, G., “Medidas cautelares: especial referencia a los centros de internamiento de extranjeros”, *Seminario Especialistas Extranjería. Fiscales*, Madrid, 2004, pp. 2985-3023 en concreto pp. 31016-3018.

³¹ Vid. Molina, C. y Monereo, J. L., “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma”, *Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, nº 8, 2003, pp. 99-144; y Añón, M.J. (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, op. cit..

derecho/deber a la educación; mientras que el segundo, la no obligatoria, el acceso a la misma para españoles y residentes era opcional y legalmente imposible para extranjeros sin residencia.

Sin embargo, la ya mencionada sentencia 236/2007 del Tribunal Constitucional, y con ella las que resuelven los sucesivos recursos de inconstitucionalidad, han dado un giro radical a la disposición legal al considerar inconstitucional y nula la exigencia de ser “residentes”, contenida en el artículo 9.3 LODYLE, para el acceso a dicho tipo de educación. Los motivos esgrimidos por el Tribunal para avalar la inconstitucional evidencian argumentos de especial relevancia para predicar del conjunto de los extranjeros la garantía de estos derechos³²:

1- La vinculación entre el derecho a la educación y la dignidad humana: “dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para ‘establecer una sociedad democrática avanzada’, como reza el Preámbulo de nuestra Constitución”.

2- El reconocimiento del derecho a la educación en todas sus dimensiones por el hecho de ser persona, más allá de la nacionalidad, puesto que, el derecho a la educación garantizado en el artículo 27.1 CE corresponde a ‘todos’, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Además a la luz de textos internacionales, como el artículo 1 CEHD, que se refiere ‘a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante’, puede entenderse que este derecho es ampliable a aquellas personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular.

3- La garantía del derecho a la educación de naturaleza no obligatoria a todos los extranjeros en España no es compatible con las limitaciones legales derivadas de la LO 8/2000: “El precepto impugnado impide a los extranjeros menores de dieciocho años sin autorización de estancia o residencia acceder a la enseñanza secundaria postobligatoria, a la que sin embargo pueden acceder, según la legislación educativa vigente, aquellos que hayan obtenido el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, normalmente a la edad de dieciséis años. Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a

³² STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 8º.

la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor”.

Por todo ello, se declara inconstitucional y nulo el inciso “residentes” del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 4/2000, tras la redacción dada por la LO 8/2000³³, debiéndose, por tanto, entender que equipara a todos los extranjeros en el acceso a la enseñanza secundaria postobligatoria (menores de edad), a la obtención de las titulaciones que en cada caso corresponda, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.

Por lo que se refiere al acceso al sistema de educación infantil, con carácter voluntario, al no pronunciarse el artículo 9.2 LODYLE expresamente sobre los beneficiarios de la misma, puede entenderse como una especificación del apartado anterior de dicho precepto interpretando, por tanto, que todos los menores que se encuentren en España tienen el derecho de acceso a la educación infantil, sin que se mencione en relación al mismo el régimen de gratuidad o la posibilidad de acceso a becas o ayudas.

En cualquier caso, para el efectivo ejercicio y disfrute en la dimensión práctica del derecho de educación, en las mismas condiciones que las menores nacionales, es preceptiva la inscripción padronal, con la finalidad de que se le asigne un centro escolar. En este punto, adquieren especial significación las modificaciones relativas al padrón que fueron introducidas por la LO 14/2003, y que al habilitar el acceso de la policía a los datos padronales así como el intercambio de éstos entre las distintas administraciones pueden desincentivar la inscripción padronal imprescindible para posibilitar el ejercicio de derechos como el de la educación, entre otros³⁴.

Finalmente, el artículo 9.4 LODYLE en relación a la integración social solo concreta que los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes (no los irregulares) que lo necesiten puedan recibir una enseñanza, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural, para facilitar dicha integración social.

3.2- Derecho a la asistencia sanitaria

El artículo 12 LODYLE, que se ocupa de la asistencia sanitaria y que no se vio afectado por las reformas de la LO 8/2000 y 14/2003, solo se aplica a los extranjeros que no quedan comprendidos en ninguno de los subsistemas de la Seguridad Social, estableciendo distintos niveles de cobertura en base a la existencia del

³³ STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 8º, in fine y fallo.

³⁴ Solanes, A. y Cardona, M. B., *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, en concreto pp. 80- 125.

empadronamiento en el municipio en el que el extranjero vive habitualmente, y en base a la condición personal (menor y mujer embarazada).

Según dicho precepto, las personas extranjeras residentes, las menores de dieciocho años y las embarazadas (en lo que al parto y postparto se refiere, no en el caso, por ejemplo, de interrupción del embarazo) se equiparan a las españolas en lo relativo a la asistencia sanitaria. Para las personas que se encuentren en situación irregular la inscripción en el padrón es el elemento que establece la diferenciación entre aquellas que sólo tendrán derecho a la asistencia sanitaria de urgencia, en casos de enfermedades graves y accidentes y aquellas que, tras dicha inscripción, podrán acceder a la misma en condiciones de igualdad con los españoles³⁵.

Ahora bien, este reconocimiento a la asistencia sanitaria que realiza la LODYLE, no significa que la misma deba realizarse siempre en régimen de gratuidad, puesto que el proceso de universalización del derecho a la asistencia sanitaria gratuita aun no ha culminado. Para que efectivamente se dé dicha gratuidad es necesario que el extranjero reúna los requisitos que la normativa específica sobre la materia establece.

Así, de acuerdo con lo previsto en el artículo 149.1.16 CE, el Estado asume la competencia en materia de bases y coordinación general de la sanidad, estableciendo las condiciones mínimas de acceso y contenido del derecho, y dejando en manos de las Comunidades Autónomas la posibilidad de desarrollar su sistema. De esta forma, las Comunidades Autónomas no pueden reducir los términos del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria que establezca la normativa estatal, pero sí puede mejorarlos, como en la práctica han hecho.

En efecto, en el ejercicio de sus competencias existen distintas Comunidades Autónomas que han universalizado el derecho a la asistencia sanitaria para los extranjeros que se encuentran en su territorio con independencia de su situación administrativa, incluso en ocasiones más allá de los supuestos concretos a los que se refiere el artículo 12 LODYLE.

Sin embargo, aunque sean supuestos residuales, puede darse el caso de un extranjero que siendo o no residente, posea recursos económicos suficientes, o no

³⁵ Esta equiparación hace referencia no sólo a la posibilidad de recibir la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles, de acuerdo con lo previsto en la Ley General de la Seguridad Social, con especial atención a la redacción dada a la misma por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, y en el anexo I del R. D. 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud; sino también a los derechos que se derivan del artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

siendo residente (incluidos los irregulares) y careciendo de recursos suficientes no se encuentre en ninguno de los supuesto del artículo 12 LODYLE, ni se halle en el territorio de una de las Comunidades en que se ha procedido a la universalización del derecho, de forma que la asistencia sanitaria pública no sería para él gratuita. A tal efecto, se consideraría que estamos ante el supuesto al que se refiere el artículo 16.3 de la mencionada Ley General de Sanidad y, siendo un paciente privado, se le requeriría el pago del servicio médico³⁶.

3.3- Derecho a ayudas en materia de vivienda

La LO 8/2000 reserva las ayudas públicas relativas a la vivienda para los residentes, experimentado así un importante retroceso respecto a la LO 4/2000 que concedía en términos de igualdad el acceso a las ayudas para la vivienda también en el caso de la personas extranjeras irregulares inscritas en el padrón.

Para delimitar qué se entiende por sistema público de ayudas en materia de vivienda, conviene dejar constancia, que en este caso, como veíamos anteriormente, las Comunidades Autónomas y también los entes locales tienen competencias, dentro del marco general fijado por la normativa estatal que puede ser desarrollada y completada.

La exclusión del sistema público de ayudas de las personas inmigrantes en situación irregular, y por otra, las difíciles condiciones de hecho a las que deben de hacer frente las residentes, hace que la vivienda, el acceso a ella, no ya en propiedad sino también en alquiler, sea uno de los elementos de exclusión y segregación por excelencia de la población inmigrante.

Aunque la vivienda por sí misma no garantiza la integración social de las personas inmigrantes, sí que juega un importante papel en la misma. Las malas condiciones de habitabilidad de buena parte de las viviendas que ocupan en España y la ubicación de las mismas, muchas veces en barrios marginales, constata su exclusión dentro de la sociedad de acogida³⁷. Como ha señalado parte de la doctrina el espacio se construye socialmente, igual que la sociedad se construye espacialmente. Espacio y sociedad son inseparables, las relaciones sociales centrales en la configuración del espacio son las relaciones de dominación y subordinación o de solidaridad y cooperación, pero más importantes que éstas son las de exclusión, por las que se ven directamente afectadas las

³⁶ Rueda, R. “Artículo 12. Derecho a la asistencia sanitaria”, Esplugues, C. (Coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, op. cit. pp. 329-359.

³⁷ Cfr. Colectivo IOÉ, *Inmigración y vivienda en España*, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, nº 7, Madrid, 2005.

personas inmigrantes³⁸. La segregación espacial de las zonas habitadas por una mayoría de población inmigrante conlleva, al menos, dos consecuencias: la estigmatización y la exclusión social.

La ausencia de intervenciones administrativas para intentar paliar la degradación que sufren determinadas zonas y la total carencia de políticas públicas de acceso a la vivienda que permitan a las personas inmigrantes, con independencia de su situación administrativa, salir de los espacios que la población autóctona *parece haberles asignado*, para ocupar otras zonas que faciliten su inserción en el mercado laboral y en el conjunto de la sociedad, hace que la vivienda sea un buen ejemplo de la negación de los derechos sociales de que son objeto sistemáticamente. Las medidas restrictivas de las normativas de extranjería legitiman la falta de actuación estatal y potencian la situación de rechazo de la población autóctona, a pesar del notable esfuerzo de los sectores administrativos más próximos³⁹.

Es obligatorio, en todo caso, señalar que las dificultades a las que han de hacer frente los extranjeros inmigrantes para acceder a una vivienda, son sólo una proyección aumentada, por su condición de extranjería y regularidad o irregularidad, de las que sufre la población autóctona, puesto que el artículo 47 CE al reconocer el derecho a una vivienda digna y adecuada, no establece un derecho exigible, sino una mera norma programática que en todo caso obliga a los poderes públicos a regular la utilización del suelo de acuerdo con el interés general.

3.4- Seguridad Social y Servicios Sociales

El artículo 14 LODYLE en su apartado primero se refiere a las prestaciones no contributivas o asistenciales, puesto que las contributivas, como veremos más adelante, van ligadas a la condición de trabajador y se regulan en el artículo 10 LODYLE. Nos referimos ahora, por tanto, a aquellas prestaciones que aseguran una protección básica y uniforme frente a determinadas situaciones de necesidad. En el apartado primero y segundo de dicho artículo 14 LODYLE se reconoce las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social únicamente para los extranjeros residentes, en las mismas condiciones que los españoles, excluyendo, a los que se encuentran en régimen de estancia como los turistas o los estudiantes, a los trabajadores transfronterizos, y a los extranjeros en situación irregular.

³⁸ Vid. Martínez Veiga, U., *Pobreza, segregación y exclusión espacial: la vivienda de los inmigrantes extranjeros*, Icaria, Barcelona, 1999.

³⁹ Vid. Aguado, V. y Cerillo, A., *Las condiciones de vivienda de los inmigrantes: la intervención de los entes locales*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005.

Dentro de las prestaciones y servicios que integran el sistema protector de la Seguridad Social, se consideran no contributivas, de acuerdo con lo señalado en el artículo 86 de la Ley General de la Seguridad Social: a) las prestaciones y servicios de asistencia sanitaria y los relativos a los servicios sociales, salvo que se deriven de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, b) las pensiones no contributivas por incapacidad permanente y jubilación, c) los complementos mínimos de las pensiones de la Seguridad Social, d) las prestaciones familiares, que comprenden las relativas a hijo o menor acogido o a cargo, la prestación por nacimiento o adopción del tercer hijo o sucesivos y la prestación por parto o adopción múltiple.

Mención aparte merece el subsidio de desempleo que no constituye una prestación asistencial propiamente dicha. Ahora bien, sin serlo, puede entenderse como una prestación pensada para aquellos desempleados que no tengan derecho a la prestación contributiva, por no haber cotizado el período mínimo exigible, por haber agotado la duración máxima en el nivel contributivo, o por no reunir algún requisito legalmente exigido para generarla. La percepción de esta prestación adquiere una especial relevancia en el caso de los inmigrantes si se atiende a las disposiciones de los artículos 38.3 c) y 57.5 d) LODYLE que reconocen a los extranjeros que perciban una “prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción social o laboral”, la posibilidad de solicitar la renovación de la autorización de residencia temporal y trabajo de la que hubieran disfrutado hasta el momento, si bien la misma solo se producirá por el tiempo que dure la percepción del subsidio. Asimismo el segundo de los preceptos invocados excluye la posibilidad de sancionar con la expulsión al extranjero que se encuentre en esta circunstancia.

Con independencia de su situación administrativa los extranjeros únicamente tienen derecho a las servicios y prestaciones sociales básicas, aunque en este caso ya no se establece la equiparación con los nacionales. Por tales podemos entender aquellos mecanismos asistenciales o protectores que queden fuera del ámbito de la Seguridad Social (ya que los servicios sociales de la Seguridad Social estarían dentro de las prestaciones no contributivas a las que alude el referido artículo 14.1 y no en el 14.3 LODYLE), es decir, los ofrecidos por la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales. Para distinguir entre los generales y básicos, y los específicos sería necesario recurrir a las leyes autonómicas en materia de servicios sociales que, en principio, consideran como básicos cuatro: a) información, valoración y orientación; b) promoción y cooperación social; c) ayuda a

domicilio; d) convivencia y reinserción social. Otros servicios sociales básicos serían las prestaciones complementarias económicas, como por ejemplo las ayudas económicas familiares; o las ayudas de emergencia social pensadas para prevenir o paliar determinadas situaciones de marginalidad social.

En un supuesto parecido al que mencionábamos anteriormente respecto a los perceptores de la prestación de subsidio de desempleo, se encontrarían los extranjeros que se beneficien de las rentas de inserción, aunque en este caso si se trata de una persona que no ha disfrutado nunca de una autorización de residencia y trabajo en España sólo puede beneficiarse de las disposición del artículo 57.5 d) pero no del 38.3 c) LODYLE, ahora bien con una diferencia notable. Estando la gestión de dichas rentas de inserción en manos de las Comunidades Autónomas, y habiendo optado la mayoría de ellas por exigir un período de residencia en el territorio de la Comunidad para concederlas, en aquellas Comunidades que han catalogado las rentas de inserción como un servicio social básico no sería necesario que dicho período de residencia fuera legal, pudiendo acogerse a las mismas los extranjeros en situación irregular. En cambio si nos encontramos en una Comunidad en la que se considera como un servicio social específico, saldríamos de la regulación del artículo 14.3 LODYLE, para ubicarnos en el 14.2, y sólo los extranjeros residentes podrían beneficiarse de las mismas. Es, por tanto, éste un hecho diferencial más en función de la Comunidad concreta en la que se encuentre el extranjero ⁴⁰.

4.- Derecho al trabajo y a la seguridad social

Cuando la Constitución en su artículo 35. 1 consagra el derecho/deber de trabajar, lo hace refiriéndose exclusivamente a los españoles, pero no de modo excluyente, de tal forma que el artículo 10 LODYLE recoge el derecho al trabajo y a la seguridad social de los extranjeros que cumplan los requisitos exigidos al efecto por la normativa, es decir, de aquellos que dispongan, entre otros, de la correspondiente autorización administrativa para trabajar⁴¹. Quedan, por tanto, exceptuados de este precepto legal los extranjeros en situación irregular. Respecto a éstos su especial situación administrativa tradicionalmente les había privado del reconocimiento, a efectos jurídicos, de las

⁴⁰ Vid. Cavas, F. y Fernández, M^a.B., “Los derechos socio-laborales de los extranjeros”, Sánchez, M. A. (Coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2005, pp. 441-470, en concreto pp. 451-456.

⁴¹ Nos referimos en este apartado únicamente a aquellos extranjeros cuya pretensión inicial es la inserción en el mercado de empleo español, por tanto, quedan fuera situaciones de estancia, turismo, estudios, etcétera. Cfr. Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medidas económicas cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España.

actividades de carácter informal que realizaban. Sin embargo, ahora, es de obligatoria referencia la novedad introducida por el artículo 36.3 LODYLE que, como veremos, viene a reconocer la validez del contrato de trabajo del extranjero en situación irregular protegiendo los derechos de éste.

4.1- El acceso al mercado laboral

Respecto a los requisitos para poder acceder al mercado de trabajo español, o lo que es lo mismo, para obtener una autorización que permita la realización de actividades lucrativas, laborales o profesionales, en concreto una autorización por cuenta ajena o propia, nos remitimos a la regulación concretada en los artículos 36 y siguientes LODYLE, incidiendo únicamente en aquellos aspectos que por razón de la extranjería son diferenciales.

El eje que vertebra toda la regulación relacionada con el tipo de autorización al que cuantitativamente accede un mayor número de extranjeros a los que se les aplica la LODYLE, es decir la autorización de trabajo por cuenta ajena, es la situación nacional de empleo⁴². A esta pauta orientativa obedecen tanto el contingente, entendido como las cuotas anuales de entradas autorizadas de trabajadores que el Gobierno puede aprobar potenciando así la contratación en origen, como el denominado régimen general⁴³. Ambos mecanismos suponen una clara limitación en el acceso inicial al mercado de trabajo español, concretada en la posibilidad de ocupar únicamente aquellos puestos de trabajo que no puedan ser cubiertos ni por españoles ni por extranjeros residentes, es decir, los denominados nichos laborales.

Especial relevancia en el establecimiento de unas bases para la interpretación del sistema español de contratación de extranjeros, reviste la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 2004⁴⁴. A tenor de la cual no puede afirmarse que la ley establezca el sistema de contingente anual como régimen general de obtención de permisos de trabajo, aunque en él deba tenerse en cuenta la situación nacional de

⁴² Aunque conviene al menos apuntar que el artículo 40 LODYLE establece una serie de supuestos específicos (que no son los más comunes) en los que no se tendrá en cuenta dicha situación

⁴³ Únicamente en el artículo 43.1 LODYLE a propósito de los trabajadores transfronterizos y de la prestación transnacional de servicios, aparece en la ley la referencia al régimen general. Del tenor literal de la norma puede deducirse que dicho régimen general es el que resulta de la aplicación de las normas generales de autorización frente a los supuestos que se encuentran sujetos a los denominados regímenes especiales. Vid. Trinidad, M. L. y Martín, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005, en concreto p. 187.

⁴⁴ Esta sentencia de la Sala 3ª, Sección 4, JUR 2004/3288, fue consecuencia del recurso interpuesto contra el apartado 9.3 del acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de diciembre de 2001, que aprobó el contingente de trabajadores extranjeros de régimen no comunitario de 2002. No conviene olvidar que esta sentencia es anterior a la aprobación del actual reglamento.

empleo, si con ello se quiere decir que se excluya cualquier otro procedimiento de presentación de ofertas nominativas no computables en los contingentes en cuya gestión puedan tenerse en cuenta otros procedimientos de evaluación de la situación nacional de empleo⁴⁵.

Aún sin ser el único sistema, el reglamento de 2004 continua primando el contingente considerándolo como una contratación programada de un conjunto de trabajadores que no se encuentren en España, circunscrito a sectores laborales (tradicionalmente, servicio doméstico, agricultura, servicios y construcción) y a zonas geográficas. Los trabajadores que copen el contingente serán seleccionados en el país de origen, a partir de las ofertas genéricas presentadas por los empresarios españoles para desempeñar empleos de carácter estable. Excepcionalmente, el acuerdo del Consejo de Ministros que aprueba las cuotas anuales podrá establecer que sea posible tramitar en ellas ofertas nominativas.

Además de las mencionadas ofertas de carácter estable el contingente puede incluir visados para búsqueda de empleo dirigidos a hijos y nietos de origen español, así como visados para búsqueda de empleo limitados a determinados sectores de actividad u ocupaciones en una zona geográfica concreta. Adicionalmente, puede incorporarse la contratación de trabajadores de temporada, diferenciando ésta de las ofertas estables.

Todo el sistema del contingente se asienta en la discrecionalidad de la Administración española, el propio hecho de que éste se apruebe, o no, anualmente es una potestad de la misma. A partir de ahí, el número mayor o menor de plazas, la asignación a un ámbito territorial determinado, la inclusión de determinados sectores laborales, la concesión de visados a los nacionales de unos países concretos para que puedan entrar legalmente en el mercado de trabajo español por la vía del contingente, etcétera, depende de múltiples factores. Sin duda la situación del empleo nacional marca un punto de referencia indiscutible para el contingente, ahora bien, no puede negarse la relevancia de otros aspectos, entre ellos especialmente el que exista un acuerdo bilateral entre España y el Estado en cuestión cuyos nacionales quieren optar a las cuotas anuales. En este sentido, la mayoría de los acuerdos que España ha firmado persiguen un triple objetivo: garantizar la llegada ordenada según las ofertas del mercado de

⁴⁵ Vid. Fundamentos jurídicos 5º y 6º STS de 6 de abril de 2004.

trabajo español, asegurar la readmisión y propiciar el retorno voluntario, aunque no siempre han obtenido los resultados deseados⁴⁶.

La propia variedad de visados incluidos en el ámbito del contingente, incluso la posibilidad de que a lo largo del año se pueda revisar el número y la distribución de las ofertas de empleo con la finalidad de adaptarlo a la evolución del mercado de trabajo, no deja lugar a dudas de que éste es el instrumento jurídicamente ideado para preseleccionar la mano de obra que el mercado laboral español necesita, en las condiciones a que nuestra Administración le sean favorables.

Igualmente en el denominado régimen general es prioritario que la situación nacional de empleo permita la contratación de trabajadores extranjeros. Para determinarlo el reglamento, en su artículo 50 a), habilita el denominado catálogo de ocupaciones de difícil cobertura que viene a ser, tras la toma en consideración de toda la información disponible y de las variables normativamente indicadas, el listado de los puestos de trabajo en los que no hay inscritos demandantes de empleo, o aquellos en los que se han presentado ofertas y no ha sido cubiertas⁴⁷.

Así se presupone que con el adecuado conocimiento de la información disponible acerca de la gestión de las ofertas que hayan sido presentadas por los empleadores en los servicios públicos de empleo, puede tenerse un conocimiento real de las necesidades laborales. Además, se entiende que la situación nacional de empleo permite la contratación en las ocupaciones que no estén calificadas como de difícil cobertura, cuando el empleador acredite la dificultad de la contratación del puesto que pretende cubrirse mediante la gestión de la oferta de empleo presentada por el servicio público de empleo y concluida con resultado negativo. Es imperativo señalar que en esta configuración de la situación nacional de empleo sólo quedan reflejados aquellos que se hayan inscritos en los servicios públicos de empleo correspondientes, no los que podríamos considerar los demandantes reales de trabajo, de ahí una distorsión inicial y nada desdeñable cuando existen altas cuotas de irregularidad.

⁴⁶ Trinidad, M. L., “Los acuerdos migratorios bilaterales suscritos por España: un complejo instrumento para unos resultados escasos”; García Castaño, F. J y Muriel, C. (ed.), *La inmigración en España: contextos y alternativas*, Ponencias III Congreso Nacional sobre la inmigración, volumen II, Granada, 2002, pp.493-505; y Álvarez del Cubillo, A., “La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros”, *Revista de Derecho Social*, nº 23, 2003, pp. 117-130.

⁴⁷ Vid. Rojo, E. y Camós, I., “La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración”, *Revista de Derecho migratorio y de Extranjería*, nº 8, marzo 2005, pp. 83-106.

En este sistema adquiere especial relevancia el papel de las Comunidades Autónomas, puesto que los servicios de empleo autonómicos son los que conocen en su territorio la situación del mercado de trabajo y los que tienen legalmente atribuida la gestión⁴⁸. Así se pone de manifiesto también en el último tipo de autorizaciones que cabe mencionar: las recogidas en el artículo 55 del reglamento relativas al trabajo de duración determinada para actividades de temporada o campaña; de obras o servicios para el montaje de plantas industriales o eléctricas, etcétera. En efecto, especialmente en el caso de los trabajos de temporada, la oferta suele publicarse tan sólo a nivel provincial, de tal forma que en su dimensión práctica, la situación nacional de empleo se constituiría por los demandantes existentes en la provincia en la que se realiza la oferta, incluso en algunos casos también en el trabajo de carácter estable⁴⁹. Lo que no podría considerarse como zona geográfica sería únicamente la del municipio en el que se encuentre la ocupación en cuestión, puesto que, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, aunque los habitantes de otros municipios no estén obligados a aceptar la oferta, pueden estar dispuestos a cubrirla, por lo que es necesario asegurarse de que esta circunstancia no concurre respecto a los trabajadores desocupados en la zona geográfica a la que se refiere la inscripción⁵⁰.

Para sintetizar, podríamos entender que existen las siguientes modalidades para la solicitud de una autorización inicial de trabajo que permita al extranjero acceder al mercado laboral español: una plaza en el contingente regulado para cada año; una de las vacantes que podrá ofertarse a lo largo del año a través de la modificación del contingente que hemos visto que permite el artículo 78.4 del reglamento; la oferta nominativa de empleo a través del régimen general, tanto para quienes no residen, como para estudiantes y residentes de acuerdo con lo establecido en los artículos 95 a 98 del reglamento; una autorización de residencia temporal y/o trabajo, que podrán quedar vinculadas temporal, sectorial o territorialmente en los términos que establezcan las instrucciones que determinen la concesión de dichas autorizaciones. Este último caso se contempla en la disposición adicional primera, en su apartado cuarto, del reglamento, que habilita al Consejo de Ministros, a propuesta del Secretario de Estado de

⁴⁸ Ley 56/2003, de 16 de diciembre, que establece una nueva organización del sistema nacional de empleo, atribuyendo la gestión de la política de empleo en la dimensión autonómica a los servicios públicos de empleo autonómicos.

⁴⁹ Cfr. Valdueza, M. D., “Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2005, pp. 107-131, en concreto p. 115.

⁵⁰ Vid. STS de 3 de julio de 2001 (RAJ 2001, núm 6078) y STS de 24 de noviembre de 2004 (JUR 2004/8058).

Inmigración y Emigración, previo informe del Secretario de Estado de Seguridad, a aprobar dichas instrucciones siempre que existan circunstancias de naturaleza económica, social o laboral que lo aconsejen, para supuestos no regulados de especial relevancia. Entre dichos supuestos considero que podemos entender aquellos que no sean cubiertos atendiendo a la “situación nacional de empleo”.

Cualquiera que sea la vía por la que el extranjero acceda a una autorización inicial de trabajo, generalmente por cuenta ajena, la condición de trabajador le comporta el más amplio abanico de derechos, como veremos a lo largo de la exposición, aunque la mayor equiparación legalmente posible no se da hasta el momento de la renovación⁵¹.

En primer lugar, la autorización del extranjero ha sido concedida para una determinada actividad y para una zona geográfica concreta. Por tanto, el derecho al trabajo al que se refiere el artículo 10.1 LODYLE, no incluye en este primer estadio la libre elección de profesión u oficio, en la línea que la regulan por ejemplo los artículos 35 CE y 4.1 ET. Las condiciones ligadas a la autorización de residencia y trabajo relativas a la actividad y al ámbito espacial, son como regla general inamovibles si bien el artículo 99 del reglamento contempla la posibilidad, a petición del interesado y acudiendo al órgano que concedió dicha autorización inicial, de modificar la autorización de residencia y trabajo inicial. En el caso de que ésta suponga un cambio en la actividad laboral de nuevo habrá que acudir al eje de la situación nacional de empleo⁵².

Siendo compleja la obtención de la modificación de la autorización inicial y pudiendo conllevar la variación de la actividad la extinción de la autorización, la inamovilidad laboral del extranjero durante este período inicial es casi absoluta, con la consiguiente merma de derechos.

Hay que advertir que la falta de actividad profesional puede suponer, de acuerdo con el artículo 75.2 del reglamento, una causa de extinción de la autorización de residencia temporal y trabajo; como lo es también el que no exista constancia de que la

⁵¹ Vid. Rojo, E. (Coord.), *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, Lex Nova, Valladolid, 2006, en concreto pp. 198-246.

⁵² Como recuerda Rueda, esta autorización en el caso del trabajo por cuenta ajena (y salvo que concurra alguna de las circunstancias del artículo 40 LODYLE que recordemos que se ocupa de los supuestos específicos), sólo se concederá para trabajar en los sectores que permita la situación nacional de empleo por no existir en ellos demandantes de empleo españoles, nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo, o de Suiza, ni nacionales de terceros países con residencia legal en España, que estén dispuestos a cubrir los puestos de trabajo en cuestión. Rueda, R., “Artículo 10. Derecho al trabajo y a la Seguridad Social”, Esplugues, C. (Coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, op. cit. , pp. 239-300, en concreto p. 245.

persona autorizada inicialmente a residir y trabajar ha sido afiliada y/o dada de alta en el seguridad social (artículo 75.2 c del reglamento); o cuando se compruebe la inexactitud grave de las alegaciones formuladas por el titular de la autorización para obtenerla, pudiendo subsumirse en este supuesto casos como el del trabajador que desarrolle una actividad en un sector diferente de aquel para el que fue autorizado a trabajar.

Ahora bien, también puede darse el cese de la actividad profesional por parte del extranjero sin que ello suponga la pérdida de su condición de trabajador y de su estatus de legalidad. Así sucede en supuestos como cuando el extranjero está percibiendo una prestación contributiva por desempleo; es beneficiario de una prestación económica o asistencial de carácter público con la finalidad de conseguir su integración social o laboral; o cuenta con una nueva oferta de empleo (siempre que se cumplan los requisitos del artículo 54. 3 y 4 del reglamento).

Estas restricciones habilitadas para el primer año de la autorización, desaparecerán formalmente con la renovación, aunque la diferenciación permanezca en la práctica. Como apunta Martínez Veiga⁵³, no puede obviarse que el mercado de trabajo inmigrante en España se caracteriza por unos altísimos niveles de rotación y precariedad, dos elementos que contribuyen a la situación de pobreza en la que se encuentra la mayoría de la mano de obra inmigrante en nuestro país. Conviene apuntar que esta situación no es exclusiva de la población inmigrante, sino que se inscribe, en buena medida, dentro de la situación general del mercado de trabajo en España, aunque como en otros casos se magnifica al combinarse con la extranjería.

Frente a esta realidad, la LODYLE retomando el principio de igualdad y no discriminación como el fundamental en la interpretación de su contenido, y concretándolo en el ámbito del derecho al trabajo, establece en su artículo 23.2 c) LODYLE, la prohibición de discriminación en relación a los trabajadores extranjeros. Es así coherente tanto con la normas internacionales, cuanto con la nacionales, en concreto, con el artículo 4.2 c) ET que señala como uno de los derechos laborales básicos de los trabajadores el de no ser discriminado en el empleo por diversas circunstancias, entre las que se incluye la de la nacionalidad.

La aplicación de la cláusula antidiscriminatoria que contempla la LODYLE al ámbito laboral, alcanza tanto al acceso al empleo o a la actividad económica de que se trate cuánto a la permanencia o continuidad en el mismo en las condiciones legalmente

⁵³ Martínez Veiga, U., *Trabajadores invisibles. Precariedad, rotación y pobreza de la inmigración en España*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2004.

establecidas. Así, por ejemplo, también el artículo 32.1 LODYLE, en relación a la residencia permanente, insiste en el criterio aplicable a los extranjeros de trabajar en igualdad de condiciones que los españoles.

Además esta cláusula se ve respaldada desde otras secciones de la ley como la relativa al régimen de infracciones y sanciones, al considerar el artículo 54.1 c LODYLE como infracción muy grave aquellas conductas de discriminación que se basen en motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos. Asimismo proporciona un importante soporte al principio de no discriminación el artículo 314 del Código Penal que recoge entre los delitos contra los derechos de los trabajadores, la producción de una grave discriminación en el empleo, entre otras, por pertenencia a una determinada etnia, raza o nación.

Es obvio que esta prohibición de discriminación no obsta la directa aplicación de la normativa básica de extranjería que, como hemos visto, es especialmente diferencial para el extranjero en el momento de acceder al mercado de trabajo español lo que nos remitiría, de nuevo, a los argumentos ya esgrimidos a propósito de la posibilidad de configuración legal de los derechos de los extranjeros en España y a la concepción de la igualdad desde una perspectiva limitada, más formal que material⁵⁴.

Una vez que los extranjeros se han incorporado al mercado de trabajo español, salvo las limitaciones que hemos apuntado, acceden a aquellos derechos vinculados a la relación laboral tales como la sindicación, la huelga, o la negociación colectiva.

Asimismo dicha relación laboral implica el acceso al sistema de la Seguridad Social, de acuerdo con la legislación vigente. En síntesis, los extranjeros en situación regular en España que hayan accedido al mercado formal de trabajo tendrán, en principio, el derecho a disfrutar de las prestaciones de la Seguridad Social en las dos modalidades que contempla el sistema español: las prestaciones contributivas (unidas a la condición de trabajador, y por ende condicionadas al cumplimiento de requisitos como la afiliación, el alta y la cotización), y las no contributivas (independientes de la condición de trabajador, que exigen el cumplimiento de requisitos normativamente

⁵⁴ En este sentido, es necesario tener también presentes otro tipo de restricciones que la LODYLE contempla a propósito del trabajo de los extranjeros, bien por el titular o bien por la actividad que se lleva a cabo. Tratándose de especificidades resulta imposible abordarlas en este sede, si bien conviene apuntar que éstas hacen referencia: a) por razón del titular: menores de edad (a partir de los 16 años) y estudiantes; b) por razón de la actividad: deporte profesional y trabajo en la Administración Pública. Cfr. Vid. Cavas, F. y Fernández, M^a.B., “Las autorizaciones de trabajo”, Sánchez, M. A. (Coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, op. cit., pp. 502-537.

preestablecidos como un nivel de ingresos mínimos o un determinado período de residencia). Así se desprende, entre otros, para el primer supuesto, del artículo 10.1 LODYLE, y para el segundo, como veíamos anteriormente, del 14. 1 LODYLE.

Un último apunte en relación al acceso y permanencia de los extranjeros en el mercado de trabajo español, es el relativo a la homologación de títulos. El artículo 36.2 LODYLE exige, en aquellos supuestos en que la actividad requiera una titulación especial, la homologación del título correspondiente.

Es obligatorio señalar que la homologación no constituye el único trámite en España de atribución de efectos a títulos extranjeros, junto a él existen el reconocimiento y la convalidación. El hecho de que proceda uno u otro obedece a dos puntos de referencia: la nacionalidad del poseedor del título y el país de expedición del mismo. La LODYLE, sin embargo, únicamente se refiere a la homologación porque a ella se supeditan los títulos de aquellos que no sean nacionales de un Estados de la Unión Europea, el Espacio Económico Europeo o Suiza, aunque los distintos trámites surten efectos jurídicos diferentes.

Siendo imposible abordar el régimen de homologación⁵⁵, conviene destacar el importante papel que en el mismo desempeña los convenios bilaterales culturales suscritos por España. Es así determinante la nacionalidad del extranjero a la hora de obtener, en mayor o menor tiempo, la homologación de su título, lo cual aporta un dato a tener en cuenta en la sobrecualificación que afecta al colectivo inmigrante, con diferenciaciones, a la hora de acceder al mercado de trabajo español.

4.2- El estatuto laboral de los extranjeros en situación irregular

Aunque parece una contradicción en los términos en la medida en que una persona que se encuentra en situación administrativa de irregularidad, en principio, no podría ser titular de un contrato de trabajo puesto que, jurídicamente, no está habilitado para desempeñar ningún empleo por carecer de la autorización preceptiva al efecto, lo cierto es que la normativa ampara a este extranjero.

El innovador efecto del artículo 36.3 LODYLE que reconoce la validez legal del contrato de trabajo y de sus prestaciones para los extranjeros que se encuentren en situación irregular viene a suponer el reconocimiento de un estatuto jurídico mínimo

⁵⁵ En el mismo habría que distinguir entre la homologación de títulos de educación superior, en la que encontramos diversidad de procedimientos, y la homologación de títulos y estudios de educación no universitaria, vid., entre otros, Moya, M. , “Artículo 36. Autorización para la realización de actividades lucrativas”, Esplugues, C. (Coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, op. cit., pp. 876-950, en concreto pp. 915- 945.

para dicho inmigrante⁵⁶, subordinado en este caso a su condición de trabajador aunque sea en el ámbito informal del mercado de trabajo, que se completa, como veremos, con el reconocimiento jurisprudencial de derechos de participación.

Para los extranjeros irregulares, la regla general a la luz del mencionado precepto es la validez del contrato de trabajo, superando así las anteriores interpretaciones que consideraban dicha relación, a efectos jurídicos, nula de pleno derecho. Como está ocurriendo en otros supuestos, la jurisprudencia en este caso ha asumido un importante papel corrector y garantista de los derechos de los extranjeros. Así quedo sentado, por ejemplo, en la sentencia dictada en unificación de la doctrina por el Tribunal Supremo el 9 de junio de 2003, en la que reconoció un accidente de trabajo de un extranjero en situación irregular, admitiendo la plena validez del contrato de trabajo, y la aplicación y extensión de las distintas coberturas, sin perjuicio de las responsabilidades del empresario desde el ámbito de la Seguridad Social⁵⁷.

Considerando válido el contrato de trabajo, el inmigrante en situación de irregularidad ve reconocidos distintos derechos y prestaciones. En cuanto a la Seguridad Social, frente a la premisa del artículo 10 LODYLE que veíamos anteriormente, el extranjero tendrá derecho a todas las prestaciones derivadas del trabajo, teniendo en cuenta además la acción protectora del artículo 38.1 de la Ley General de la Seguridad Social. Por lo que se refiere a supuestos específicos podemos al menos mencionar⁵⁸:

a) Ante los accidentes de trabajo y enfermedad profesional, la tendencia jurisprudencial es la de reconocer la protección absoluta del extranjero.

b) En el caso de las prestaciones por desempleo, parecen existir dos tratamientos diferenciados según acudamos al orden contencioso-administrativo, en la que la obligación de cotizar en supuestos de trabajo en situación irregular es abordada de forma favorable por la jurisprudencia, o en el ámbito social, que ha generado tradicionalmente la conclusión contraria.

c) En cuanto a las prestaciones no contributivas, en prestaciones por hijo a cargo o jubilación, en principio dichas prestaciones no han sido reconocidas a los extranjeros

⁵⁶ Pérez, J., “De un status laboral mínimo para situaciones de migración irregular”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, marzo 2004, pp. 9-38.

⁵⁷ Vid. García-Perrote, I., y Mercader, J., “Extranjeros en situación irregular y responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social. Cambios jurisprudenciales, cambios legales”, *Relaciones Laborales*, nº 16, 2003, pp. 5-9.

⁵⁸ Se trata de una cuestión de especial complejidad sobre la que existe abundante doctrina y jurisprudencia. Un excelente resumen al respecto puede encontrarse en Trinidad, M. L. y Martín, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, op. cit., pp. 195-215.

en situación irregular, si bien importantes sentencias dictadas para la unificación de la doctrina como la del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2003 admiten el desempleo asistencial, mientras que en el caso de la prestación de jubilación en su modalidad no contributiva persiste el problema del cómputo si se atiende a la literalidad del artículo 31 LODYLE.

d) Por lo que se refiere a las rentas de inserción nos remitimos a lo ya apuntado a propósito del artículo 14. 3 LODYLE destacando el relevante papel, a tal efecto, de las Comunidades Autónomas.

Dando validez al contrato se hace, por tanto, una distinción entre lo que serían las responsabilidades penales, administrativas y laborales del empresario por la contratación del extranjero en situación irregular, aunque no reviertan a favor de dicho extranjeros para regularizar su situación, y los efectos jurídicos del contrato de trabajo para el extranjero en forma de derechos. Ciertamente tiene que valorarse de un modo positivo el esfuerzo legislativo realizado para no descargar las mayores consecuencias de la relación laboral informal sobre el trabajador como ocurría con anterioridad al 36.3 LODYLE.

En cuanto a las sanciones aplicables directamente a las personas en situación irregular, no ya a sus empleadores, con el objetivo de combatirla, la LODYLE (en su artículo 53 a y b) contempla como infracción grave tanto la mera estancia irregular en territorio español como el encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo. Las infracciones graves, según el artículo 55 de la LODYLE, se sanciona con multa entre 301 y 6.000 euros⁵⁹.

Sin embargo, en el caso concreto de los dos supuestos mencionados es potestativo el sustituir ésta por expulsión del territorio español, previa tramitación del correspondiente expediente administrativo. Amparándose en esta posibilidad legal, se ha desarrollado en los últimos años en España una práctica que responde más bien a lo que podríamos considerar una interpretación inversa a la legalidad vigente, optando por la expulsión como medida sancionadora por excelencia en caso de irregularidad, cuando en realidad esa no es la previsión legal existente⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. Quintana, J. P., “Régimen sancionador en materia de extranjería. Procedimiento y garantías”, VV. AA. , *Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pp. 269-410.

⁶⁰ Cfr. Santolaya, P., “Los inmigrantes en situación irregular (1990-2004)”, en Aja, E. y Arango, J. (eds.), *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*, op. cit., pp. 129-141 y Goizueta, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, op. cit., pp. 253-271.

Por ello, ha sido la jurisprudencia la que una vez más ha venido a interpretar la norma acudiendo a criterios básicos de justicia como el principio de proporcionalidad. En este sentido, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007 viene a ratificar la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, que anuló la expulsión por estancia y trabajo irregulares⁶¹.

La argumentación jurídica que mantiene el Tribunal Supremo para consolidar la sentencia impugnada, clarifica de modo ejemplar la interpretación que debe realizarse de la LODYLE en este punto. Así comienza por sostener que en los casos de “permanencia ilegal”, la Administración puede imponer como sanción la multa o la expulsión. Siendo la expulsión más grave y secundaria requiere una motivación específica, que ha de ser distinta o complementaria de la mera permanencia ilegal que, en principio, es castigada con multa. Por tanto, si se opta por sancionar con la expulsión, la Administración ha de especificar “cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y... cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y prohibición de entrada, que es una sanción más grave que la de la multa”⁶².

Por tanto, la mera estancia irregular o la realización de una actividad laboral sin la autorización preceptiva, sin otros hechos negativos, no dan lugar por sí mismas a la sanción de expulsión, sino a la de multa, teniendo la Administración que motivar de forma expresa por qué acude a aquélla y no a ésta⁶³.

5- Derecho a intimidad familiar y a la vida en familia

⁶¹ STS 9 de marzo de 2007, sala de lo contencioso, nº recurso 9887/2003. En este caso se impugna la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 10 de octubre de 2003, que anuló la resolución de la Delegación de Gobierno de Cantabria de 27 de noviembre de 2002, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la resolución de 15 de abril de 2002, que decretaba la expulsión del territorio nacional de la recurrente, con prohibición de entrada durante tres años, por encontrarse en España desde hacía tres meses careciendo de documentación que autorizara su entrada y permanencia, y encontrarse trabajando sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa. La anulación de la resolución impugnada, estimando el recurso por parte del Tribunal Superior de Justicia se produjo aduciendo que las infracciones imputadas a la recurrente pueden ser sancionadas con multa en vez de con la expulsión, para la cual se exige una motivación específica que, en este caso, no se daba en los autos.

⁶² Fundamento de derecho quinto (3º) STS 9 de marzo de 2007.

⁶³ Fundamento de derecho quinto (4º) STS 9 de marzo de 2007. Es así mismo relevante que la sentencia puntualice que de cara a la consideración de esos hechos negativos que pueden justificar el recurso a la expulsión, en lugar de la multa, la dedicación a actividades profesionales, como en este caso, la de “alterne”, no pueden suponer ninguna connotación desfavorable en cuanto a la gradación de la sanción, ya que, la jurisprudencia ha reiterado que se trata de una actividad lícita como medio de vida. Fundamento jurídico sexto. STS 9 de marzo de 2007.

La regulación del artículo 16 LODYLE relativo al derecho a la intimidad familiar, consagrado además en el artículo 18. 1 CE, resulta un tanto confusa en la medida en que aún, en su inciso primero, éste al derecho a la vida en familia, cuando ambos se había concebido tradicionalmente de forma separada. Su ubicación conjunta ha suscitado un arduo debate doctrinal que puede sintetizarse en dos posturas: la de aquellos que consideran que la reagrupación familiar es una manifestación de una nueva vertiente del derecho fundamental a la intimidad familiar y a la vida en familia; y la de quienes entienden que el derecho a la intimidad familiar y a la vida en familia son dos realidades jurídicas diferentes cuya identificación en el la LODYLE obedece a un error dogmático⁶⁴.

En su dimensión práctica, me parece más acertado entender, como demuestra la continua interpretación jurisprudencial⁶⁵, que, desde la dimensión constitucional, estamos en el ámbito de los principios rectores de la política social y económica, en concreto, en el relativo a la protección social, económica y jurídica de la familia, que el artículo 39 CE encomienda a los poderes públicos. De tal forma que siendo dicha protección un objetivo necesario, ha de ser concretado por el poder público, ponderando otros objetivos legítimos, pero sin que pueda entenderse que la identificación de ambos derechos suponga una ventaja para sus destinatarios⁶⁶.

5.1.- La reagrupación familiar

La reagrupación de los familiares de los extranjeros extracomunitarios aparece regulada en los artículos 16 a 19 de la LODYLE, y 38 a 44 del reglamento de 2004⁶⁷. Las disposiciones legales aludidas, salvo el párrafo primero del artículo 16, han sido objeto de nueva redacción tanto por la LO 8/2000 como por la LO 14/2003. Ésta última para eliminar la ilegalidad puesta de manifiesto por parte del Tribunal Supremo con respecto a la reagrupación familiar en cadena a propósito del reglamento de 2001.

⁶⁴ Un detallado análisis de esta controversia y sus implicaciones puede encontrarse en Vargas, M., *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*, Aranzadi, Navarra, 2006, pp. 103-129.

⁶⁵ Así, por ejemplo, no se entiende vulnerado el derecho a la intimidad familiar del artículo 18.1 CE por la denegación de visado para la reagrupación familiar vid., entre otras, SSTS 1 de julio de 2000 y 21 de mayo de 2001.

⁶⁶ En este sentido lo mantiene, en mi opinión acertadamente, entre otros Santolaya, P., *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 16

⁶⁷ Conviene tener en cuenta en este punto la Directiva 2003/86/CE sobre reagrupación familiar. Vid. Álvarez, A., *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y residentes de larga duración*, CIDOB Edicions, Serie Migraciones, nº 8, Barcelona, marzo 2006.

Desde la LO 8/2000, la reagrupación tan sólo se reconoce como un derecho (más bien limitado) de la persona residente que cumpla determinados requisitos, no del familiar reagrupable, a pesar de su innegable vinculación con los derechos fundamentales. La persona reagrupante sólo podrá ejercer este derecho cuando haya residido legalmente un año en España y tenga autorización para residir al menos otro. Esta última exigencia ha sido flexibilizada por el artículo 42.1 del reglamento al permitir la reagrupación desde el momento de la solicitud de la renovación. Por tanto ni residentes con una autorización inicial ni personas en situación irregular pueden beneficiarse de la reagrupación.

Además de las limitaciones en cuanto al titular, se reduce también a su mínima expresión el concepto de familia. En efecto, en relación a los familiares reagrupables el artículo 17 de la LODYLE y el 39 del reglamento, se caracterizan por su confusión y compleja redacción, que podría admitir interpretaciones más amplias de las estrictamente legales. En ambos preceptos se concretan como beneficiarios de la reagrupación:

a) Cónyuge: no cabe la reagrupación si la pareja se encuentra separada de hecho o de derecho, intentando así combatir los falsos matrimonios, además se insiste en que el matrimonio no debe haberse celebrado en fraude de ley. Puesto que de hecho, y también de derecho porque sino no tiene sentido la reagrupación⁶⁸, la persona reagrupada y la reagrupante están separadas en países distintos puede entenderse que el vínculo conyugal persiste si no se ha dado una disolución del mismo mediante una decisión judicial firme. Para verificar la no separación de la pareja en ocasiones procede la correspondiente investigación policial, que plantea serias dudas en su compatibilidad con el principio constitucional de derecho a la intimidad familiar. La falta de validez del matrimonio poligámico en España, hace que sólo se permita la posibilidad de reagrupar a un cónyuge.

b) Descendientes: sólo se incluye en este grupo a los hijos menores de dieciocho años e incapacitados, que no estén casados (artículo 17.1.b) LODYLE y artículo. 39.2 del reglamento). Éstos pueden ser tanto biológicos como adoptivos. Es más, se prevé el

⁶⁸ En el intento de prevenir situaciones de regularización individual por la vía de la reagrupación se señala reglamentariamente que constituirá causa de inadmisión a trámite de la solicitud de visado que el reagrupado necesita y, en su caso, de denegación del mismo, el hecho de que la persona extranjera se halle en España en situación irregular, evidenciado por el poder de representación o por datos que consten en la Administración. Podemos enlazar esta cuestión con los datos que figuran a disposición de la Administración, por ejemplo, a través del padrón, como veíamos anteriormente.

supuesto de la adopción constituida fuera de España, siendo de aplicación el artículo 9.5 del Código Civil que trata de asegurar que existe una auténtica relación filial.

c) Menores e incapaces: las personas menores de dieciocho años o incapaces cuyo representante legal sea una persona extranjera residente también pueden beneficiarse de la reagrupación familiar (artículo 17.1.c) LOEX y artículo 39.3 del reglamento).

d) Ascendientes: la reagrupación de ascendientes bien del reagrupante o de su cónyuge está subordinada a la exigencia de justificar que están a su cargo y que además existan razones de la necesidad de autorizar su residencia en España (artículo 17.1.d) LOEX y artículo 39.4 del reglamento). El reglamento de 2004 introduce una importante novedad, respecto a su predecesor, al estipular que se entiende por “estar a cargo”. Así, en su artículo 39.5., señala "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. El Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y el Ministerio del Interior determinarán conjuntamente la cuantía o el porcentaje de ingresos considerados suficientes a estos efectos, así como el modo de acreditarlos".

Remitiendo el análisis exhaustivo del procedimiento para la reagrupación familiar a los mencionados preceptos legales y reglamentarios que lo concretan, y teniendo presente en todo caso que se trata de un procedimiento doble que exige actuaciones tanto del reagrupante en España cuanto del reagrupado que se encuentra en su país de origen, es obligatorio hacer una breve mención a los supuestos tradicionalmente más controvertidos para hacer efectivo el derecho a la vida en familia por medio de la reagrupación familiar.

En primer lugar, la persona reagrupante además de los requisitos ya indicados, tiene que demostrar, en virtud del artículo 18.1 de la LODYLE, que dispone de una vivienda adecuada y de los medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada. Por lo que se refiere a la cantidad exacta en relación a los recursos económicos, nada se estableció en el reglamento de 2001 ni tampoco en el reglamento de 2004. En éste último se deja para una futura regulación mediante una Orden Ministerial la concreción de dicha cuantía de los medios de vida

exigibles (artículo 42.2.d del reglamento). A efectos prácticos conviene tener en cuenta el punto de referencia que constituye el salario mínimo interprofesional⁶⁹.

En cuanto al alojamiento adecuado, según el artículo 42.2.e) del reglamento, la persona reagrupante deberá aportar justificación documental que pruebe la disponibilidad de una vivienda adecuada para atender sus necesidades y las de la familia que va a reagrupar. Este requisito se acreditará mediante informe expedido por la Corporación Local del lugar de residencia de la persona reagrupante. La corporación local deberá emitir su informe y notificarlo en el plazo máximo de quince días desde la solicitud. La notificación se hará tanto al reagrupante como a la autoridad competente para resolver la autorización de reagrupación. En caso de que la Corporación no hubiese emitido informe de disponibilidad de la vivienda, subsidiariamente, podrá justificarse este requisito presentando acta notarial. Para justificar que la vivienda puede considerarse como adecuada, el informe o acta notarial debe hacer referencia a : título que habilite para la ocupación de la vivienda, número de habitaciones, uso al que se destina cada una de las dependencias de la vivienda, número de personas que la habitan y condiciones de habitabilidad y equipamiento de la misma.

La práctica común de acudir al notario para cubrir este requisito, con el consiguiente coste económico, ha sido criticada, desde algunos sectores, señalando que para redactar los informes sobre la habitabilidad de la vivienda, es mucho más adecuado que lo realicen las corporaciones locales dotándolas de medios y exigiendo que se emitan en un plazo de tiempo corto⁷⁰.

Tras la reforma de la LO 14/2003 la posibilidad de ejercer la reagrupación familiar por la propia persona previamente reagrupada queda bastante restringida. No se permite las reagrupaciones en cadena, por ello se exige que la persona reagrupada (cónyuge, descendiente o ascendiente) tenga autorización de residencia y de trabajo de carácter independiente para poder reagrupar. En el caso de los ascendientes reagrupados se requiere que la autorización de residencia sea de carácter permanente. Además, han de demostrar solvencia económica, salvo que se tenga a cargo hijos menores o incapacitados, en cuyo caso les basta con la autorización de residencia temporal.

Todas estas limitaciones están en sintonía con la caracterización jurisprudencial de la reagrupación familiar. El Tribunal Constitucional entiende que el derecho a la vida

⁶⁹ Establecido actualmente en el Real Decreto 1763/2007, de 28 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2008. BOE nº 312, de 29 de diciembre.

⁷⁰ Conclusiones del 16 Encuentro de Abogacía sobre Derecho de Extranjería y Asilo, op. cit., p. 103.

familiar no se reconoce en nuestra Constitución en los términos en que ha sido interpretado el artículo 8.1 CEDH⁷¹ por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y que tampoco existe un derecho fundamental a la reagrupación familiar, pues uno y otro (vida en familia y reagrupación familiar) no forman parte del contenido del derecho a la intimidad familiar garantizado por el artículo 18.1 CE⁷².

5.2.- Los menores extranjeros no acompañados

Una cuestión íntimamente conectada con la vida en familia, y que ha suscitado no pocas controversias en los últimos años mereciendo por ello un breve apunte es la de los menores extranjeros no acompañados en territorio español. Obviamente en este supuesto asistimos a la tensión entre dos sectores normativos: por una parte, las previsiones legales relativas a la extranjería marcadas por las restricciones que se imponen a los derechos, y por otra, las normas de menores inspiradas en su protección y consagradas por la protección constitucional reforzada a estos sujetos⁷³.

En la LODYLE la protección jurídica del menor se postula como un principio general, de tal forma que su artículo 35 y del 92 al 94 del reglamento, contemplan un procedimiento de amparo de carácter integral. Una primera cuestión inicial es la de determinar la minoría de edad para que el extranjero en cuestión pueda beneficiarse de dicho régimen. Para ello el reglamento establece la colaboración de las instituciones sanitarias con carácter prioritario y urgente para realizar las pruebas necesarias que determinen la edad. Si durante este procedimiento el menor necesita atención inmediata, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado lo solicitarán a los servicios competentes de protección de menores. En cambio, si no existen dudas sobre la minoridad, la policía pondrá al extranjero a disposición de los servicios de protección del menor, poniendo el hecho en conocimiento del Juez Instructor y el Ministerio Fiscal.

⁷¹ Artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “ Toda persona tiene el derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha deducido de este precepto un derecho a la vida familiar que incluiría el disfrute por padres e hijos de su mutua compañía (STEDH caso *Johansen*, de 27 de junio de 1996, § 52). De todos modos no ha llegado a deducir de forma explícita, de dicho precepto, un derecho a la reagrupación familiar (SSTEDH caso *Ahmut*, de 28 de noviembre de 1996, § 67; caso *Gül*, de 19 de febrero de 1996, §§ 39-43) que en todo caso solo sería eficaz si, por impedimento legal o fáctico, la vida familiar no fuera posible en ningún otro lugar (STEDH caso *Sen*, de 21 de diciembre de 2001 §§ 24-48). Este Tribunal sí que ha reconocido que dicho artículo 8.1 CEDH puede suponer un límite a la aplicación de las causas legales de expulsión de los extranjeros teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la ponderación de los intereses en juego (STEDH caso *Dalia*, de 19 de febrero de 1988 §§ 39-45, 52-54).

⁷² STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 11º.

⁷³ Vid. Méndez, E., *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.; Álvarez, A., “Los menores y el derecho de extranjería”, *Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería*, Zaragoza, 27 de Abril de 2006, VV. AA., *Los derechos de los menores extranjeros*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2007.

El concepto de menor de edad al que se refiere el mencionado artículo 35 LODYLE, admite distintas interpretaciones. La doctrina mayoritaria opta por aplicar conjuntamente la normativa de extranjería y las normas civiles de protección de menores⁷⁴, de tal forma que la mayoría de edad vendría concretada, en principio, por lo previsto en el ordenamiento jurídico del país correspondiente a la nacionalidad del menor en cuestión, con el límite de los dieciocho años, que es el que se establece en el caso español⁷⁵.

Ahora bien, esta opción puede no ser fácilmente compatible con el régimen previsto en el artículo 9 de nuestro Código Civil, que hace referencia a la ley personal del sujeto, la de su nacionalidad, sin excepciones, a la hora de determinar la mayoría de edad. En todo caso, el apartado sexto de ese mismo precepto posibilita la aplicación de la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo en el supuesto de menores abandonados en territorio español. Además en el ámbito del derecho comparado la mayoría de edad se alcanza en ocasiones al sobrepasar ese límite español de los dieciocho años, no teniendo por tanto los sujetos que se encontraran en esa situación carácter de menores de edad si se hallasen en territorio español⁷⁶.

A estos efectos conviene tener en cuenta la Instrucción 6/2004 de la Fiscalía General del Estado, de 26 de noviembre, sobre el tratamiento jurídico de los menores extranjeros no acompañados⁷⁷, que mantiene un principio de interpretación *iuris tantum* de tal forma que se considere menor toda persona que no tenga dieciocho años, sin perjuicio de la posterior determinación de conformidad con su ley personal, atendiendo al mencionado artículo 9 CC, siempre que toda actuación se lleve a cabo aplicando el principio del superior interés del menor.

La idea fundamental en relación a los menores no acompañados que se desprende de la LODYLE, sin renunciar a su protección, es que su residencia temporal en España sólo se adopta cuando no pueda llevarse a cabo la repatriación. En este sentido, el

⁷⁴ Así, por ejemplo, los artículos 1, respectivamente, de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1959 adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Vid. Fernández, B., *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, Aranzadi, Madrid, 2007.

⁷⁵ Vid. Campuzano, B., “Los menores extranjeros”, Sánchez, M. A. (Coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, op. cit., pp. 421-438.

⁷⁶ Cfr. De Lorenzo, M., “Artículo 35. Residencia de menores”, Esplugues, C. (Coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, op. cit., pp. 859-875, en concreto p. 864.

⁷⁷ Es interesante, así mismo, contrastarla con su predecesora la Instrucción 3/2003 y las críticas que recibió, Cfr. Carrió, A., “La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003”, *Diario La Ley*, año XXV, núm. 6003, 23 de abril de 2004, pp. 1-6.

artículo 92.4 del reglamento prima el principio de reagrupación familiar conjugado con el de interés superior del menor, de forma que después de oírle y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá si procede la repatriación a su país de origen o a aquel en el que se encuentren sus familiares, o si en cambio se opta por su permanencia en España. En todo caso, los gastos que genere la repatriación deberán ser afrontados por la familia del menor o por los servicios de protección de menores de su país, sólo subsidiariamente se cubrirán por la Administración General del Estado Español.

La regla general es, por tanto, la repatriación bien con la familia o bien con los servicios de protección del menor del país de origen. De forma que, sólo si ésta no es posible tras nueve meses desde que se haya puesto a disposición de los servicios españoles de protección de menores, se le otorgará la autorización de residencia temporal, correspondiendo su tutela a la entidad pública en España. Dicha autorización no impedirá, en todo caso, la repatriación si ésta pudiera realizarse posteriormente. La repatriación quedará condicionada a la autorización judicial, con la preceptiva comunicación al Ministerio Fiscal, cuando el menor se encuentre incurso en un proceso judicial. La actuación de ambas instituciones en los distintos supuestos en los que puede encontrarse el menor extranjero no acompañado es la garantía jurídica del respeto al principio de interés superior del menor⁷⁸.

Se mantiene la existencia de un registro de menores extranjeros no acompañados, según lo dispuesto en el artículo 111 del reglamento, dependiente de la Dirección General de Policía, cuyo único efecto es la identificación de los menores.

Existe una excepción a la medida general de repatriación mediante entrega del menor a las autoridades de frontera del país al cual se le va a repatriar, una vez que se ha localizado a su familia, o en su defecto, los servicios de protección de menores, ésta es la relativa al caso de que exista riesgo o peligro para la integridad del menor, por motivos propios o de su familia.

Si finalmente el menor extranjero no acompañado accede a una autorización de residencia, quedando bajo la tutela de la Administración, facilitar su integración es un de los objetivos legalmente establecidos⁷⁹. Para ello, además de las medidas generales de escolarización aplicables a los menores en territorio español (como se apuntaba

⁷⁸ Vid. Ruíz, A., “Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, 2004, pp. 293-303.

⁷⁹ Cfr. Moya, D., “La intervención sobre los menores inmigrantes desamparados en Cataluña: reflexiones desde la Constitución”, *Migraciones*, nº 12, 2002, pp. 103-139.

anteriormente a propósito del derecho a la educación) y de los programas específicos existentes al respecto, se contempla la posibilidad del acceso laboral, con la exención de obtener la preceptiva autorización al efecto, cuando concurren diversas condiciones⁸⁰: a) de carácter subjetivo: que el menor tenga entre 16 y 18 años y este bajo la tutela de una entidad de protección de menores; b) de carácter objetivo: sólo para las actividades propuestas por dicha entidad; c) de carácter temporal: la duración de la exención será mientras el menor permanezca en dicha situación, no si cambian sus circunstancias; d) de carácter finalista: siempre que las actividades en cuestión favorezcan el objetivo perseguido de la integración.

6- Derechos de participación

De forma simplificada pueden destacarse algunos retrocesos introducidos con la reforma de la LO 8/2000, y no modificados con la LO 14/2003, en un primer conjunto de derechos de participación íntimamente vinculado con libertades como la de expresión, que denominaremos derechos de participación social. En segundo lugar, no puede obviarse el actual debate sobre el derecho de participación pública por excelencia, el de sufragio o voto, que en el ámbito español se está cuestionando en su dimensión más básica, la del derecho de sufragio en las elecciones municipales, como forma de incentivar la intervención en la vida pública del colectivo inmigrante, favoreciendo así su integración .

6.1- Derechos de participación social

Aunque la LO 4/2000 había reconocido a todas las personas extranjeras derechos como el de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, con la reforma introducida por LO 8/2000 se limitó el ejercicio de tales derechos a aquellas personas extranjeras que obtuvieran autorización de estancia y residencia. Con relación a estos derechos la actual normativa (en los artículos 7, 8 y 11 LODYLE) señala que los extranjeros los tendrán conforme a las leyes que los regulan para los españoles pero que sólo “podrán ejercer (el derecho de que se trate) cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”.

Estos preceptos han de ser considerados inconstitucionales y el legislador está emplazado a modificarlos de acuerdo con lo establecido en la reiterada sentencia 236/2007, y las sucesivas relativas a los recursos de inconstitucionalidad de la LO

⁸⁰ Así lo mantiene Trinidad señalando que el caso de menores solicitantes de asilo se estará a lo dispuesto en el artículo 15 del reglamento de ejecución de la Ley del Derecho de Asilo, vid. Trinidad, M. L. y Martín, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, op. cit., p. 89.

8/2000 que como ya hemos señalado la ratifican. Respecto a cada uno de estos derechos conviene destacar:

1- En cuanto al derecho de reunión dicha sentencia puntualiza que la definición constitucional del mismo realizada por la jurisprudencia, y su vinculación con la dignidad de la persona, derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre. El ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el artículo 10 CE, son el fundamento del orden político y de la paz social. En este contexto el legislador orgánico está habilitado para fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete el contenido constitucional del mismo. Sin embargo, lo que ha hecho dicho legislador con el artículo 7.1 de la Ley Orgánica 4/2000, tras la LO 8/2000, no es una modulación del derecho de reunión, si no que ha establecido condiciones que anulan la posibilidad de ejercerlo por parte de los extranjeros que no dispongan de autorización de estancia o residencia en España, por ello declara la inconstitucionalidad del precepto⁸¹.

2- El derecho de asociación se vincula en la sentencia a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, al entender que protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. De la Constitución y los tratados internacionales puede extraerse la “proyección universal”, por tanto, no es constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Es posible fijar legalmente límites siempre que se respete el contenido constitucionalmente declarado⁸².

De ahí que se establezca la inconstitucionalidad del artículo 8.1 de la LO 4/2000, tras la reforma de la LO 8/2000, puesto que, como en el caso anterior, excluye cualquier ejercicio de este derecho por parte de los extranjeros que carecen de autorización de estancia o residencia en España, vulnerando el artículo 22 CE en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el artículo 10.2 CE.

3- Por lo que se refiere a la libertad sindical la sentencia mantiene que la concepción según la cual el derecho de libertad sindical se ejercería exclusivamente por

⁸¹ STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 6º.

⁸² STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 7º.

quienes ostentan la condición de trabajador en sentido legal no se corresponde con la titularidad del derecho fundamental. Por ello, puede reconocerse la libertad de sindicarse a los extranjeros no autorizados para estar o residir en España, quienes pueden afiliarse a los Sindicatos españoles para la defensa de sus intereses, entre los que puede encontrarse la regularidad de su situación, pese a la irregularidad de la misma. De todos modos, persiste la posibilidad, para el legislador, de fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de sindicación por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre que respete el contenido constitucional⁸³.

Por ello declara inconstitucional el artículo 11.1 de la LO 4/2000, tras la redacción dada por la LO 8/2000, en lo relativo al derecho a sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional.

De estas afirmaciones podría extraerse la conclusión de que los mencionados derechos, por su vinculación con la dignidad humana, han de estar integrados dentro del primer grupo, de los tres que enunciamos a propósito de la teoría tripartita. Sin embargo, el Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad, pero no la nulidad (como en el caso del derecho a la educación de naturaleza no obligatoria o la asistencia jurídica gratuita). Así remite la concreción de tales derechos al legislador dejando claro que es el habilitado para hacerlo y que en todo caso, estamos ante un supuesto de modulación legal⁸⁴. Son, por tanto, derechos predicables en este momento, en cuanto a la titularidad y el ejercicio, respecto de las personas en situación irregular, aunque quede pendiente la reforma legal que concrete las condiciones de ejercicio.

⁸³ STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 9º.

⁸⁴ En opinión del Tribunal Constitucional: “En el presente caso no procede declarar la nulidad de los artículos de la Ley 8/2000 que garantizan los derechos de reunión, asociación y sindicación a los extranjeros que hayan obtenido autorización de estancia o residencia en España porque ello produciría un vacío legal que no sería conforme a la Constitución, pues conduciría a la denegación de tales derechos a todos los extranjeros en España, con independencia de su situación. Tampoco procede declarar la nulidad solo del inciso ‘y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España’, que figura en cada uno de aquellos artículos, puesto que ello entrañaría una clara alteración de la voluntad del legislador ya que de este modo se equipararía plenamente a todos los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, en el ejercicio de los señalados derechos. Como hemos razonado anteriormente, no corresponde a este Tribunal decidir una determinada opción en materia de extranjería, ya que su pronunciamiento debe limitarse, en todo caso, a declarar si tiene o no cabida en nuestra Constitución aquella que se somete a su enjuiciamiento. De ahí que la inconstitucionalidad apreciada exija que sea el legislador, dentro de la libertad de configuración normativa (STC 96/1996, de 30 de mayo, FJ 23), derivada de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica libertad democrática (STC 55/1996, de 28 de marzo, FJ 6), el que establezca dentro de un plazo de tiempo razonable las condiciones de ejercicio de los derechos de reunión, asociación y sindicación por parte de los extranjeros que carecen de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Y ello sin perjuicio del eventual control de constitucionalidad de aquellas condiciones, que corresponde a este Tribunal Constitucional”, STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 17º.

Una última referencia a la reciente jurisprudencia constitucional nos sirve para constatar el reconocimiento del derecho de huelga al conjunto de los extranjeros en España con independencia de su situación administrativa. En efecto, la ya mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 259/2007, de 10 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Junta de Andalucía respecto a diversos preceptos de la LO 8/2000, reitera la referencial STC 236/2007, y añade una nueva precisión de inconstitucionalidad.

En relación al derecho de huelga el recurso de inconstitucionalidad se centraba en la redacción dada al artículo 11.2 de la LO 4/2000, tras la LO 8/2000, que hacía depender la posibilidad de ejercer el derecho de huelga al hecho de que los extranjeros tuvieran autorización para trabajar. El Tribunal alude al contenido constitucionalmente declarado del derecho (artículos 10.2 y 28.2 CE), y establece una directa relación con el ejercicio de la libertad sindical (ya reconocido con carácter general por la STC 236/20007, como veíamos anteriormente). A partir de este nexo de Unión concreta varias consecuencias jurídicamente relevantes para el ejercicio del derecho por parte de los extranjeros⁸⁵:

a) La titularidad del derecho de huelga pertenece a los trabajadores, aunque el mismo puede ser ejercitado por las organizaciones sindicales con implementación en el ámbito laboral al que se extiende la huelga, como contenido esencial del derecho a la libertad sindical. Por tanto, se reconoce el derecho de huelga, igual que el de libertad sindical, reforzando el carácter colectivo de ambos.

b) De la literalidad del artículo 28. 2 CE no puede deducirse una distinción en cuanto a los sujetos titulares del derecho, tampoco ésta se deriva del Real Decreto Ley 17/1997, de 4 de marzo, que lo reconoce de forma general a todos los trabajadores. Excluir totalmente del derecho de huelga a aquellos extranjeros que trabajen a pesar de carecer de la correspondiente autorización administrativa al efecto, no es compatible con el reconocimiento que el mencionado artículo constitucional realiza del derecho de huelga, ni con la exigencias del artículo 8.1 c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En virtud de dicho precepto los Estados signatarios han de garantizar el ejercicio del derecho estableciendo una regulación que no lo impida a los trabajadores que prestan servicios retribuidos por cuenta ajena aunque carezcan de los preceptivos permisos legales.

⁸⁵ STC 259/2007, de 19 de diciembre, fundamento jurídico 7º.

c) Por lo que se refiere al ámbito subjetivo del derecho de huelga, el Tribunal se remite a lo afirmado en relación al derecho de libertad sindical del trabajador extranjero⁸⁶ que, desde el punto de vista material, con independencia de la situación de regularidad o irregularidad, incluye a todo aquel que preste sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona.

Por todo ello el requisito de situación de regularidad (“legalidad”) del extranjero para el ejercicio del derecho de huelga es declarado inconstitucional y nulo, suprimiendo el inciso del mencionado artículo 11. 2 “cuando están autorizados a trabajar”.

6.2- Derechos de participación política: el derecho de sufragio

Según lo establecido en el artículo 13.2 CE y a la concreción legal que del mismo realiza el artículo 6. 1 LODYLE, los extranjeros residentes en España pueden ser titulares del derecho de sufragio en las elecciones municipales, atendiendo a criterios de reciprocidad, según lo que se establezca por ley o tratado. Respecto a esta previsión es necesario hacer tres puntualizaciones:

1- La posibilidad constitucional de los extranjeros para acceder al derecho de sufragio activo y pasivo, se contempla como una salvedad a los derechos reconocidos en el artículo 23 CE, que concreta el derecho de los ciudadanos a participar en los asuntos públicos⁸⁷.

2- La actual redacción constitucional es producto de la reforma operada en 1992 para reconocer derechos de sufragio “pasivo” en las elecciones municipales a los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea.

Precisamente con motivo de esta reforma que permitió encajar en el sistema constitucional el derecho de sufragio activo y pasivo de los ciudadanos comunitarios en las elecciones locales, el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse sobre el artículo 13.2 CE. Más allá de la tesis clásica de exclusión del derecho al voto pero sin apostar por una interpretación propiamente inclusiva, el Tribunal combinó dos

⁸⁶ STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 9º.

⁸⁷ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tradicionalmente, ha sido clara al interpretar el artículo 23 CE relativo al derecho a participar en los asuntos públicos, señalando, por ejemplo, que “para que la participación regulada en una ley pueda considerarse como una concreta manifestación del artículo 23 de la Constitución es necesario que se trate de una participación política, es decir, de una manifestación de la soberanía popular, que normalmente se ejerce a través de representantes y que, excepcionalmente puede ser directamente ejercida por el pueblo, lo que permite concluir que tales derechos se circunscriben al ámbito de la legitimación democrática directa del Estado y de las distintas entidades territoriales que lo integran, quedando fuera otros títulos participativos” (STC 119/1995, de 17 de julio, BOE de 22 de agosto de 1995). Además expresamente menciona y limita, el reconocimiento del derecho de sufragio al ámbito de las elecciones locales.

argumentos para ubicar en nuestro sistema y justificar dicho derecho de sufragio. Por una parte, señaló que las elecciones municipales deben ser consideradas como administrativas, de forma que la participación en las mismas, en este caso por parte de extranjeros, no supone propiamente una participación en órganos electivos con potestades unidas al ejercicio de la soberanía. Por otro lado, limitó la consideración de titulares del ejercicio de la soberanía a los órganos representativos a los que bien la Constitución o bien los Estatutos de Autonomía atribuyan potestades especiales solo aquellas unidas al ejercicio de la soberanía⁸⁸.

3- El artículo 6.1 LODYLE, únicamente alude al derecho de sufragio sin distinciones, por lo que, atendiendo a los mencionados preceptos constitucionales, debe entenderse que se refiere tanto al sufragio activo, en cuanto posibilidad de participar en los procesos electorales locales como votante, cuanto al sufragio pasivo, es decir, también como elegible.

La negación de estos derechos supone, en mi opinión, una estricta literalidad del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE, que se refiere exclusivamente a los españoles, en detrimento de la interpretación sistemática constitucional que, por la vía del 10.2 CE, y sin cuestionar el 13. 1 CE, admitiría respuestas más respetuosas con el pleno reconocimiento y garantía de las libertades de los extranjeros.

Parece obvio que la atribución de derechos de participación política está directamente vinculada con el nivel de integración de los extranjeros que cada país opta por potenciar. Siendo así, y asumiendo que el reconocimiento de tales derechos es una cuestión de derecho público interno, no puede negarse, como ha señalado una parte de la doctrina, que su internacionalización acudiendo al criterio de la reciprocidad es poco eficaz⁸⁹ Más bien al contrario, contribuye a acentuar las distintas realidades de los diversos países de procedencia de los extranjeros, trasladando esas diferencias a su estatuto jurídico en España y comprometiendo la integración⁹⁰.

Mientras se rechaza la posibilidad de modificación constitucional, la interpretación y concreción del concepto de reciprocidad, constituye un punto crucial en

⁸⁸ Declaración del Tribunal Constitucional nº 132.bis, Pleno, de 1 de julio de 1992.

⁸⁹ Vid. Massó, M. F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado Nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997, en concreto pp. 140 y ss.; y Rodríguez- Drincourt, J. J., *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997, en concreto pp. 332 y ss.

⁹⁰ Cfr. Solanes, A., "La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate", *Derechos y Libertades*, nº 18, enero 2008, pp. 67-95.

el debate sobre el derecho de participación política, en concreto el sufragio, de las personas inmigrantes⁹¹.

El actual modelo de reconocimiento del derecho limitado a la reciprocidad supone, como punto de partida, una suerte de diferenciación de los sujetos que si bien puede, a priori, resultar conforme con los más estrictas interpretaciones constitucionales (si recordamos en este punto la tesis tripartita de los derechos), configura asimetrías difícilmente compatibles con el objetivo de la integración. Ciertamente si el derecho al voto ha de venir por la vía de la reciprocidad, podemos encontrarnos inicialmente con una especie de reconocimiento a la carta, caso por caso, que favorezca sólo a lo nacionales de determinados países con los que sea posible tramitar un acuerdo en este sentido. Aparecerían en este punto un segundo nivel de obstáculos relacionados con la “selección” de los Estados con los que se considera más urgente reconocer acuerdos de este tipo, atendiendo a multitud de criterios que pueden ir desde la significativa presencia cuantitativa de sus nacionales en España, hasta la necesidad de activar medidas políticas u económicas de otro tipo.

Además resultaría especialmente problemático recurrir a la vía convencional en el caso de Estados con un dudoso régimen democrático, o con aquellos que establecen importantes diferenciaciones incluso entre sus nacionales (limitando, por ejemplo, el voto femenino). Por tanto, la firma de acuerdos solo o prioritariamente con determinados Estados para activar la reciprocidad, puede contribuir a aumentar las desigualdades dentro del propio colectivo inmigrante, creando más escalones de diferenciación jurídica de los que ya existen.

Incluso en el caso de que se firmara un número importante de acuerdos de reciprocidad, habría entonces que concretar cómo controlarla con ulteriores instrumentos de desarrollo.

Siendo la cláusula de la reciprocidad fuertemente limitadora de la posibilidad de participación política de las personas inmigrantes residentes en España, conviene apostar por fórmulas de interpretación de la misma que la hagan lo más flexible posible, facilitando así el reconocimiento del derecho. Como propone, entre otros, Esteban de la

⁹¹ A instancia de los Grupos Parlamentarios Socialista e Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya-Verts, se presentó el 10 de julio de 2006 la Proposición no de Ley sobre la extensión del derecho de voto en las elecciones municipales a los extranjeros residentes legales. En esta propuesta se insistía en la negociación de acuerdos con los países de origen para hacer que la reciprocidad sea un principio activo, a diferencia de lo que ocurre en la actualidad, y se postulaba la ratificación del mencionado Convenio europeo sobre la participación de los extranjeros en la vida local pública. Al mismo tiempo, solicitaba del Consejo de Estado, un informe sobre la aplicación del artículo 13.2 CE, en concreto respecto a la interpretación de la cláusula “términos de reciprocidad”.

Rosa la exigencia constitucional de atender a criterios de reciprocidad podría entenderse como “alusiva a un *reciprocidad de reconocimiento* del derecho de sufragio, y no de *ejercicio* del mismo”⁹².

Si bien el artículo 13.2 CE, no sería incompatible con la mencionada lectura extensiva del criterio de reciprocidad, la redacción dada por la LO 8/2000 al artículo 6.1 es más restrictiva. En efecto, el mencionado precepto de la LODYLE expresamente establece “...atendiendo a criterios de reciprocidad, en los términos que por Ley o Tratado sean establecidos para los españoles residentes en los países de origen de aquellos (los extranjeros residentes)”. A pesar de la literalidad del artículo, cabría una interpretación amplia para entender que este precepto no impone (al menos no expresamente) obstáculos para el reconocimiento del derecho de sufragio en las elecciones municipales a las personas extranjeras con arreglo a términos y condiciones diferentes de las que les son aplicadas a los españoles en los respectivos países de origen de éstas.

Si propiciamos la diferenciación entre reciprocidad en el reconocimiento y en el ejercicio, centrándola en el primer aspecto, el mencionado autor afirma que la exigencia constitucional podría quedar cubierta con un texto legal que, de forma general, reconociese el derecho de sufragio en las elecciones municipales a las personas inmigrantes en cuyos países de origen pudiesen votar los nacionales españoles, sin necesidad de que los requisitos exigibles en uno y otro caso tuvieran que ser necesariamente los mismos. En este supuesto, no nos encontraríamos ante un reconocimiento del derecho de participación jurídica con carácter universal, que como veíamos pasa por la reforma constitucional, puesto que seguirían siendo privados de tal derecho los nacionales de países que en absoluto reconocen derechos políticos a los españoles.

En todo caso, seguiría pendiente la adaptación a ese reconocimiento de la participación política, de otras normas de nuestro sistema como la LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que en concreto en su artículo 176.1 establece el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales para los residentes extranjeros en España cuyos respectivos países permitan el voto a los españoles en los términos de un tratado, no de una ley. Precisamente por esta cuestión se ha discutido doctrinalmente

⁹² Esteban de la Rosa, F., “Derechos de participación política y empadronamiento de los extranjeros en España (art. 6)”, Moya, M. (coord.), *Comentario sistemático a la ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001, pp. 547-577 y “Artículo 6. Participación pública”, Espulgues, C. (coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pp. 142-178, en concreto p. 151.

la constitucionalidad de dicho precepto al entender que la reciprocidad no sólo es convencional, sino que además también puede existir cuando las leyes de dos países atribuyen el mismo derecho recíprocamente a sus respectivos ciudadanos⁹³

No puede obviarse que la plena extensión de los derechos de participación a los extranjeros a partir de una construcción constitucional distinta de la actual obedece, por tanto, a una mera voluntad política que impulse dicha opción. Múltiples factores aconsejan plantear la posibilidad de la reforma del artículo 13.2 CE, de igual manera que fue en su momento modificado para propiciar la extensión de la participación política a los comunitarios. En este sentido, si se plantea la cuestión con claridad, aceptando que la democracia en los Estados modernos requiere la participación política de las personas inmigrantes con residencia estable en España y que ésta es imprescindible si se quiere potenciar una política de integración coherente, podemos concluir que la única salida lógica es la reforma constitucional.

Si ello es así, entre otras, existirían dos posibilidades: bien suprimir la exigencia de reciprocidad del artículo 13.2 CE; o bien suprimir el apartado segundo en su conjunto, en ambos casos el resultado final sería idéntico. La iniciativa puede venir tanto del Gobierno, cuanto de los Grupos Parlamentarios en el Congreso, en el Senado y de los Parlamentos de las Comunidades Autónomas. En cualquier caso, tal como ocurrió para poder ratificar el tratado de Maastricht, se debería acudir a la vía establecida en el artículo 167 de la Constitución, siendo la más viable y desde luego la más fácil para conseguir la modificación constitucional⁹⁴.

7- Otros derechos vinculados a las garantías

Existen un último grupos de derechos concebidos como garantías⁹⁵ en el reconocimiento y pleno disfrute de los que hemos visto hasta aquí. En general, se trata de derechos articulados para hacer frente a las posibles lesiones de libertades fundamentales que la Administración o terceros pueden ocasionar.

7.1- Tutela judicial efectiva

Del artículo 24. 1 CE se desprende la titularidad universal del derecho a la tutela judicial efectiva. En esta línea el artículo 20, conjugado con el 65, LODYLE reconoce que los extranjeros en España, sin distinción, gozará de este derecho. Ello significa que

⁹³ Cfr. Sagarra, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002, en concreto pp. 97-116.

⁹⁴ Aja, E. y Díez, L., “La participación política de los inmigrantes”, *La Factoría*, nº 10, 1999-2000.

⁹⁵ Vid. Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, en concreto pp. 15-35.

tanto si su situación es regular, como si no lo es, y tanto si se encuentra físicamente en territorio español, como si no, sigue siendo titulares de este derecho⁹⁶. Esta proclamación no obsta para que se trate de un derecho prestacional de configuración legal, cuyo ejercicio y prestación queda supeditado a la concurrencia de los requisitos que en cada caso exija el legislador, sin que esté pueda atacar el contenido esencial de tal derecho, como veíamos anteriormente al abordar la cuestión de la configuración legal de los derechos de los extranjeros.

Este derecho tiene un complejo contenido que ha sido configurado por una abundante jurisprudencia al respecto. Sintetizando las reiteradas interpretaciones que se han dado podemos aludir brevemente a los derechos que quedan subsumidos en la tutela judicial efectiva, apelando al enorme valor de los mismos en una materia como la extranjería en la que el reconocimiento de libertades está plagada de limitaciones y confusiones que exigen sistemáticamente la actuación de los jueces y tribunales⁹⁷:

a) El acceso a la jurisdicción, es decir, la posibilidad de recurrir a los poderes jurisdiccionales, asegurada en buena medida por la vigencia del principio “pro actione”. Dicho principio impide a los jueces y tribunales efectuar interpretaciones de los requisitos legalmente establecidos para acceder a los procesos cuando puedan eliminar o dificultar injustificadamente el derecho a que un órgano conozca y resuelva en Derecho sobre la pretensión que a él se le somete. Aunque en el ámbito de los procedimientos penales existen diferencias entre españoles y extranjeros especialmente a la hora de constituirse en acusación particular, en concreto en lo relativo a la obligación de prestar fianza; en los procesos contencioso-administrativo se insiste jurisprudencialmente en la aplicación del “favor actis”⁹⁸.

b) La obtención de una resolución fundada en Derecho, entendiendo por tal aquella que sea acorde con la Constitución, realizando un interpretación de los derechos y libertades en el sentido más favorable, y de acuerdo con el sistema de fuentes

⁹⁶ Vid. STC 11/2005, de 31 de enero, BOE de 3 de marzo de 2005.

⁹⁷ Sigo en este punto la clasificación propuesta, en el comentario de este precepto, por autores como Arenas, E., “Garantías jurídicas. Artículo 20: derecho a la tutela judicial efectiva”, Molina, C. y Monereo, F. (Dir.), *Comentarios a la ley y al reglamento de extranjería e integración social*, Comares, Granada, 2001, pp. 314-341; Iñiguez, D., “Derecho a la tutela judicial efectiva”, Santolaya, p. (coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2002., pp. 142-150; Lara, A., “Derecho a la tutela judicial efectiva” Moya, M. (Dir.), *Comentario a la ley de extranjería*, op. cit., pp. 709-762 y en Esplugues, C. (Coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, op. cit., pp. 521-563; Sánchez, M. A., “El derecho a la tutela judicial efectiva”, Sánchez, M. A. (Coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, op. cit., pp. 269-296.

⁹⁸ Vid., a modo de ejemplo, SSTC 10/2001, de 29 de enero, BOE de 1 de marzo de 2001; 133/2005, de 23 de mayo, BIE de 26 de junio de 2005.

establecido en nuestro ordenamiento jurídico⁹⁹. Se intenta así combatir la arbitrariedad, que no la discrecionalidad en buena medida presente en la normativa de extranjería, de la Administración. En este punto, para la delimitación entre arbitrariedad y discrecionalidad, resulta especialmente interesante la interpretación jurisprudencial al respecto que deja constancia, por ejemplo, de que una fundamentación que se apoye en una interpretación excesivamente estricta de las normas, en la que no se conceda a la parte la posibilidad de subsanación del defecto advertido, no supone que la fundamentación sea arbitraria, irrazonable o incurra en error patente¹⁰⁰.

Dicha resolución debe asimismo estar motivada, bastando para ello que los argumentos esgrimidos permitan conocer los motivos de la decisión adoptada, y ser congruente, resolviendo las pretensiones de las partes en los términos que vengan planteadas.

c) En cuanto a las garantías en el proceso, podemos diferenciar distintos derechos: el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas, de ahí otros derechos como el de juez ordinario predeterminado por la ley, defensa y asistencia letrada, asistencia de un intérprete, alegación y prueba; los derechos derivados de la legislación general sobre procedimiento administrativo tales como el derecho a conocer el estado de la tramitación de los procedimientos, y a formular alegaciones y aportar documentos, el acceso a registros y archivos, el trato respetuoso, el derecho a obtener una resolución expresa; y las garantías específicas en los procedimientos administrativos de extranjería que se recogen en la LODYLE, en su artículo 20.2, tales como la publicidad de las normas, la audiencia al interesado y la motivación de las resoluciones, si bien el artículo 27.6 LODYLE establece un régimen especial para la motivación de la denegación de visado en lo que solo existe la obligación de motivación en los supuestos de denegación de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena. A efectos prácticos, es obvio, que la falta de motivación dificulta la posibilidad de recurso del acto administrativo en cuestión pudiendo, en ocasiones, producir

⁹⁹ Un intenso debate doctrinal, de especial trascendencia práctica, que se plantea a propósito de esta cuestión, es el relativo a aquellos procesos en los que el aplicador del Derecho debe tener en cuenta a la hora de elaborar su fundamentación un ordenamiento jurídico diferente del español, en el que se discute si lo que procede ante la falta de alegación y prueba del ordenamiento jurídico extranjero es aplicar el español, con carácter sustitutivo; si debe desestimarse la demanda; o si el tribunal español debe aplicar de oficio dicho ordenamiento jurídico extranjero imputándole el coste de la prueba a la parte que debió probarlo y no lo hizo. Vid., Lara, A., "Derecho a la tutela judicial efectiva" Moya, M. (Dir.), *Comentario a la ley de extranjería*, op. cit., pp. 709-762 y en Esplugues, C. (Coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, op. cit., pp. 521-563.

¹⁰⁰ Vid. STC 125/2005, de 23 de mayo, BOE de 26 de junio de 2005.

indefensión que es, precisamente, uno de los efectos contrarios a la finalidad perseguida por este conjunto de garantías.

Ciertamente, la introducción de especialidades en el procedimiento común cuando este se aplica en materia de extranjería, resulta admisible de acuerdo con la posibilidad de configuración legal, la cuestión es más bien las razones que el legislador aduce para justificar dichas especialidades y sobre todo si se respetan los límites para no poner en tela de juicio las garantías del mismo¹⁰¹.

Precisamente a propósito de si la LODYLE resulta incompatible con el sistema garantista general establecido en la ley 30/1992 del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha suscitado un interesante debate que evidencia como la introducción de “pequeñas” salvedades por razón de la extranjería pone en juego la efectividad práctica de los derechos. En este sentido, son especialmente significativas las previsiones de las Disposiciones Adicionales Tercera y Cuarta LODYLE relativas, respectivamente a los lugares de presentación de las solicitudes de las autorizaciones de residencia y trabajo y a la exigencia de comparecencia personal, y al supuesto de inadmisión a trámite¹⁰².

Lo que resulta cuestionable en estos casos son los términos absolutos con los que se ha regulado puesto que la falta de presentación personal de la solicitud es causa de inadmisión a trámite de la misma. Esta previsión se aparta de la ley 30/1992 que contempla en su artículo 32 la actuación por medio de representantes siendo la falta o insuficiencia de representación un defecto subsanable.

Además, la exigencia de presentación de solicitudes de residencia y trabajo ante los registros competentes, también cuestiona el principio del régimen administrativo general de la ley 30/1992, que en su artículo 38.4, mantiene que las solicitudes y escritos que los ciudadanos dirigen a la Administración pueden presentarse en distintos registros a los que se atribuyen competencias para recibir documentación válidamente.

¹⁰¹ Vid. Añón, M. J., “Igualdad y especialidad en el procedimiento administrativo de extranjería”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006.

¹⁰² Sobre estas cuestión vid. Aguado, V., “Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, 2004, pp. 123-139; Aguelo, P., “La reforma de la ley de extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros. El recurso de inconstitucionalidad frente a la LO 14/2003, de 20 de noviembre”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, marzo 2004, pp. 103-108; y Puerta, J. M. y Ureña, J. A., “Disposiciones Adicionales de la Ley Orgánica 4/2000”, Esplugues, C. (Coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, op. cit., pp. 1341-1362.

La incompatibilidad entre ambas normas es tal, que hay autores que llegan a afirmar que en materia de extranjería parece que se quiere “huir” del procedimiento común¹⁰³.

Por otra parte, finalizando con el supuesto dedicado a la tutela judicial efectiva como derecho de los extranjeros, los incisos 3 y 4 del artículo 20 LODYLE contemplan la posibilidad de que las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes, puedan estar legitimadas para intervenir en procedimientos administrativos, cuando éstos las designen a tal efecto. Igualmente determinadas entidades podrán actuar en procesos contencioso-administrativos, (tales como las corporaciones, asociaciones, sindicatos y grupos a los que se refiere el artículo 18 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), cuando resulten afectadas y estén legalmente habilitadas al efecto como señala el artículo 19 de dicha ley.

7.2- Recurso contra los actos administrativos

La aplicación de régimen general de recursos existentes en el ordenamiento jurídico español parece la regla vigente también en materia de extranjería, así lo constata el artículo 21.1 LODYLE¹⁰⁴.

Puesto que el mencionado precepto no establece ninguna especialidad al régimen general en relación a los recursos, puede entenderse que contra los actos y resoluciones en materia de extranjería, es posible utilizar tanto los recursos administrativos previstos en la ley 30/1992, como los contencioso-administrativos contemplados en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa¹⁰⁵. A parte de los recursos administrativos, cabría asimismo acudir a los recursos en vía judicial, y al Defensor del Pueblo estatal o autonómico, en caso de que exista una ilegalidad administrativa o actuaciones injustas aunque, en principio, sean legales.

La LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, zanjó una de las cuestiones que más problemática había generado entrono al recurso contra los actos administrativos: la del órgano del orden contencioso-administrativo competente para conocer del correspondiente recurso en materia de extranjería. Según el artículo 8.4 conjugado con el 10.2 de dicha ley los juzgados de los

¹⁰³ Arana, E., “La huida del procedimiento administrativo común y sus garantías en la Ley Orgánica 14/2003 de extranjería”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 122, abril-junio 2004, pp. 175-198.

¹⁰⁴ Vid. Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta su impacto en la interposición de recursos de amparo.

¹⁰⁵ Vid. Lara, A., “Garantías jurídicas”, Sánchez, M. A. (Coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, op. cit., pp. 268-327, en concreto pp. 279-296.

contencioso-administrativo son los competentes para conocer de todas las resoluciones que se dicten en materia de extranjería por la administración periférica del Estado (tales como los delegados y subdelegados del Gobierno en las provincias, los directores insulares, etcétera), y en segunda instancia, estas cuestiones serán abordadas por las salas de los contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Un aspecto íntimamente vinculado a esta posibilidad de recurso, y especialmente importante a efectos prácticos para el extranjero, es el relativo al régimen de ejecutividad de los actos administrativos dictados en materia de extranjería. Apelando también a la legislación general vigente, nos remitimos a la mencionada ley 30/1992, pero con excepciones. En concreto, conviene mencionar la salvedad establecida en el artículo 21.2 LODYLE que individualiza el denominado procedimiento de expulsión de urgencia que se regulará por un procedimiento preferente que se regirá por lo dispuesto en el artículo 63.

Más allá de esta salvedad, cuando nos encontremos ante actos sancionadores, de acuerdo con el artículo 138.3 de la ley 30/1992, la resolución será ejecutiva si pone fin a la vía administrativa. En el mismo sentido el artículo 111 de la ley 30/1992 señala que la ejecución del acto impugnado no se suspende como consecuencia de la interposición de un recurso, salvo que una disposición establezca lo contrario. Así ocurrirá, por tanto, en el caso de las expulsiones.

Otra posibilidad de suspensión de los actos y resoluciones administrativos en materia de extranjería, se concreta en el artículo 59.4 LODYLE que la permite cuando el Ministerio Fiscal tenga conocimiento de que el extranjero en cuestión se encuentra inmerso en un procedimiento penal como víctima, perjudicado o testigo y entienda que su presencia es imprescindible para la práctica de las diligencias judiciales.

7.3- Asistencia jurídica gratuita

El artículo 22 LODYLE reconocía, tras la reforma de la LO 8/2000, el derecho a la asistencia jurídica gratuita diferenciando claramente la situación administrativa del extranjero y limitando el derecho en función de la misma. Así los extranjeros residentes, según la disposición legal estaban equiparados a los españoles, mientras que los extranjeros que se encontraran en España (sin residencia) sólo eran titulares de este derecho en los procedimientos judiciales y administrativos que pudiesen llevar a la denegación de su entrada, su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo. En ambos casos, el cumplimiento de los requisitos generales como el carecer de recursos económicos suficientes para litigar, en los

términos legalmente establecidos al efecto, era preceptivo, al igual que ocurre para los españoles.

Esta distinción legal, no puede seguir manteniéndose en la actualidad a tenor de lo mantenido en la relevante sentencia del Tribunal Constitucional 95/2003, de 22 de mayo¹⁰⁶. En síntesis dicha sentencia declara incompatible la proclamación constitucional de los artículos 24 y 119, (cuando disponen que con objeto de asegurar a todas las personas el acceso a la tutela judicial efectiva, la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar), con la exigencia de residencia al extranjero, entendida en términos de regularidad, como condición para obtener el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Como señala el alto Tribunal, las sentencias 107/1984 y 99/1985 ya establecieron que los extranjeros son titulares del derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a ser asistido de abogado y, si no se dispone de medios suficientes, a que se designe uno de oficio, incluso en los supuestos en los que no es preceptiva la intervención de letrado si ésta resulta necesaria para garantizar la defensa real de los intereses en juego o en atención a las características del caso. Por su parte, los órganos jurisdiccionales tienen, a su vez, la obligación de lograr una defensa letrada efectiva, no quedando ésta satisfecha con el nombramiento de abogado de oficio, pues la Convención Europea de Derechos Humanos en su artículo 6.1 se sirve del término “asistencia” de contenido más amplio que el mero “nombramiento”.

En esta línea de interpretación garantista del derecho de asistencia jurídica para los extranjeros, insistió el informe del Defensor del Pueblo de 2005 al analizar el respeto y garantía del mismo en supuestos como el de denegación de entrada, devolución, expulsión, internamiento, o asilo, y establecer una conjunto de recomendaciones a la Administración y de reglas de buenas prácticas para el ejercicio profesional.

¹⁰⁶ Esta sentencia se dictó como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad 1555/1996, interpuesto por el Defensor del Pueblo contra el inciso del artículo 2 a) de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que condicionaba el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, nacionales de terceros países, en los procesos civiles y en los contencioso-administrativos, (no relativos a la petición de asilo), a la exigencia de la residencia legal en España junto al requisito de carecer de recursos económicos para litigar. Un comentario a esta sentencia puede encontrarse en De Lucas “Ciudadanía, Extranjería y Derechos”, Betegón, J., De Páramo, J. R., Laporta, F. J., y Prieto, L (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 379-407, en concreto pp. 386-391; y De los Santos Gandarillas, M., “Asistencia letrada. Justicia gratuita ante los procesos de extranjería”, VV. AA., *Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo*, op. cit., pp. 411-460, en concreto pp. 435-440.

Una de las cuestiones más relevantes que concreta la mencionada sentencia es la relación instrumental entre el derecho a la asistencia jurídica gratuita y el derecho a la tutela judicial efectiva. Para aquellos sujetos que carecen de recursos económicos para litigar, como puede ser el caso de los extranjeros en situación irregular, es vital la vinculación entre ambos derechos. El derecho a la justicia gratuita es un derecho prestacional de configuración legal, cuyo contenido y condiciones de ejercicio corresponde al legislador, pero la libertad del legislador se detiene ante la exigencia de que el derecho se reconocerá en todo caso “respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar”, que es así un contenido constitucional indisponible.

Por lo que se refiere a los titulares del derecho, el Tribunal Constitucional en la sentencia de 2003 reitera que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso sin dejar de atender sus necesidades vitales o las de su familia, es decir, quienes se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar. Si el legislador priva del derecho a la justicia gratuita a un grupo de personas físicas que reúnen las condiciones económicas previstas para acceder al derecho con carácter general, está lesionando el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

En idéntico sentido se ha pronunciado la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que ha apreciado la inconstitucionalidad y nulidad del artículo 22.2 de la LO 4/2000, tras la redacción dada por la LO 8/2000. Dicha sentencia, en la línea ya argumentada, considera inconstitucional la exigencia del requisito de la legalidad de la residencia para que los extranjeros puedan acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de proceso a efectos del cual gocen de la precisa legitimación, por ser ello contrario al artículo 24 CE¹⁰⁷.

De acuerdo con lo señalado, el marco de este derecho en nuestro ordenamiento, aplicable también con carácter general a los extranjeros, es la ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se reforma la ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, que introduce importantes modificaciones. Dicha norma adapta el ordenamiento jurídico español a las disposiciones de la Directiva 2003/8/CE del Consejo de 27 de enero, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios. Así la reforma de 2005 establece que tendrán derecho a la asistencia jurídica

¹⁰⁷ STC 236/2007, de 7 de noviembre, fundamento jurídico 13º.

gratuita, en los términos que establezcan la ley y los tratados internacionales sobre la materia en los que España sea parte, los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que se encuentren en España, cuando acrediten insuficiencia de medios para litigar. Este último inciso es especialmente relevante en el caso de garantizar el derecho en cuestión a los inmigrantes.

Por tanto, en la actualidad, como constata la doctrina y la jurisprudencia, en principio los únicos requisitos que se le pueden exigir a un extranjero para la concesión del beneficio de la asistencia jurídica gratuita, son los mismos que la norma contempla para los nacionales. Así, aplicando el artículo 3 de la Ley 1/1996, modificada por la Ley 16/2005, se tendrá en cuenta que los recursos e ingresos computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no sobrepasen el doble del salario mínimo interprofesional que esté vigente en el momento de efectuar la solicitud, aunque existen supuestos excepcionales¹⁰⁸.

8- Vías ordinarias de regularización para el pleno disfrute del estatuto jurídico de extranjería

Siendo, como hemos visto hasta aquí, la situación administrativa del extranjero inmigrante el elemento delimitador de su catálogo de derechos, resultan especialmente interesantes los mecanismos que la normativa establece para acceder a la regularidad desde la clandestinidad inicial o en el caso de irregularidad sobrevenida. A pesar de que los supuestos a los que nos vamos a referir a continuación son legalmente considerados, en el artículo 31.3 LODYLE, como “circunstancias excepcionales”, solo pueden entenderse como tales en la medida en que exceptúan pautas normativas generales, como por ejemplo la necesidad de visado para el acceso a una autorización de residencia, sin embargo no dejan de constituir el cauce ordinario de entrada en la regularidad una vez que el extranjero se encuentra en territorio español.

Aunque son varios los supuestos que se aglutinan bajo el mencionado epígrafe de las circunstancias excepcionales, dos adquieren especial relevancia en nuestro marco de estudio: el arraigo y las circunstancias humanitarias. Otra posibilidad de acceder a una autorización sería la relativa a las razones de protección internacional, la cual debería

¹⁰⁸ Vid. De los Santos Gandarillas, M., “Asistencia letrada. Justicia gratuita ante los procesos de extranjería”, VV. AA., *Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo*, op. cit., pp. 440-445.

abordarse desde la perspectiva de las personas desplazadas, quedando por tanto vinculado al asilo y refugio que escapan a nuestro actual ámbito de interés.

8.1- El arraigo

Para evitar los procesos extraordinarios de regularización algunas normativas como la española han habilitado lo que podemos considerar como mecanismos ordinarios de entrada en la regularidad. Entre ellos se sitúa en primer lugar el denominado arraigo. Este término, ante la ausencia de una definición propiamente legal, ha sido concretado por vía jurisprudencial, entendiéndose por arraigo los “vínculos del extranjero en el lugar en que reside, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral o de otro tipo”¹⁰⁹.

Como punto de partida hay que enfatizar que, desde la ley, la regularización no se ha considerado tradicionalmente como un derecho de petición del interesado, sino como una facultad discrecional de la Administración.

La primera alternativa para obtener una autorización de residencia por razones de arraigo es la denominada reglamentariamente arraigo laboral. La Dirección General de Inmigración dictó la Instrucción de 3 de agosto de 2005, en previsión de la entrada en vigor del artículo 45.2.a) del reglamento con fecha 8 de agosto de 2005, debido al último proceso de normalización en España. La regulación de la autorización de residencia temporal y trabajo por circunstancias excepcionales por razones de arraigo laboral, establece que se ha de acreditar ,entre otros extremos, una permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años y el cumplimiento de los siguientes requisitos: carecer de antecedentes penales en España y en el país de origen; no tener prohibida la entrada en territorio español y no figurar como rechazable en ningún país del espacio Schengen; y demostrar la existencia de relaciones laborales en España cuya duración no sea inferior a un año.

Respecto a éste último requisito, la Administración entiende que dicha relación laboral se probará mediante la resolución judicial que la reconozca o resolución administrativa confirmatoria de infracción, emitida por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. A estos efectos se considerará *relación laboral* la que haya tenido lugar de forma continuada o no, con el mismo o diferente empleador, siempre que de manera acreditada su duración no sea, en conjunto, inferior a un año¹¹⁰.

¹⁰⁹ Vid., como muestra, STS 11 abril 2000, STS 14 de marzo 2002, STS 16 julio 2002.

¹¹⁰ El órgano competente para tramitar la solicitud de autorización de residencia y trabajo por motivo de arraigo laboral, podrá requerir al interesado para que comparezca con la finalidad de mantener una

En realidad, la máxima dificultad para acceder al arraigo por esta vía radica en la posibilidad de aportar la prueba exigida relativa a la relación laboral, es decir, se trata de un supuesto restrictivo del cual el extranjero sólo puede valerse a partir del momento en el que tenga la resolución a su favor. La dificultad de la carga de la prueba, que recae sobre el trabajador, no favorece precisamente que aflore el trabajo clandestino.

El segundo supuesto de arraigo exige: acreditar la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años; carecer de antecedentes penales en España y en el país de origen; no tener prohibida la entrada en España y no figurar como inadmisibles en los países miembros del Espacio Schengen; contar con un contrato de trabajo con duración no inferior a un año; acreditar vínculos familiares con extranjeros residentes legales (padres o hijos) o en sustitución de este requisito presentar un informe municipal de inserción social.

Por tanto, igualmente se requiere una relación laboral, aunque en este caso no previa, sino posterior. Es decir, en principio, no nos encontramos ante una alternativa que permita el acceso a la legalidad por la *especial* relación del inmigrante en territorio español (con su entorno, las redes sociales, etc.), si éste no dispone de un empleo, respetando así la relevancia que la dimensión laboral tiene en la configuración del estatuto jurídico del extranjero.

En relación a este supuesto se han dictado además de las instrucciones generales previstas en la Disposición Final Primera y en el artículo 45.2.b del reglamento, instrucciones específicas. Precisamente las Instrucciones de 22 de junio de 2005 de la Dirección General de Inmigración, son las que catalogan este tipo de arraigo como “social”, calificativo que no aparece ni en la ley ni el reglamento y que además responde poco a la propia naturaleza de esta posibilidad, que sigue siendo laboral y cuya única referencia a lo social es la relativa al informe de inserción.

De los múltiples comentarios de que puede ser objeto la mencionada instrucción¹¹¹, a efectos prácticos, para conseguir la salida de la irregularidad y con ello

entrevista personal en la cual será preguntado, en principio, sobre los requisitos alegados o la documentación aportada. La autorización de residencia por razones de arraigo laboral, tendrá una duración de un año y llevará aparejada la autorización de trabajo en España por el mismo tiempo y está exenta del requisito relativo a la situación nacional del empleo, sin limitarse a ningún ámbito geográfico, ni sector de actividad. Uno de los problemas que puede suscitarse en este supuesto es el relativo a las actividades de carácter estacional, con períodos de duración inferiores al año, y típicas de sectores como la agricultura o la hostelería. Vid. Rojo, E. (coord.), *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización*, op. cit., p. 215.

¹¹¹ Vid. Arranz, O. C., “Comentarios a las instrucciones sobre arraigo social elaboradas por la Dirección General de inmigración”, *Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería*,

combatir la exclusión del sujeto que la padece, me parece especialmente preocupante los plazos que se establecen al respecto, y la manera de demostrarlos. En este supuesto se requiere un período mínimo de tres años de estancia continuada en España. Esta prueba temporal se ve dificultada por la legalidad vigente. Así de las diversas reformas introducidas por la LO 14/2003 conviene señalar la que afecta al artículo 16.1 de la ley 7/1985 Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Dicha modificación concreta un doble régimen a propósito de las inscripciones padronales de las personas extranjeras: para los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente la inscripción padronal deberá ser objeto de renovación cada dos años, mientras que el resto de la población no tiene tal obligación. En caso de no producirse dicha renovación se procederá a acordar su caducidad sin necesidad de audiencia al interesado. Así lo concreta en su dimensión práctica la Resolución de 28 de abril de 2005 por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos para acordar la caducidad de las inscripciones padronales de los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente que no hayan sido renovadas en el plazo legalmente estipulado de dos años¹¹².

Pues bien, siendo legalmente admisible la baja en el padrón a los dos años, sin que la audiencia al interesado sea preceptiva, puede darse el caso de que ésta se produzca con el desconocimiento del sujeto en cuestión, el cual si no procede a la renovación de la inscripción padronal pierde uno de los instrumentos de prueba por excelencia de la estancia continuada de tres años que se exige a efectos del arraigo.

Por otra parte, las Instrucciones no concretan la forma de verificar esa continuidad que reglamentariamente se requiere, al no aclarar la manera de demostrar que las ausencias del sujeto interesado en obtener la autorización por arraigo no han superado los 120 días en ese período de 3 años. No puede olvidarse que, tratándose de personas en situación administrativa irregular no existe “constancia” de las entradas y salidas que permita continuar con el cómputo legal a efectos de obtención de la autorización por arraigo, de ahí el carácter vital de la inscripción padronal para evidenciar los plazos.

Intermigra, Jornada II: La residencia temporal en supuestos excepcionales. El arraigo laboral y el sociofamiliar, 22 de septiembre de 2005, Zaragoza.

¹¹² Vid. Resolución de 26 de mayo de 2005, de la Subsecretaría, por la que se dispone la publicación de la Resolución de 28 de abril de 2005, del Instituto Nacional de Estadística y de la Dirección General de Cooperación Local, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre el procedimiento para acordar la caducidad de las inscripciones padronales de los extranjeros no comunitarios sin autorización de residencia permanente que no sean renovadas cada dos años, BOE de 25 de mayo de 2005.

No resultan irrelevantes estas previsiones respecto al padrón (documento acreditativo por excelencia de la permanencia en España, como enfatizó el proceso de normalización de 2005) que afectan a los extranjeros irregulares (que ya mencionamos a propósito de los derechos sociales), si además se tiene en cuenta la necesidad de presentar el informe de inserción social, en el caso de que el inmigrante no tenga o no pueda demostrar en la forma reglamentariamente exigida los vínculos familiares.

La actuación de la administración local y el padrón municipal, como en casos anteriores, adquieren protagonismo al certificar que el extranjero de hecho se encuentra, por el período que legalmente se le exige para el acceso a la situación de regularidad, en el municipio a cuyos servicios sociales se dirige para solicitar el informe. Salvo contados casos, en los que sea imposible verificar o conste una valoración negativa expresa de alguno de los supuestos preceptivos, si el extranjero cumple el requisito por excelencia de tener la posibilidad de incorporarse al mercado formal de trabajo, el Ayuntamiento realizará un informe favorable. Como administración al ente local le beneficia la entrada en la regularidad del mayor número de extranjeros que se encuentren en su territorio, al menos, como forma de incrementar porcentualmente sus recursos. La exigencia del contrato de trabajo, que el Ayuntamiento puede recomendar, va unida a la idea de disponer de medios suficientes de vida.

Especialmente preocupantes, en mi opinión, en relación con el denominado arraigo social, son las interpretaciones que ha hecho la Administración del artículo 45 del reglamento insistiendo en que nos encontramos ante un supuesto de *numerus clausus*. Ciertamente tras la eliminación por parte del RD 2393/2004 de la vía de regularización ordinaria para los padres de ciudadanos españoles, (por medio de la exención de visado prevista en su momento por el derogado artículo 49.2 f) del RD 864/2001), la situación de estas personas parece de nuevo reconducida al supuesto del arraigo social.

Tras sentencias tan significativas como la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de octubre de 2004 reconociendo el derecho a la residencia con carácter indefinido al progenitor de un ciudadano comunitario; la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2005, en la que se prohibía expulsar de España a la madre de un ciudadano español, o incluso las sentencias del Tribunal Supremo de 8, 9 y 10 de enero de ese mismo año que daban por superada esa interpretación de *numerus clausus* relativa al mencionado artículo 45 del vigente reglamento, el pronunciamiento de la Dirección General de Inmigración de 17 de abril de 2007 supone un paso atrás

que coloca en una situación de extrema precariedad a los ascendientes de ciudadanos españoles.

En efecto, tras la consulta realizada por la Oficina de Extranjeros de Cádiz a propósito de la resolución de un expediente administrativo presentado por el padre de un ciudadano español de origen en el que se solicitaba una autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, apelando directamente a la posibilidad establecida en el artículo 33.1 de la LODYLE, la Dirección General de Inmigración reconduce a dicho ascendiente al supuesto de arraigo social, eximiéndole del requisito de presentar el informe de inserción social al ser familiar de residente legal, mientras se mantenga la presunción de nacionalidad¹¹³.

Esta interpretación resulta poco afortunada desde criterios constitucionales y de justicia, al tiempo que incentivadora de la clandestinidad al condenar, también a los padres de ciudadanos españoles de origen, a esa irregularidad continuada de tres años que es necesaria para el arraigo social.

Más allá de los supuestos de arraigo laboral y el mal llamado social, se contempla un tercer caso (artículo 45. 2 c del reglamento) en el que es posible conceder la autorización de residencia por razones de arraigo para los hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles. Considero que en este supuesto nos encontramos ante un “arraigo privilegiado”¹¹⁴ puesto que no se exige ningún requisito más, aparte de la certificación de antecedentes penales de los últimos cinco años. Por eso mismo, tiene poco sentido su ubicación en los supuestos relativos al arraigo ya que no comparte las exigencias de los otros dos casos, y hubiera sido preferible emplazarlo de forma independiente.

La concesión de una autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales en el caso de arraigo, lleva aparejada una autorización de trabajo en España de idéntica duración a la mencionada de residencia.

8.2- Las razones humanitarias

¹¹³ Este caso se refiere al supuesto de los niños nacidos en España de padres extranjeros, que tienen derecho al reconocimiento de la nacionalidad española de origen por medio de la presunción de nacionalidad. Así se formuló la petición de autorización por circunstancias excepcionales basándola en el hecho de ser ascendiente de español de origen. El interesado había entrado en España sin visado el 17 de julio de 2004, permaneciendo desde entonces en situación irregular. Tras el nacimiento de su hijo en España, el 12 de octubre de 2004, a quien se le reconoce la nacionalidad española por presunción, el interesado solicita autorización de residencia por concurrir una circunstancia excepcional no prevista en el reglamento, de acuerdo con lo establecido en la Disposición Adicional Primera 4 del R. D. 2393/2004.

¹¹⁴ Trinidad, M. L. y Martín, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, op. cit., pp. 128-130.

La posibilidad de autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales se cierra con los supuestos relativos a las razones humanitarias:

a) Para los extranjeros víctimas de los delitos tipificados en los artículos 311 a 314 del Código Penal¹¹⁵, cuando concurra la agravante de motivos racistas, antisemitas o de otra clase de discriminación; y en los delitos por conducta violenta ejercida en el entorno familiar. En este último caso, sólo puede presentarse la solicitud cuando se haya dictado a favor de la víctima una orden judicial de protección, como prueba que se pide para demostrar la existencia de dicha violencia, y podrá concederse la autorización de residencia cuando haya recaído sentencia por los delitos de que se trate. En éste como en el supuesto del arraigo laboral, que veíamos anteriormente, la carga de la prueba corresponde, de nuevo, a la víctima.

b) Para los extranjeros que acrediten una enfermedad sobrevenida grave que exija asistencia especializada imposible de recibir en su país. En este supuesto es el informe clínico preceptivo de la autoridad sanitaria correspondiente el encargado de concretar dicha gravedad, de tal forma que se establece caso por caso. Además, resulta especialmente relevante el hecho de que la enfermedad debe ser sobrevenida, requisito que puede interpretarse como posterior a la entrada del extranjero en territorio español.

c) Para los extranjeros que acrediten que el traslado al país de origen o procedencia, para solicitar el visado, supone un peligro para su seguridad o la de su familia, siempre que reúnan los demás requisitos para la autorización temporal de residencia o de residencia y trabajo. Nuevamente en este caso nos encontramos ante una prueba diabólica: de existir dicho peligro y ser demostrable podríamos situarnos en un caso reconducible al asilo, en caso contrario es particularmente controvertido prever qué pruebas van a ser admitidas a tal efecto.

d) Para los extranjeros que colaboren con las autoridades administrativas, policiales, fiscales o judiciales, o cuando concurren razones de interés público o seguridad nacional. En este supuesto, además del propio interesado, las autoridades en cuestión con las que se colabore pueden instar a los organismos competentes para la concesión de la autorización de residencia o de residencia y trabajo.

¹¹⁵ Vid., por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo en relación a un presunto delito contra los derechos de los trabajadores, en aplicación del artículo 313, en su apartado primero, del Código Penal. STS de 17 de mayo de 2006.

En todos estos casos la solicitud de la autorización para trabajar puede presentarse de forma simultánea junto con la de residencia por circunstancias excepcionales o durante la vigencia de ésta.

Del conjunto de los supuestos revisados como mecanismos ordinarios de regularización, asumiendo la dificultad de la carga probatoria, se evidencia, en mi opinión, el carácter excesivo de los plazos exigidos en la vía más abierta del arraigo, la supuestamente social, que dificulta la fórmula más sencilla que había habilitado el derogado reglamento de 2001 al establecer en su artículo 29.3, en relación con el 36.1 de la LO 4/2000, la posibilidad de regularizar la situación, con 2 años de estancia, la inscripción padronal y demostrando medios económicos. El resultado más inmediato de estas disposiciones normativas es la irregularidad prolongada.

9- La estigmatización legal del fenómeno migratorio

El recorte de derechos y libertades de los extranjeros que hemos analizado hasta aquí, responde a un dinámica interna que aparentemente acerca cada vez más la legislación de extranjería a la materia penal, desplazándola del ámbito administrativo en el que formalmente está ubicada. En efecto, algunas medidas incorporadas en los últimos tiempos a la LODYLE obedecen en su aplicación práctica más al carácter de *última ratio* del derecho penal, que al propiamente administrativo. Como advertíamos al principio, la explicación de esta evolución legal represiva y controladora cede a factores que van más allá del ámbito estrictamente nacional, y se conecta, al mismo tiempo, con la asociación del fenómeno migratorio con realidades que sí son propiamente delictivas¹¹⁶.

9.1-La lógica implícita en la normativa

Dos variables han contribuido de modo determinante al progresivo endurecimiento de la normativa de extranjería y a la “aceptación”, político- jurídica y también social, de la LODYLE en términos restrictivos:

a) El discurso de la seguridad, que nos remite a la conexión entre inmigración y terrorismo, como consecuencia del temor generado hacia cierto tipo de extranjero visto como potencial terrorista.

b) La lógica del orden público, que interrelaciona la inmigración con la criminalidad al asociarla, por una parte, a las mafias de tráfico de personas y , por otra, a los delitos cometidos por los inmigrantes en los países de acogida.

¹¹⁶ Cfr. Solanes, A., “La política de inmigración en la Unión Europea desde tres claves”, *Arbor*, CLXXXI, 713, 2005, pp. 81-100.

En efecto, los acontecimientos del 11 S tuvieron en lo que a la política migratoria de toda la Unión Europea se refiere consecuencias sumamente negativas. Tras el costoso consenso que se había alcanzado en la Unión respecto a la necesidad de una política de aceptación, incluso paulatina promoción, de la inmigración se pasó a otra basada en la seguridad, con mayor vigilancia e información y menor libertad¹¹⁷. Los sucesos del 11M incentivaron esta línea de vigilancia y alerta frente a determinados movimientos de personas. Todo ello supuso el consiguiente abandono de criterios considerados básicos en la dimensión internacional y la primacía del mencionado discurso de la seguridad entendido desde un modelo policial que contamina con su lógica de orden público todos los objetivos de la política de inmigración y que busca su necesario soporte en la dimensión legislativa nacional. Esa obsesión sobre la seguridad ha provocado, y justificado, en distintos países de la Unión reformas en sus legislaciones de extranjería e inmigración que, como señala de Lucas, amenazan con favorecer la falacia de identidad entre flujos migratorios y riesgo terrorista, especialmente si se trata de inmigrantes procedentes de países árabes o islámicos¹¹⁸.

Se justifica así la restricción o la flagrante vulneración de derechos fundamentales de los inmigrantes en aras de un bien común, poniendo un especial énfasis en limitar el acceso, la entrada (basta con reducir las concesión de visados, en concreto de los que permiten el acceso al mercado de trabajo español), de los nacionales de determinados Estados que se encuentran especialmente en el punto de mira.

Ciertamente como ha sostenido la doctrina¹¹⁹ ante las emergencias terroristas se rompe la relación según la cual no es posible que haya democracia sin derechos y, al mismo tiempo, éstos no pueden estar garantizados sin aquella. En dichas emergencias lo que hace que la seguridad parezca triunfar sobre la libertad (podríamos decir también sobre otro tipo de derechos) es la idea de que la libertad de la mayoría depende por completo de su seguridad. En esta situación, si se entiende que los derechos son las conveniencias políticas que las mayorías establecen para su propia defensa, éstas tienen la potestad de recortarlos cuando la situación de necesidad lo requiera. Sin embargo, desde la defensa de la democracia basada en los derechos, podría argumentarse que

¹¹⁷ Izquierdo, A., “Inmigración, mercado de trabajo y Estado de Bienestar. Debate científico-político y comparación internacional”, Izquierdo, A. (direc.), *Inmigración: mercado de trabajo y protección social en España*, Madrid, CES, 2003, pp.11-43, en concreto p. 14.

¹¹⁸ De Lucas, J., “Sobre la integración del fenómeno migratorio en las políticas de cooperación al desarrollo”, en *Workin Papers Munduan*, nº 6, 2003, pp. 3-40.

¹¹⁹ Ignatieff, M., “Democracia y terrorismo”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 150, 2005, pp. 4-13, en concreto p. 6

éstos pierden su significado, tanto para los individuos que están en peligro cuanto para la mayoría, si son revocables atendiendo exclusivamente al criterio de ésta última.

No importa en que dimensión se defina ese concepto de seguridad, tanto si es nacional o pública como si es ciudadana o urbana, la cuestión es que se percibe como bien primario a proteger por el Derecho. En está encrucijada de miedo a la inseguridad, a sus consecuencias, no es difícil que los individuos de las sociedades que se sienten amenazados, los autóctonos, se muestren partidarios, o al menos no se manifiesten como combativos, con un derecho penal “para enemigos”, pretendiendo que éste actúe de forma eficaz y les haga, al menos, sentir seguros. Se olvida en esta dimensión que el concepto jurídico de seguridad, en el contexto actual, es difícil de sostener si se continúa exclusivamente pensando en términos de protección de territorios y Estados¹²⁰.

Esta estrecha vinculación entre seguridad, terrorismo e inmigración, se completa, con otra muy semejante que asocia orden público, criminalidad y flujos migratorios. La amenaza al orden público que la inmigración implica se percibe desde dos perspectivas: la lucha contra la inmigración ilegal y la consideración de todo inmigrante como potencial delincuente.

Por lo que se refiere a la lucha contra la inmigración ilegal, ésta se traduce a nivel legal, en formas y mecanismos de combatir el tráfico y la trata de seres humanos, es decir, en medidas para atacar la actuación de las mafias que encuentran en las múltiples trabas legales el caldo de cultivo idóneo para sus actividades.

Puesto que en los casos que hablamos de tráfico o trata, cuando las personas son utilizadas como mercancías, estos hechos son constitutivos de delitos, deberían perseguirse desde la perspectiva del derecho penal. Ahora bien, no es admisible la confusión normativa entre lo que es propiamente la actuación de la red organizada (delito) y la acción del inmigrante clandestino o irregular (infracción administrativa). En efecto, aunque este segundo supuesto por sí mismo, es constitutivo de infracción y sanción administrativa, la asociación latente a la criminalidad, ha justificado, como ya vimos, que sistemáticamente se recurriera a la expulsión como sanción cuando legalmente es posible la punición pecuniaria por medio de multa.

La consideración de todo inmigrante como potencial delincuente ha venido, también, a ser uno de los soportes de medidas como las que obligan al extranjero a

¹²⁰ Cfr. Anitua, G. I, “La inmigración y los discursos de la seguridad”, Bergalli, R. (coord.), *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vista pluridisciplinares*, Anthropos, Barcelona, 2006, pp. 135-157.

presentar sus antecedentes penales en los trámites relativos a la residencia legal, a realizar personalmente determinadas gestiones, a someterse a continuos controles relativos al cambio de domicilio, nacionalidad o estado civil, a verificar sus medios de vida, las condiciones de su vivienda, etcétera. Desde algunos sectores de la doctrina se ha apuntado al respecto que la criminalización y etnización de determinadas actividades ilegales, junto con el recurso a las acciones represivas y penales y la hostilidad cada vez mayor respecto a la inmigración¹²¹, amenazan con acabar produciendo en Europa una categoría de la criminalidad inmigrante y de origen extranjero¹²².

Existen múltiples factores a tener en cuenta para explicar esa hipotética aproximación entre inmigración y criminalidad, y su consiguiente reflejo en medidas represivas de los flujos en las legislaciones como la española. Hay, sin embargo, un elemento, que algunos consideran básico, para justificar este discurso de orden público: si los extranjeros en el mercado de trabajo tienden a instalarse en los puestos inferiores, es decir, están predispuestos (jurídicamente, como vimos, esa predisposición se concretaría en la obligación legal de copar determinados nichos laborales al menos durante la vigencia de las autorizaciones iniciales) a ocupar la base de la pirámide legítima de la sociedad autóctona, con trabajos peor remunerados, viviendas en inferiores condiciones, dificultades en el acceso a la sanidad y a la educación, formación precaria o inexistente, etcétera., podría afirmarse que del mismo modo comienza también un proceso de reemplazo de los autóctonos por los inmigrantes en la base de la pirámide penal, en el ámbito de las actividades desviadas, especialmente en la delincuencia urbana¹²³.

Propuestas de este tipo requieren múltiples matizaciones y su afirmación categórica no es admisible, en mi opinión, desde la dimensión jurídica. Se trata más bien de un discurso recurrente, incipiente en sociedades que han experimentado en poco tiempo un importante impacto migratorio, pero en el que no puede obviarse otro tipo de dinámicas, como por ejemplo, las que asocian a los inmigrantes irregulares con delitos

¹²¹ Esta hostilidad se pone de manifiesto incluso en el tratamiento jurídico diferenciado que reciben los extranjeros en las cárceles, el caso de España es un buen ejemplo vid. García, E., “Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4, 2003, pp. 43-64 y Monclús, M., “La discriminación de los inmigrantes en el sistema penal español”, Bergalli, R. (coord.), *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vista pluridisciplinares*, op. cit., pp. 159-200.

¹²² Palidda, S., “Effetti perversi dell’attuale congiuntura delle migrazioni”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, nº 1, 1999, pp. 28-44, en concreto p. 36.

¹²³ *Ibidem* p. 38.

que podrían considerarse “de subsistencia”, es decir, directamente vinculados con su situación de total precariedad¹²⁴.

En esta atmósfera contaminada por discursos manipulables para los más variados intereses, la legislación española en materia de extranjería, en su expresión más básica de la LODYLE y su reglamento de desarrollo, no es extraño que prevea medidas que más allá del control policial se acercan, progresivamente, a la punición en la dimensión “cuasi” penal¹²⁵. Ahora bien, mientras seguimos en el ámbito del derecho administrativo, el elemento garantista del derecho penal se relaja, como apuntan algunos autores, se flexibiliza y se configura una nueva línea punitiva en la que lo administrativo actúa en concurrencia con las medidas propiamente penales, aunque exista poca lógica interna para ello. Las alusiones que hacíamos anteriormente a los centros de internamiento o la tensión entre libertad y seguridad en las entradas al territorio español, son un buen ejemplo de esta dinámica.

9.2- El camino de la exclusión

Aún con las limitaciones evidenciadas, la LODYLE no renuncia a postularse como una norma de integración de los extranjeros en España, ahora sí, únicamente en su título, pues el resto del articulado no hace ninguna mención al respecto.

Ciertamente la LODYLE convive con una doble dinámica que hace difícil la consecución de la integración entendida en clave de derechos. La integración, en su dimensión jurídica, exige la igual consideración como sujetos de Derecho de las personas inmigrantes, o lo que es lo mismo, la configuración de un estatuto jurídico pleno que permita articularla. Ésta es, pues, la consecuencia del cúmulo de libertades, ya que no puede haber integración sin derechos, y no a la inversa. Sin embargo, como hemos visto a lo largo de la exposición, el esquema legal es contradictorio con la pretendida voluntad integradora puesto que los derechos se condicionan directamente a la situación administrativa pero con limitaciones que ni siquiera en el caso de regularidad ceden.

Asistimos así a un discurso formal, el de la ley, que habla de integración, de medidas antidiscriminatorias, y de equiparación, aunque restringida, entre los derechos de los nacionales y los de los extranjeros. Al mismo tiempo, un discurso real constata

¹²⁴ Wihtol de Wenden, C., *¿Hay que abrir las fronteras?*, Barcelona, Bellaterra. 2000, en concreto pp. 69 y ss.

¹²⁵ Monclús, M., “Hacia una política criminal diferenciada para extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial”, Rivera, I, (Coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Madrid, 2005, pp. 330-347.

como la aplicación cotidiana de la norma genera exclusión: potenciando de manera significativa las situaciones de irregularidad¹²⁶; impidiendo el acceso inicial al mercado de trabajo en condiciones de igualdad; limitando la permanencia en el empleo al amparar situaciones de sobrecualificación; condicionando derechos fundamentales como el de la vida en familia a requisitos de índole económica como los medios suficientes de vida; aplicando medidas de carácter más bien penal, como la privación de la libertad deambulatoria por la comisión de infracciones administrativas; y un largo etcétera que hacen que la aplicación de la norma y la integración sean difícilmente compatibles.

La coexistencia de ambas dinámicas depende, sin duda, en buena medida de cómo se interprete la integración. Es decir, del esfuerzo normativo en el nivel de igualdad formal y material que se haga para concebirla en términos distintos a una mera asimilación o absorción. Si intentamos dissociar los términos de inmigración e integración, ya no hablamos propiamente de la primera en una pretendida concepción teórica que la articula desde una dimensión económica, pero legal, como mano de obra “reclamada” por un mercado formal de trabajo al alza, sino de otras realidades paralelas a los flujos migratorios. Sin duda, tiene razón Izquierdo¹²⁷ cuando afirma que “sin integración no hay inmigración, hay explotación, discriminación y marginación de personas venidas de otra parte”, en términos jurídicos hay también irregularidad.

Las pautas orientativas acerca de cómo compatibilizar la llegada y asentamiento de flujos migratorios en el marco de Estados democráticos de Derecho, han sido, en nuestro caso, reiteradamente apuntadas por la Unión Europea. Así desde la conocida COM (2000) 757, los Estados al menos formalmente parecen asumir que la integración debe entenderse como “un proceso bidireccional basado en derechos mutuos y obligaciones correspondientes a los ciudadanos de terceros países en situación legal y de la sociedad de acogida, que permite la plena participación de los inmigrantes”.

Varias cuestiones resultan de especial relevancia en esta definición como punto de partida para combatir la actual exclusión, o si se quiere inserción diferenciada implícita de que es objeto el inmigrante:

¹²⁶ Cfr. Solanes, A., “La irregularidad que genera la ley de extranjería. Un factor a tener en cuenta en una futura reforma”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4, 2003, pp. 125-139.

¹²⁷ Izquierdo, A., “Inmigración, mercado de trabajo y Estado de Bienestar. Debate científico-político y comparación internacional”, op. cit., p. 42.

1- Si se trata de un proceso bidireccional, exige un esfuerzo de todos los agentes implicados, incluida la población autóctona que no puede pretender ser impermeable a los cambios que los flujos migratorios traen consigo.

2- Si se basa en derechos y deberes mutuos que además permitan la plena participación, éstos no han de ser diferenciales *sine die*, es decir, no pueden existir escalones del estatuto jurídico totalmente vetados al extranjero, sino que su titularidad y disfrute debe poder adquirirse, al menos, de forma progresiva.

3- Si este proceso ha de beneficiar a las personas que se encuentren en “situación legal” ésta ha de propiciarse, con vías de entrada ágiles y flexibles tanto en situaciones iniciales como sobrevenidas, que desaconsejen las migraciones no autorizadas al tiempo que las hagan poco viables combatiendo la economía sumergida.

El actual círculo vicioso y progresivo de exclusión del que es objeto la persona inmigrante sólo puede romperse si se comienza por negar la mayor de las premisas, afirmando que es más que cuestionable el hecho de que todo extranjero procedente de otra cultura deba ser visto como un enemigo (para la seguridad, el mercado nacional de empleo o la pretendida homogeneidad social autóctona), como lo es también su exclusión “natural”¹²⁸.

Sólo desde estos parámetros que ponen en duda las generalizaciones y los fobotipos que estigmatizan al colectivo inmigrante, es posible apostar por una auténtica política de integración, con el pilar imprescindible de la normativa, que pase de la consideración del inmigrante como objeto a la catalogación de sujeto activo de Derecho. Se trata de establecer propuestas concretas en torno a lo que podríamos considerar como los “indicadores sociales de la gestión de la convivencia plural en la vida cotidiana”¹²⁹, que se traducen en derechos tales como la sanidad, la educación, la vivienda o el trabajo. En este contexto potenciar la ascensión del proceso de integración a un primer plano en el discurso político, y por ende normativo, exige, deconstruir las actuales formulas legales generadoras de una exclusión estratificada, que reconoce diversos niveles de derechos a los inmigrantes, para dejar paso a un estatuto pleno de derechos para los extranjeros que consolide y refuerce nuestra democracia al acercar la sociedad civil a la jurídica.

¹²⁸ De Lucas, J., *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, op. cit., p. 52.

¹²⁹ De Lucas, J., “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, De Lucas, J. y Díez, L., *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 11-43, en concreto p. 13.

La actual normativa no favorece este imperativo cambio de orientación para combatir la exclusión que padece una parte importante de la población inmigrante, al menos hasta llegar, tras cinco años de residencia, a la condición de residente permanente. Aunque instrumentos como el Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración 2007-2010 se presentan como medidas alternativas para paliar la precaria situación de determinados inmigrantes, debiendo valorarse de forma positiva, son insuficientes para combatir la exclusión jurídico-normativa.

Esa insuficiencia ya se ha evidenciado con los planes de inmigración puestos en funcionamiento desde las Comunidades Autónomas para ejecutar sus políticas públicas incidiendo en el fenómeno de la inmigración. Aunque mayoritariamente en ellos se aprecia una definición de los objetivos y prioridades así como una programa de acciones concretas, con la consiguiente dotación presupuestaria que, en la mayoría de casos, los han hechos viables y relativamente eficaces, todos se enfrentan finalmente a las limitaciones legales que no permiten ampliar los derechos de los extranjeros más allá de lo normativamente establecido, constituyendo así un catálogo tanto de mínimos cuanto de máximos, insuficiente para la integración. Además no puede obviarse que en la mayoría de los planes se ha conseguido una implicación de las distintas instancias administrativas autonómicas imprescindible para conseguir la efectiva integración y, con ella, la normalización del acceso a los servicios y prestaciones por parte de las personas inmigrante lo cual puede valorarse positivamente, pero persiste una buena dosis de descoordinación horizontal entre las distintas Comunidades Autónomas, y de descoordinación vertical, con el Estado, que requeriría de un marco normativo más favorable en la línea abierta por la jurisprudencia.

Con esta realidad, puede afirmarse que la LODYLE traza más un camino de exclusión, incluso si se quiere con grados diferenciales, que una vía de integración de las personas inmigrantes en España. Las limitaciones, restricciones y negaciones de derechos fundamentales en la normativa de extranjería no son más que una reducción en la calidad de nuestras democracias, una reformulación a la baja del Estado Democrático de Derecho que ha de ser cuestionada para recuperar y fortalecer lo que ese modelo de Estado supone.

Valencia, febrero 2008

Bibliografía citada agrupada

Aguado, V., “Las causas de inadmisibilidad en los procedimientos administrativos de extranjería: los problemas de inconstitucionalidad de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley orgánica 14/2003, de 20 de noviembre”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, 2004, pp. 123-139.

Aguado, V. y Cerillo, A., *Las condiciones de vivienda de los inmigrantes: la intervención de los entes locales*, Ministerio de Administraciones Públicas, Madrid, 2005.

Aguelo, P., “La reforma de la ley de extranjería y los derechos y libertades de los extranjeros. El recurso de inconstitucionalidad frente a la LO 14/2003, de 20 de noviembre”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, marzo 2004, pp. 103-108;

Aguelo, P. y Chueca, A., “Notas urgentes sobre el RD 240/2007. Entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de la Unión y sus familiares”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 14, marzo 2007, pp. 243-254.

Aja, E., “Veinte años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes”, VV. AA., *La democracia constitucional: estudios en homenaje al profesor Francisco Rubio Llorente*, Volumen I, Congreso de los Diputados, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 439-456.

Aja, E. y Díez, L., “La participación política de los inmigrantes”, *La Factoría*, nº 10, 1999-2000.

Aja, E y Arango, J., *Veinte años de inmigración en España. Perspectiva jurídica y sociológica (1985-2004)*, Fundación CIDOB, Barcelona, 2006.

Aláez, B., *Nacionalidad, ciudadanía y democracia ¿a quién pertenece la Constitución?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.

Álvarez, A.,

- “Doble nacionalidad y emigración: pasado, presente y futuro”, *REGAP*, nº 28, 2001, pp. 148-183.

- *La transposición de directivas de la UE sobre inmigración. Las directivas de reagrupación familiar y residentes de larga duración*, CIDOB Edicions, Serie Migraciones, nº 8, Barcelona, marzo 2006.

- “Los menores y el derecho de extranjería”, *Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería*, Zaragoza, 27 de Abril de 2006,

Álvarez del Cubillo, A., “La selección del país de origen de los trabajadores en las ofertas genéricas para cubrir el contingente de trabajadores extranjeros”, *Revista de Derecho Social*, nº 23, 2003, pp. 117-130.

Añón, M. J., “Igualdad y especialidad en el procedimiento administrativo de extranjería”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, nº 14, 2006.

Añón, M. J. (ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Arana, E., “La huida del procedimiento administrativo común y sus garantías en la Ley Orgánica 14/2003 de extranjería”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 122, abril-junio 2004, pp. 175-198.

Arenas, E., “Garantías jurídicas. Artículo 20: derecho a la tutela judicial efectiva”, Molina, C. y Monereo, F. (Dir.), *Comentarios a la ley y al reglamento de extranjería e integración social*, Comares, Granada, 2001, pp. 314-341.

Arranz, O. C., “Comentarios a las instrucciones sobre arraigo social elaboradas por la Dirección General de inmigración”, *Seminario Permanente sobre Migraciones Internacionales y Extranjería, Intermigra, Jornada II: La residencia temporal en*

supuestos excepcionales. *El arraigo laboral y el sociofamiliar*, 22 de septiembre de 2005, Zaragoza.

Bauböck, R., “Como transforma la inmigración a la ciudadanía: perspectivas internacionales, multinacionales y transnacionales”, Aubarell, G. y Zapata, R. (eds.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Icaria. Antrazyt, Barcelona, 2004, pp. 177-218.

Bergalli, R. (coord.), *Flujos migratorios y su (des) control. Puntos de vista pluridisciplinarios*, Anthropos, Barcelona, 2006.

Carrió, A., “La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003”, *Diario La Ley*, año XXV, núm. 6003, 23 de abril de 2004, pp. 1-6.

Castels, S. and Davidson, A., *Citizenship and Immigration*, MacMillan, London, 2000.

Cavas, F. y Fernández, M^a.B., “Los derechos socio-laborales de los extranjeros”, Sánchez, M. A. (Coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2005, pp. 441-470, en concreto pp. 451-456.

Colectivo IOÉ, *Inmigración y vivienda en España*, Documentos del Observatorio Permanente de la Inmigración, nº 7, Madrid, 2005.

De Bruycker, Ph. (direc.), *Les régularisations des étrangers illégaux dans l'Union Européenne*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

De Lucas, J.,

-“Acerca del debate sobre inmigración y ciudadanía. Políticas de inmigración, ciudadanía y derechos de los inmigrantes en la Unión Europea”, *Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, nº 33, 2003, pp. 75-112.

- *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Icaria. Antrazyt, Barcelona, 2003.

- “Sobre la integración del fenómeno migratorio en las políticas de cooperación al desarrollo”, en *Workin Papers Munduan*, nº 6, 2003, pp. 3-40.

- “Ciudadanía, Extranjería y Derechos”, Betegón, J., De Páramo, J. R., Laporta, F. J., y Prieto, L (coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 379-407.

- “Ciudadanía: la jaula de hierro para la integración de los inmigrantes”, Aubarell, G. y Zapata, R. (eds.), *Inmigración y procesos de cambio. Europa y el Mediterráneo en el contexto global*, Icaria. Antrazyt, Barcelona, 2004, pp. 215-236.

- “La integración de los inmigrantes: la integración política, condición del modelo de integración”, De Lucas, J. y Díez, L., *La integración de los inmigrantes*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, pp. 11-43.

Delgado, M., *Diversitat i Integració*, Biblioteca Universal Empuréis, Barcelona, 1998, pp. 38-44.

Esplugues, C. (Coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Fernández, B., *El desamparo y la protección de los menores inmigrantes*, Aranzadi, Madrid, 2007.

Ferrajoli, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

García-Panasco, G., “Medidas cautelares: especial referencia a los centros de internamiento de extranjeros”, *Seminario Especialistas Extranjería. Fiscales*, Madrid, 2004, pp. 2985-3023.

García, E., “Extranjería, delincuencia y legislación penitenciaria”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4, 2003, pp. 43-64.

García-Perrote, I., y Mercader, J., “Extranjeros en situación irregular y responsabilidades empresariales en materia de Seguridad Social. Cambios jurisprudenciales, cambios legales”, *Relaciones Laborales*, nº 16, 2003, pp. 5-9.

García Vázquez, S., *El estatuto jurídico-constitucional del extranjero en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Goizueta, J., *El derecho a la libre circulación y residencia en la Constitución Española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, en concreto pp.189-276.

Habermas, J.,

- *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 2000.

- *Tiempo de transiciones*, traducción de A. Serrano, Trotta, Madrid, 2004.

Ignatieff, M., “Democracia y terrorismo”, en *Claves de Razón Práctica*, nº 150, 2005, pp. 4-13.

Izquierdo, A. (direc.), *Inmigración: mercado de trabajo y protección social en España*, Madrid, CES, 2003.

Lara, A., “Derecho a la tutela judicial efectiva” Moya, M. (Dir.), *Comentario a la ley de extranjería*, op. cit., pp. 709-762 y en Esplugues, C. (Coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, op. cit., pp. 521-563

Marshall, T. H., *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, London, 1992 (hay traducción al castellano *Ciudadanía y Clase social*, Alianza, Madrid, 1998).

Martínez Veiga, U.,

- *Pobreza, segregación y exclusión espacial: la vivienda de los inmigrantes extranjeros*, Icaria, Barcelona, 1999.

- *Trabajadores invisibles. Precariedad, rotación y pobreza de la inmigración en España*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2004.

Massó, M. F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado Nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997

Méndez, E., *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Mendoza, N. y Serrano, J. M., (coords.), *Estudios sobre extranjería*, Bomarzo, Albacete, 2005.

Mezzadra, S., *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*, Traficantes de sueños, Madrid, 2005.

Molina, C. y Monereo, J. L., “Los derechos sociales de los inmigrantes en el marco de los derechos fundamentales de la persona: puntos críticos a la luz de la nueva reforma”, *Lan harremanak: Revista de Relaciones Laborales*, nº 8, 2003, pp. 99-144.

Monclús, M., “Hacia una política criminal diferenciada para extranjeros: la consolidación de la expulsión como sanción penal especial”, Rivera, I. (Coord.), *Política criminal y sistema penal: viejas y nuevas racionalidades punitivas*, Anthropos, Madrid, 2005, pp. 330-347.

Moya, D., “La intervención sobre los menores inmigrantes desamparados en Cataluña: reflexiones desde la Constitución”, *Migraciones*, nº 12, 2002, pp. 103-139.

Moya, M. (coord.), *Comentario sistemático a la ley de extranjería*, Comares, Granada, 2001.

Moya, M., “¿Extranjería o extranjerías?”, Ponencia III Congreso Nacional de la Inmigración, *La inmigración en España. Contextos y alternativas*, Granada, 2002, pp. 551-565.

Palidda, S., “Effetti perversi dell’attuale congiuntura delle migrazioni”, *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, nº 1, 1999, pp. 28-44.

Papadoulou, A., “Regularization programmes: an effective instrument of migration policy?”, *Global Migration Perspectives* 33, 2005.

Papastargiadis, N. (2000) *The turbulence of migration. Globalization, Deterritorialization and Hybridity*, Polity Press, Cambridge, 2000.

Pérez, J., “De un status laboral mínimo para situaciones de migración irregular”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, marzo 2004, pp. 9-38.

Rodríguez- Drincourt, J. J., *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997.

Rojo, E. (Coord.), *Inmigración y mercado de trabajo en la era de la globalización. Estudio de la normativa internacional, comunitaria y española*, Lex Nova, Valladolid, 2006.

Rojo, E. y Camós, I., “La laboralización de la inmigración en España. Estudio del Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, y de su impacto sobre la problemática laboral de la inmigración”, *Revista de Derecho migratorio y de Extranjería*, nº 8, marzo 2005, pp. 83-106.

Rubio, R., “La inclusión del inmigrante: un reto para las democracias constitucionales”, VV. AA., *Extranjería e inmigración. Actas de las IX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, Tribunal Constitucional y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 13-51.

Ruíz, A., “Algunas reflexiones en torno a la expulsión y repatriación de menores extranjeros”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 5, 2004, pp. 293-303.

Sánchez, M. A. (Coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España*, Diego Marín Librero-Editor, Murcia, 2005.

Sagarra, E.,

- *La legislación sobre extranjería e inmigración: una lectura. Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002.

- “Un nuevo status de extranjero en España. (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 1, noviembre de 2002, pp. 89-98.

Santolaya, P. (coord.), *Comentarios a la ley de extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2002.

Santolaya, P.,

- *El derecho a la vida familiar de los extranjeros*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Schitt, C., 1928: *Teoría de la Constitución*, traducción de F. Ayala, Alianza, Madrid, 1982.

Solanes, A.,

- “La irregularidad que genera la ley de extranjería. Un factor a tener en cuenta en una futura reforma”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 4, 2003, pp. 125-139.

- “La política de inmigración en la Unión Europea desde tres claves”, *Arbor*, CLXXXI, 713, 2005, pp. 81-100.

- “La participación política de las personas inmigrantes: cuestiones para el debate”, *Derechos y Libertades*, nº 18, enero 2008, pp. 67-95.

Solanes, A. y Cardona, M. B., *Protección de datos personales y derechos de los extranjeros inmigrantes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

Trinidad, M. L., “Los acuerdos migratorios bilaterales suscritos por España: un complejo instrumento para unos resultados escasos”; García Castaño, F. J y Muriel, C.

(ed.), *La inmigración en España: contextos y alternativas*, Ponencias III Congreso Nacional sobre la inmigración, volumen II, Granada, 2002, pp. 493-505.

Trinidad, M. L. y Martín, J., *Una forma nueva de ordenar la inmigración en España. Estudio de la Ley Orgánica 14/2003 y su reglamento de desarrollo*, Lex Nova, Valladolid, 2005.

VV. AA.,

-*Posición del extranjero en el proceso contencioso-administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006.

-*Los derechos de los menores extranjeros*, Consejo General del poder Judicial, Madrid, 2007.

Valdúeza, M. D., “Aspectos laborales del nuevo Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social”, *Relaciones Laborales*, nº 4, 2005, pp. 107-131.

Vargas, M., *La reagrupación familiar de los extranjeros en España. Normas de extranjería y problemas de derecho aplicable*, Aranzadi, Navarra, 2006

Vidal Fueyo, C.,

- “La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Volumen 21, nº 62, 2001, pp. 179-218.

- *Constitución y extranjería: los derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.

Wihl de Wenden, C., *¿Hay que abrir las fronteras?*, Barcelona, Bellaterra, 2000.