Resumen

Presenta este artículo un análisis crítico de las sucesivas leyes y reglamentos que constituyen la normativa vigente sobre extranjería en España. Del estudio de los textos legales se deduce que el legislador ha optado por una política basada más en el control que en la integración de los inmigrantes, lo que ha supuesto un exceso de trabas y obligaciones administrativas que ha llevado a la anulación por el Tribunal Supremo de once artículos del Reglamento de Extranjería de 2001, que desarrollaba la vigente Ley Orgánica 8/2000. A pesar de ello, esta ley mejora la anterior (LO 7/1985) para los inmigrantes legales. Ante una nueva reforma legal en curso, es importante el diseño de normas acordes con la política de inmigración de la UE, aunque el tratado de Amsterdam parece buscar más el control de fronteras y los acuerdos de readmisión de los países de origen que una política comunitaria de inmigración.

Palabras clave: inmigración, integración, procedimientos de regularización, inmigrantes legales, inmigrantes ilegales, repatriación, política comunitaria de inmigración.

Abstract

This article presents a critical analysis of the successive laws and regulations making up the current aliens legislation in Spain. From the study of the legal texts it may be deduced that the legislator has opted for a policy based on the control rather than the integration of immigrants, which has meant a surfeit of administrative hurdles and obligations that has led the Supreme Court to revoke eleven articles of the Aliens Regulations of 2001 implementing the current Law 8/2000. Nevertheless, this is an improvement on the previous one (OL 7/1985) for legal immigrants. With a view to a new legal reform in progress, it is important for legislation to be designed in line with EU immigration policy, although the Treaty of Amsterdam seems to be more concerned with frontier control and repatriation agreements with the countries of origin than a Community immigration policy.

Key words: immigration, integration, regularization procedures, legal immigrants, illegal immigrants, repatriation, Community immigration policy.

JEL classification: K39.

EL NUEVO MARCO LEGAL DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA EN ESPAÑA

DE LA INESTABILIDAD LEGAL A LA AUSENCIA DE UNA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN

Marcos Francisco MASSÓ GARROTE

Universidad de Castilla-La Mancha

I. INTRODUCCIÓN

EL legislador, desde la aprobación de la Constitución Española, ha optado, en general, en este ámbito, por desarrollar una política legislativa tendente a controlar los flujos inmigratorios y su integración en el país de acogida. Esta orientación tiene ya su origen en la regulación del derecho de extranjería en España realizada por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que, aprobada durante el gobierno socialista, pretendía responder a un hecho inmigratorio que estaba empezando a modificarse en Europa a través de un nuevo sistema migratorio desarrollado en el marco de la cooperación intergubernamental —especialmente, Tratado Schengen— y fuera del acervo comunitario. La LO 7/1985 se elaboró meses antes del ingreso de España en la UE, con un espíritu muy restrictivo y con el objetivo principal de evitar que se estableciera una población inmigrante en España, que por entonces era muy reducida, y de paso contentar a países como Alemania, Francia o Bélgica, que ya tenían una alta inmigración. Para impedir la inmigración, las vías de entrada legal en España eran prácticamente imposibles, los permisos de trabajo y residencia resultaban muy difíciles de conseguir y de corta duración, no se previa la reagrupación familiar, que tuvo que ser regulada por una norma reglamentaria en 1996,

se recortaban los derechos fundamentales e incluso se negaba a los inmigrantes las prestaciones sociales a las que contribuían con sus cotizaciones. Para asegurar la aplicación de unas normas tan restrictivas, se daba el protagonismo a la estrategia policial, de manera que la detención y la expulsión amenazaban continuamente la vida de los trabajadores extranjeros. No obstante, aquel modelo restrictivo y policial había fracasado ante el papel corrector de los propios tribunales de justicia, no solamente de los nacionales, incluidos el Supremo y el Constitucional, sino también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ampliando notablemente los derechos de los inmigrantes respecto a su reconocimiento legal, porque la política de expulsiones había tocado techo y, sobre todo, porque todos los obstáculos legales no han impedido el establecimiento de un sector importante de inmigrantes desde hace varios años. Las sucesivas regularizaciones extraordinarias decretadas por los gobiernos y el establecimiento de pseudocontingentes son la mejor prueba del fracaso de esta legislación.

Sin embargo, el cambio legislativo sobre la materia en España se planteaba como necesario. Así surge la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Los objetivos de esta nueva norma eran loables y resultaban espe-

ranzadores. Se pretendía legalizar lo ilegal, equiparar en derechos a españoles y extranjeros, integrar laboralmente a estos últimos de forma permanente con la creación de un cupo anual, y hacer posible el ejercicio de un derecho fundamental en nuestra Constitución y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos tan vital para los extranjeros como es la reagrupación familiar.

Pero no se desarrolló la Ley y, en su lugar, se aprobó su reforma a través de la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, vigente todavía y pensada para distinguir entre el extranjero legal y el ilegal.

En efecto, la reforma altera el régimen de disfrute de determinados derechos fundamentales (reunión, asociación, huelga, sindicación, educación, garantías...) en relación con el extranjero ilegal y dificulta la entrada legal de un extranjero en territorio español, lo cual ha propiciado el desarrollo de mafias ilegales en nuestro país, que son las que vienen regulando, de manera efectiva, los flujos migratorios, ante la ineficacia de las soluciones aportadas por el propio Estado en este punto. No hay, por otra parte, peor efecto llamada que la aprobación de tres leyes de extranjería en tres años y la realización de cuatro procedimientos de regularización extraordinarios, alguno de ellos incluso ilegal por falta de publicación en el BOE. Estos hechos han provocado el incremento de la inmigración irregular.

El camino iniciado por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, constituyó un paso de signo positivo en esta materia, pero sus resultados fueron efímeros tras las sucesivas reformas legales producidas al respecto. La política de gestión de los flujos migratorios se ha visto sustituida por una po-

lítica legislativa de control de los mismos y, por ello, nuestra esperanza radica en un control eficaz por parte de los tribunales de Justicia respecto de los excesos derivados de la acción del Gobierno en la materia, como así ha sucedido ya con la sentencia del TS del 20 de marzo de 2003, anulando importantes artículos del nuevo Reglamento de Extranjería de 2001. En efecto, la aprobación del Reglamento de extranjería por RD 864/2001, de 20 de julio, que constituye el *summum* de dicha política, ha ocasionado la anulación por parte del Tribunal Supremo de once artículos claves de la norma reglamentaria. Y es que la mejor garante de la protección de las minorías será siempre nuestra Constitución, que jamás podrá ser superada por la acción política del legislador. Junto a ella, probablemente opere una nueva Constitución Europea que otorgue eficacia jurídica a la Carta de Derechos Fundamentales de Niza. Esperamos que el nuevo derecho constitucional europeo, y su desarrollo posterior, opte por la gestión de los flujos migratorios, desarrollando definitivamente las políticas inmigratorias del Tratado de Amsterdam y lanzando un mensaje solidario y una nueva pedagogía, positiva, frente a los gobiernos de los estados, cada vez menos nacionales pero cada vez más reacios a aceptar el nuevo crisol de nuestra sociedad y la gran riqueza, cultural, social y económica, que el movimiento migratorio puede aportar a la misma.

II. LA NUEVA REGULACIÓN DEL DERECHO DE EXTRANJERÍA EN LA LEY ORGÁNICA 8/2000

1. Introducción

La nueva Ley de Extranjería responde a los deseos del Gobierno

de adecuar el hecho inmigratorio a la nueva realidad social. La reforma que a continuación pasamos a exponer, aprobada definitivamente el 22 de diciembre de 2000, y publicada en el BOE el 23 de dicho mes, entró en vigor el 23 de enero de 2001, según su disposición adicional quinta. La reforma planteada tiene también su origen en la promesa electoral realizada por el Partido Popular sobre la base de lo que se ha denominado efecto llamada de la Ley 4/2000, de 11 de enero. Ley que contó con el acuerdo político de todas los grupos parlamentarios a excepción del Gobierno. El incremento en los meses anteriores de los flujos inmigratorios, puesto de manifiesto por lo medios de comunicación, había reforzado el argumento del Gobierno, al considerar que la anterior ley alentaba la llegada de inmigrantes a nuestro país. Pero, para ser correctos en este fundamento, lo que ha sucedido en España, debido a su acelerado desarrollo económico y social, ha sido su conversión desde hace ya una década en un país receptor de inmigración. Con todo, nuestras cifras se encuentran aún muy alejadas de nuestro entorno europeo.

Conviene advertir, por otra parte, de lo peligroso que resulta fundamentar un reforma de esta importancia sobre una especie de invasión sobre la que hay que actuar, lo que no hace sino influir en la población española respecto al rechazo de plano de la inmigración. Opiniones expresadas por teóricos como Sartori o Azurmendi apuntaban además a la imposibilidad de la incorporación de los colectivos de procedencia árabe debido a su irreversible fundamentalismo religioso, lo que ha contribuido a que las demás fuerzas políticas se lo hallan pensado dos veces antes de tratar de presentar diseños alternativos a la legislación y a la estra-

tegia del Gobierno. Los costes electorales son más importantes que apostar por construir una auténtica y necesaria gestión de los flujos inmigratorios.

En este contexto, se plantea la reforma de la Ley 4/2000 (en adelante LODYLE). Resulta además paradójico que siendo éste uno de los objetivos de la ley de reforma de la LODYLE, nada aporta al control del flujo de los inmigrantes, pues esta reforma se dirige, básicamente, a reducir los derechos de los que están dentro, y especialmente de aquellos que se encuentren en situación de irregularidad, los llamados «sin papeles». Es más, se pretende favorecer su expulsión y reducir las posibilidades que la ley entonces vigente les concede para regularizar su situación. La única consecuencia que se puede derivar de ello es la extrema rigidez en las posibilidades de entrada y el auge de las mafias que trafican con estas personas.

En la exposición de motivos de la reforma de la LODYLE se encuentra otro de sus fundamentos, como es el de la adecuación a la directrices europeas en materia inmigratoria, puesta de manifiesto en la cumbre de Tampere en los días 16 y 17 de octubre de 1999 sobre la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Sin embargo, aunque estas previsiones pueden estar próximas a corto plazo tras la aprobación del Tratado de Amsterdam en 1997, en concreto para 2004, hasta el momento no existe normativa comunitaria alguna que pueda ser incumplida, y sí tratados internacionales de derechos humanos que España debe respetar, por formar parte de nuestro ordenamiento jurídico como normas de valor cuasiconstitucional.

Por último, el tercer argumento sobre el que gira esta reforma

es el de la lucha contra las mafias; sin embargo, la normativa de la reforma de la LODYLE que será objeto de análisis en forma sintética, en poco o prácticamente nada afecta a la anterior Ley 4/2000, manteniéndose los tipos delictivos e infracciones administrativas contra el tráfico ilegal de personas salvando las correcciones técnicas integradas en texto legal. De hecho, las políticas de control se dirigen en esta reforma al propio inmigrante.

Pero, lejos también de ser escépticos, no podemos olvidar que la reforma plasmada por la LO 8/2000, aun a pesar del retroceso sufrido respecto de la Ley 4/2000, es mejor que la anterior legislación sobre extranjería recogida en la Ley 7/1985, de 1 de julio. Especialmente en relación con las personas inmigradas que disponen de residencia legal es notablemente mejor en aspectos como los derechos sociales, la reagrupación familiar, las medidas antidiscriminatorias o la posibilidad de obtener una residencia permanente. Junto a ello, hay que añadir que en la aprobación de la reforma de la LODYLE el consenso entre la mayoría de las fuerzas políticas, que no de los agentes sociales, ha sido mayor de lo que en principio se podía prever. También por parte del PSOE, aunque este partido se opuso a su aprobación definitiva, especialmente por su no cesión en la regulación de los derechos fundamentales (asociación, reunión, sindicación y huelga). Lo cierto es que en los debates parlamentarios existió un amplio consenso de todos los grupos parlamentarios en más de un 80 por 100 del articulado. Y ello obedece a dos causas fundamentales. En primer lugar, la atemperación del proyecto de ley presentado por el Gobierno en julio de 2000 tras los dictámenes del Consejo General del Poder Judicial

y del Consejo de Estado. En segundo lugar, la aceptación por el Gobierno de muchas de las enmiendas presentadas por los grupos parlamentarios a excepción de las presentadas por IU. De las 48 enmiendas presentadas por el PSOE, se han incluido 28, siete en forma de transaccionales y 21 en su integridad. De las 22 de Coalición Canaria, se aceptan 12; 13 de las 35 de CIU; dos de EA, y una de ER, la Chunta Aragonesa, PA y PNV. En total, 59 enmiendas sobre un total de más de 300. A ello se deben añadir las innumerables enmiendas transaccionales propuestas por el Partido Popular, que se han aceptado por todos los grupos parlamentarios. La tercera reforma legal que se apunta el Gobierno de la Nación en tres años parece responder a esa necesidad de pacto entre las grandes fuerzas políticas.

2. La estructura formal en la LO 8/2000 y sus principios

La reforma de la LODYLE 4/2000 consta de tres artículos, una disposición adicional única, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cinco finales. El grueso de la reforma se sitúa en el artículo primero, de gran extensión, 63 apartados, que dan una nueva redacción a numerosos preceptos de la LO 4/2000, intercalando e introduciendo nuevos preceptos. Como consecuencia de esta nueva articulación de la norma reformada, se modifican también los títulos y capítulos de la LODYLE, al objeto de adecuar su estructura a la nueva numeración de los preceptos, modificando también la denominación de títulos y capítulos. Así por ejemplo el título II pasa a encabzarse «Régimen jurídico de los extranjeros», desapareciendo la expresión «.....de

las situaciones...», y pasa a comprender los artículos 25 a 49, cuando antes comprendía los artículos 23 a 42, como consecuencia de la introducción de nuevos preceptos; el capítulo I conserva la denominación, pero modifica su numeración, que ahora pasa a los artículo 25 a 28; el capítulo II conserva su expresión, pero tiene un artículo más, relativo al régimen especial de los estudiantes, que se introduce de nueva planta, y comprende los artículos 29 a 35; el capítulo III mantiene su encabezamiento, comprendiendo los artículos 36 a 43, y finalmente el capítulo IV se pasa a denominar «De las tasas por autorizaciones administrativas», por lo que se suprime el resto del encabezamiento que dice «...para trabajar en España...», y comprende los artículos 44 a 49. El título III conserva su nombre, pero pasa a comprender los artículos 50 a 66. El título IV, que llevaba por definición «Coordinación de los poderes públicos en materia de inmigración», pasa a llamarse «Coordinación de los órganos de la Administración del Estado», cambiando su numeración de los artículos 67 al 70. El artículo 2 de la reforma de la LODYLE cambia la disposición adicional única de la Ley 4/2000, que pasa a ser ahora la disposición adicional primera, con la denominación «Plazo máximo para resolución de expedientes», y se añade una segunda disposición adicional con el encabezamiento de «Canarias».

La reforma legal destaca también, a diferencia de la Ley 4/2000, por su exposición de motivos. En ésta se ponen de manifiesto las causas determinantes de la reforma, ya tratadas críticamente en nuestra introducción. En concreto, la adecuación del fenómeno migratorio a la realidad española y la asunción de las conclusiones

adoptadas por los jefes de Estado y de Gobierno de los estados miembros de la Unión Europea los días 16 y 17 de octubre de 1999 en Tampere. Es en la exposición de motivos donde quedan reflejados los principios en los que se inspira la reforma de cada uno de los títulos de la Ley; así, respecto del título Preliminar se dice que la reforma consiste en una mejora gramatical.

En cuanto al título I, se establece que «se ha perseguido cumplir con el mandato constitucional del artículo 13, que establece que los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el título I de la misma, en los términos que establezcan los tratados y la Ley, así como la jurisprudencia al respecto del Tribunal Constitucional», añadiendo que «se han conjugado este mandato constitucional con los compromisos internacionales adquiridos por España, especialmente como país de la Unión Europea», y concretamente por cuanto respecta a garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus estados miembros. Y es en este punto donde se establece el primero de los principios básicos sobre los que gira la reforma: la distinción entre los derechos de los extranjeros que residen en España de forma legal y los que no, corrigiendo la situación de la Ley Orgánica 4/2000, que no establece tal distinción, atribuyendo derechos a todos los extranjeros que residen en España, independientemente de la legalidad de su situación, viniendo a dificultar, según la reforma legal, «el funcionamiento de los mecanismos que el ordenamiento jurídico prevé para controlar los flujos migratorios y asegurar la legalidad de la entrada y permanencia de los extranjeros en territorio español».

En cuanto al título II, se expresa de manera precisa que «la premisa que ha informado las modificaciones efectuadas sobre su articulado ha sido la de establecer un régimen de situaciones y permisos que incentiven a los extranjeros a entrar y residir en nuestro país dentro de la regularidad, frente a la entrada y estancia irregular». También se menciona en este punto que el título ha sido adaptado a lo establecido en el Acuerdo Schengen. Sobre el título III, se dice que las modificaciones afectan, en síntesis, a dos temas: las medidas relativas a la lucha contra la inmigración ilegal y la mejora de los mecanismos para evitar ésta. Finalmente, en relación con el título IV de la LO que se modifica, se revisa «la definición del Foro para la integración social de los inmigrantes, enfocando la función de consulta, información y asesoramiento de este órgano hacia la integración de los inmigrantes que se encuentren en España, que es uno de los objetivos de la Ley». Una vez vista la estructura formal de la reforma legal, junto con los principios expresos que la inspiran, es momento para analizar con mas detalles el actual marco legal.

2.1. *Del reconocimiento del principio de igualdad a la desigualdad del legislador*

La Ley Orgánica 4/2000 incorporaba una nueva filosofía en el tratamiento jurídico de los extranjeros, que se ponía ya de manifiesto en su propia denominación —«sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social»—, muy inclinada sobre todo a la regulación de la integración, atemperando los controles legales de los movimientos migratorios y,

sobre todo, casi eliminando la tradicional diferencia entre el inmigrante «regular» y el inmigrante «irregular», más allá de las categorías de «residentes» en sus diversos grados, e incluso «empadronados». Por ello, la presente norma pretende hacer compatible tanto el fenómeno de la extranjería como el de la inmigración, recuperando de manera nítida la distinción entre los extranjeros que se encuentren legalmente en España de los que no, lo que pone de manifiesto el aspecto técnico más importante de la Ley, esto es, el reconocimiento de una desigualdad de tratamiento de los extranjeros por el legislador, más preocupado, como el de antaño en la Ley Orgánica 7/85, por la actividad de «control» que por la acción de «integración» de los inmigrantes. A nuestro juicio, toda la reforma legal reposa sobre este principio, y en especial la reforma del artículo 3 de la LODYLE, donde conecta el goce y disfrute de los derechos fundamentales a la condición de que el extranjero resida legalmente en España. Sin embargo, esta regulación roza los límites de constitucionalidad que el propio Tribunal Constitucional ha puesto ya de manifiesto en su propia doctrina. En resumen, se puede colegir, según el TC, que el ámbito de derechos de los extranjeros en España es coextenso al ámbito del título I de la Constitución, cuyo disfrute podrá atemperarse, en cuanto a su contenido, a lo que determinen tanto la ley como los tratados internacionales, aunque esa modulación no será posible en los derechos que correspondan por igual a españoles y extranjeros. Así, de esta doctrina se desprende tres grupos de derechos.

En primer lugar, los derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, cuya regu-

lación ha de ser igual para ambos, sin posibilidad alguna de diferenciación por el legislador. Forman parte de este grupo aquellos derechos que son básicos para la realidad plena de la dignidad humana, que es, de acuerdo con el artículo 10 de la Constitución Española (CE), uno de los fundamentos del orden político. Entre ellos se encuentra el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica (STC 107/84), el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/85) y el derecho a la libertad personal y a la seguridad (STC 115/87).

En segundo lugar, se encuentran aquellos derechos que en modo alguno pertenecen a los extranjeros, siendo tales derechos los reconocidos en el artículo 23 de la CE, conforme a lo que dispone el artículo 13.2 de la CE, que limita estos derechos a los españoles, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por Tratado o Ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, precepto que hubo de ser modificado para adaptarlo al artículo 8.B del Tratado de la Unión Europea.

En tercer lugar, se encuentran los derechos respecto de los que el artículo 13.1 de la CE reconoce a los tratados y a las leyes la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio por parte de los extranjeros, siempre que se respeten las prescripciones constitucionales. El poder del legislador es, sin duda, en esos derechos amplio, pero no absoluto, pues no puede configurar libremente su contenido sin respetar las prescripciones constitucionales. A este respecto, merece atención la reforma del artículo 3.º de la Ley 4/2000. En el artículo 3.º de nueva redacción desa-

parece expresamente la mención «igualdad con los españoles», recuperando aproximativamente la regulación de la Ley 7/1985. Así, la Ley 4/2000 tendía a la equiparación de los derechos de los extranjeros con los de los españoles, con una declaración normativa que comprendía no sólo los que se conocen como derechos fundamentales, sino también los derechos socioeconómicos, ampliándose también, por no distinguirlo nítida y suficientemente, a aquellos extranjeros que se encuentren en situación irregular. Ahora, en cambio, con la Ley 8/2000 se establece que el goce por los extranjeros de los derechos y libertades que se les reconocen lo es en los términos establecidos en los tratados internacionales, en la propia Ley Orgánica y en las leyes que regulen su ejercicio. La norma que se reforma equiparaba pues el goce del ejercicio de los derechos de los extranjeros al de los españoles, optando por el nivel máximo de igualdad. Sin embargo, ese nivel pasa a reducirse significativamente, como veremos, remitiéndose a los términos de la Ley y los tratados internacionales. La opción de política legislativa, aun siendo legítima, no deja de ser restrictiva, y para saber si es respetuosa con la doctrina del TC se deberán analizar los distintos preceptos que la reforma ha llevado a cabo. Es pues una opción acorde con el artículo 13 de la Constitución, pero no la mejor de las posibles para una adecuada y correcta política de integración que la CE permite y que el legislador ha desechado para impulsar más la acción de lo que hemos llamado antes «control» sobre el de «integración» de los extranjeros en nuestro país. Actividad de control que sufrirán con más intensidad aquellos que se encuentren en un situación de irregularidad.

2.2. *Sobre los derechos y libertades de los extranjeros: el requisito de la residencia legal para el ejercicio de los derechos fundamentales*

Sobre la base de lo anterior, la reforma se centra en los requisitos necesarios para el ejercicio de los derechos y libertades. En concreto, en el concepto de residencia legal en España, o simplemente de residente, que, tal como señala el artículo 29 de nueva redacción, se caracteriza por haber obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente. Con carácter general, conviene señalar que la opción del legislador en principio pudiera resultar constitucional al amparo de la doctrina expuesta en la STC 108/1984, donde se plantearon dos problemas simultáneos: por una lado, el relativo a si los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales, y por otro, si el principio de igualdad posibilita las desigualdades entre españoles y extranjeros. Sin embargo, en la reforma de la LODYLE se da un paso más en la regulación de los derechos fundamentales, distinguiendo entre los que se encuentran en situación de legalidad y los que no lo están. Pero vayamos por partes. En la STC 107/84 se señala que, en efecto, los extranjeros gozan en España de los derechos y libertades del título I, entre los que se incluye el derecho de igualdad, con lo que parece aceptarse y admitirse la titularidad de todos los derechos fundamentales, aunque no de forma explícita. Ello no quita, como señala la sentencia, que exista un sistema de equiparación absoluto en la regulación de los derechos y libertades de los ciudadanos. La ley y los tratados pueden llegar a ser actos normativos potencialmente ordenadores de derechos, especialmente de aquellos que, aun sien-

do constitucionales, no se arropan con la vitola de derechos básicos para los que cabe una regulación infraconstitucional equivalente o no, como la que opera con respecto a los nacionales.

Nuestro sistema constitucional de los derechos de los extranjeros es de equiparación restringida, y aunque se permite el hecho de que por ley puedan ser modulados algunos de los derechos considerados no básicos en el título I, ello no desnaturaliza en ningún caso que su atribución sea constitucional y, por tanto, de protección constitucional, sin que ello suponga la eliminación del disfrute del derecho o restringirlo de tal manera que desvirtúe el ejercicio del mismo. Y ahí está el problema de la reforma legal llevada a cabo, en la cual, en la regulación de los derechos fundamentales, se atribuye a los irregulares la titularidad de los derechos de reunión, asociación, sindicación, huelga y otros derechos fundamentales, pero se les niega su ejercicio hasta que obtengan, según nueva expresión de los artículos 7 y 9 de la LODYLE, autorización de estancia o residencia en España. Comparto por ello, en todos sus términos, la posición de cierto sector doctrinal (Peces Barba, Prieto Sanchís, Sánchez Ferriz, Pérez Vera) según el cual, partiendo de que no todos los derechos fundamentales pueden ser configurados por los tratados o la Ley, especialmente aquellos que resulten imprescindibles para la dignidad humana, en los derechos que no afectan a ésta, como son aquellos en los que entra la reforma legal, resultan legítimas las diferencias de trato, si bien habrá que respetar en todo caso el contenido esencial del derecho, y ello con independencia de la condición legal en la que se encuentre el sujeto, especialmente en lo referente a aquellos derechos fundamentales para los que el cons-

tituyente no ha establecido diferenciación alguna. Esta variable del contenido esencial es introducida en la STC 115/1987 al analizar la constitucionalidad de la regulación de la LOE 7/1985 sobre el derecho de reunión y asociación. En ella se establece la necesidad de diferenciar, de modo previo al establecimiento por ley de posibles desigualdades en el disfrute de los derechos de los extranjeros, entre el contenido esencial del derecho y el no esencial, sobre el que será posible la introducción de diferenciaciones por motivos de nacionalidad. En puridad lógica, la titularidad de los derechos fundamentales de los que gozan también los extranjeros exige, en su desarrollo legal, un cierto contenido del derecho, y en concreto aquello que lo define como tal según el artículo 53.1 CE cuando habla del contenido esencial.

La actual reforma legal elimina cualquier tipo de contenido del derecho para los residentes ilegales, lo que puede provocar, a nuestro entender, dudas sobre su constitucionalidad no sólo por lo ya afirmado, sino también porque pudiera vulnerar el artículo 14 de la Convención Europea de los derechos humanos de 1950, en la cual se establece la prohibición de discriminación en el goce de los derechos y libertades reconocidos en ella, como son los de reunión, expresión y asociación, debiéndose reconocer en igualdad de condiciones, sin discriminación. Las únicas restricciones que admite el artículo 11.2 de la Convención para los derechos de reunión y asociación son aquellas que, previstas por Ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades aje-

nos. No parece que las restricciones en la reforma legal coincidan con las previstas en el convenio ni que su regulación sea igual para todos los extranjeros, con independencia de su condición legal. La actual ley, que entró en vigor el 23 de enero del 2001, difiere sustancialmente de la anteriormente vigente Ley 4/2000 que, en sus artículos 3 a 22, ninguna distinción realizaba entre los residentes en situación de legalidad y los que no lo estaban. Se vuelve pues al sistema de reconocimiento de derechos de la Ley de 1985, privando a los extranjeros en situación irregular de los derechos de asociación, reunión, manifestación, libertad sindical y huelga. En su regulación legal, como ya hemos expuesto, podrían haberse incluido restricciones o modulaciones que se considerasen adecuadas a su ejercicio, pero no la de su supresión pretendiendo el legislador otorgales la titularidad y luego vaciándolos de cualquier contenido.

Al margen de lo afirmado ya para el derecho de reunión y asociación, la doctrina expuesta cabe perfectamente trasladarla a los derechos de sindicación y huelga, respecto a los que debe destacarse que en la Constitución, art. 28, se reconocen a todos los trabajadores, y ello con independencia de cual sea su situación. Hay que señalar, por último, que el no acuerdo en estos derechos es lo que impidió el consenso definitivo en la aprobación de la Ley de la Reforma de la LODYLE.

No ocurre así con el reconocimiento de otros derechos fundamentales, donde el Gobierno ha aceptado muchas de las propuestas de la oposición y otras novedades aportadas en el proyecto que mejoran técnicamente la redacción del anterior texto. En primer lugar, se encuentra la nueva

redacción del artículo 5, destinado a fijar las condiciones en las que los extranjeros que se encuentren en España ahora legalmente podrán disfrutar de los derechos fundamentales de libre circulación y residencia. Junto a las posibles limitaciones (de origen legal, constitucional y judicial) merecían una atención especial las ordenadas, con carácter individual, por el Ministerio del Interior por razones de seguridad pública, que no se establecían en la anterior norma y ahora pasan a concretarse en la siguientes: la presentación periódica ante las autoridades competentes y el alejamiento de fronteras o núcleos de población. Estas medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justifiquen la adopción de las mismas, suponen sin duda una mayor garantía del principio de legalidad que debe presidir este tipo de limitación, impidiendo que el vacío de la anterior norma pudiera ser ocupado por una norma de carácter reglamentario.

Mejoras se dan también en el nuevo artículo 6, que regula el derecho de la participación pública, donde, en su apartado inicial, no se había incluido la exigencia constitucional del artículo 13.2 de la reciprocidad, lo que podría derivar en la inconstitucionalidad de una ley que otorgara derechos de sufragio a los ciudadanos de un país, donde no se reconociera el mismo trato para los españoles que residieran en él. Ahora sí se hace, y se vincula estos derechos, como en el resto de los derechos fundamentales, a la residencia legal, pero además de la reciprocidad convencional se reconoce, como en el propio texto constitucional, la reciprocidad legal.

Otros derechos fundamentales se mantienen según su origi-

naria redacción o apenas sufren modificación. Éste es el caso del derecho a la asistencia sanitaria, que se mantiene sin distinción alguna entre los extranjeros y al margen de las condiciones de legalidad de su residencia, coincidiendo con la función de un derecho que afecta de manera inmediata y directa a la dignidad de la persona y a la protección del derecho a la vida, que se predica por igual de españoles y extranjeros y que tiene incluso la protección del Convenio de Roma, de manera que una negativa a la atención médica en estos supuestos puede ser considerada un trato inhumano y degradante en el sentido del artículo 3 de la Convención. Así parece derivarse de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de fecha 2 de mayo de 1997, Asunto D contra el Reino Unido, en un supuesto de expulsión a su país de un extranjero enfermo terminal de SIDA.

En cuanto al derecho a la educación para los menores de 18 años, se mantiene el texto anterior, lo que parece positivo a la luz de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, siendo, si se quiere, más completa su regulación al añadirse un nuevo párrafo sobre la educación infantil que introduce el artículo 9.2 de la LOGSE, donde, si bien tiene el carácter de voluntario, se obliga a las administraciones a garantizar la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite. En cambio, la nueva regulación, por cuanto respecta a la educación no obligatoria (en referencia a la superior e universitaria), y de acuerdo con los principios de la reforma legal, incorpora la necesidad de la residencia legal para tener derecho a este tipo de educación

y gozar de las mismas condiciones que los españoles tanto para la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso como para el acceso al sistema público de becas y ayudas. Situación esta última que se reitera para el disfrute de ayudas en materia de vivienda en el nuevo artículo 13 de la LODYLE.

En cuanto al derecho al trabajo y a la seguridad social del artículo 10, su regulación actual es correcta, según la doctrina expuesta por el TC en su sentencia 107/84: «la existencia de una legislación que, según la interpretación de los Tribunales, exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo no se opone pues a la Constitución». La desigualdad resultante en relación con los españoles en este caso no es inconstitucional, y no porque se encuentre justificada en razones atendibles, sino, más sencillamente, porque en esta materia nada exige que deba existir la igualdad de trato. La antigua disposición planteaba un problema interpretativo de muy difícil solución, corregido ahora con su nueva redacción. En concreto, se podía interpretar que todo extranjero, con independencia de su situación de residencia o trabajo, que acreditara estar realizando una actividad laboral podría acceder a los derechos previstos en el Estatuto de los Trabajadores, como por ejemplo la seguridad e higiene, promoción y formación profesional y a lo que la Ley llama acceso al sistema de seguridad social, es decir, a la afiliación y al conjunto de prestaciones que ello supone. En definitiva, permitía que cualquier extranjero que se encontrara trabajando de hecho en España pudiera poner en marcha el pleno reconocimiento de sus derechos

laborales y de seguridad social. Con la nueva norma se suprime cualquier tipo de ambigüedad al respecto, limitándose a reconocer esos efectos únicamente para los que residan o trabajen en los términos previstos en la Ley Orgánica. Por último, en relación con esta norma, se sigue permitiendo a los extranjeros acceder como personal laboral al servicio de las administraciones públicas, pero, se añade ahora, en igualdad de condiciones que los nacionales de los estados miembros de la Unión Europea, con el objeto de impedir que los extranjeros extracomunitarios puedan desempeñar aquellos puestos de trabajo de carácter laboral dentro de las administraciones públicas que supusieran un ejercicio de autoridad o comportaran una participación directa o indirecta en el ejercicio del poder público, o tuvieran por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado, puestos de trabajo que están prohibidos también para los comunitarios en los términos que ya fueron expuestos en la famosa sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, Comisión v. Bélgica, asunto 149/79, de 17 de diciembre de 1980.

2.3. *La nueva regulación del derecho a la reagrupación familiar*

Este derecho era, en la anterior normativa, sin duda alguna, una de las novedades más importantes que incorporó la Ley 4/2000, elevándolo a la categoría de derecho fundamental como parte del contenido del derecho a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 de la Constitución, y también en el ámbito de aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 16, y en cuya protección frente a las decisiones administrativas

de expulsión de los estados se ha mostrado prolija la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo (SSTEDH de 18 de febrero de 1991, Mosutaquin contra Bélgica, y de 26 de septiembre de 1997, asunto El Bujaidi contra Francia, entre otras).

En la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 8/2000, si bien se mantiene la categoría como derecho fundamental de los extranjeros, se introducen importantes modificaciones, especialmente en el ámbito subjetivo de aplicación y en el propio procedimiento administrativo para su concesión. Por un lado, se suprime el supuesto excepcional de acceder a la reagrupación familiar con base en razones humanitarias, pues sobre la base de esta expresión se recoge excepcionalmente y autónomamente la posibilidad de obtener un permiso de residencia temporal. En relación con los familiares reagrupables, se contiene una mejor limitación de los sujetos, eliminando los indeterminados apartados e) y f) del actual artículo 17, pero ampliando, por otra parte, los ascendientes reagrupables, que no sólo pueden ser los del residente extranjero, sino también los de cónyuge, siempre y cuando dependan económicamente del residente y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España. Sin embargo, por otra parte, se elimina el derecho de reagrupación de los familiares extranjeros de los españoles, pues, aunque para determinados sujetos ya existía referido a los españoles en su condición de comunitarios, se suprime cualquier posibilidad de ampliación a los familiares colaterales que no se encuentren dentro del ámbito subjetivo de aplicación para los comunitarios. La conclusión que se deriva de esta nueva delimitación del ámbito

subjetivo de los familiares reagrupables no es otra que eludir el llamado «efecto dominó», evitando que los familiares reagrupados puedan traerse a su vez a otros. Por último, en relación con la reagrupación familiar, no se ha esperado a su regulación reglamentaria para recoger los principios que deben presidir el procedimiento administrativo que se determine.

En cuanto respecta a los requisitos para la tramitación del permiso por reagrupación familiar, se siguen los preceptos del Reglamento de 1996, y en particular la Orden Ministerial de 8 de enero de 1999 (BOE de 13 de enero), elevándolos ahora a la categoría de Ley Orgánica. Cabe destacar entre ellos la prueba por parte del reagrupante de tener una vivienda suficiente, disponer de medios de subsistencia suficientes para atender las necesidades de su familia una vez reagrupada y el condicionamiento temporal de que, antes de poder solicitar la reagrupación, transcurra un año de residencia y tengan autorización para residir al menos otro año. Requisitos todos ellos que restringirán o dificultarán el ejercicio de un derecho fundamental reconocido por la propia Ley. Junto a ello, también se recogen en un nuevo artículo (art. 19) los efectos que en los sujetos reagrupables puede producir, en determinadas circunstancias especiales, la reagrupación familiar. En concreto, el cónyuge podrá obtener una autorización de residencia independiente cuando: a) obtenga una autorización para trabajar; b) acredite haber vivido en España con su cónyuge durante dos años. Este plazo podrá ser reducido cuando concurren circunstancias de carácter familiar que lo justifiquen. En este último supuesto, el legislador está pensando en el caso de los malos tratos.

En este marco legal, el Reglamento de desarrollo de la Ley, aprobado por RD el 20 de julio del 2001, limitaba la concesión de papeles a familiares directos de quien tuviera un permiso de residencia en vigor, aunque la Ley extendiera esa posibilidad a los familiares del cónyuge del residente legal. El reconocimiento unilateral del derecho al reagrupante, que resulta ser el único titular del mismo, excluyéndose, por consiguiente, cualquier posible titularidad por parte del reagrupado, tenía como objetivo, como hemos visto, impedir la denominada reagrupación en cascada. Sin embargo, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 entiende que la nueva redacción dada a la norma no permite concluir que se prohíba este tipo de reagrupación. Por consiguiente, el Reglamento de desarrollo 864/2001, de 20 de julio, al prohibirla, se ha extralimitado.

Y es que, en efecto, mientras que el artículo 41.5 del Reglamento de extranjería confiere el ejercicio de este derecho únicamente a los reagrupados que cuenten con un permiso de residencia obtenido independientemente del permiso del reagrupante, que en su día les permitió establecer la residencia legal en España, el artículo 17.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tras su reforma, considera que «el derecho de reagrupación corresponde a aquellos que hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, sin que sea necesario haber obtenido un permiso independiente al del familiar reagrupante».

Este precepto reglamentario, por otra parte, ya fue objeto de atención específica por parte del Consejo de Estado, cuyo informe cuestionaba su legalidad y apuntaba hacia la supresión de un inciso final que figuraba en el pro-

yecto y que establecía que «la residencia obtenida en virtud de la reagrupación no dará lugar a ulteriores reagrupaciones». Si bien el Consejo de Estado llamaba la atención en su dictamen sobre la peligrosidad de las reagrupaciones familiares en cadena por parte de quienes hubieran adquirido la residencia en virtud de una previa reagrupación, también afirmaba que el Reglamento no podía invertir el criterio establecido por la Ley prohibiendo esta clase de reagrupaciones. Sin embargo, la posición adoptada reglamentariamente sólo permitía el ejercicio del derecho de reagrupación familiar a quienes gozaban de un segundo permiso de residencia, obtenido de forma independiente con respecto a las circunstancias familiares que motivaron su propia reagrupación, es decir, se eliminaba por vía reglamentaria lo que el Consejo de Estado denominaba reagrupación en cadena, posibilidad ésta reconocida en el texto legal.

Por ello, en definitiva, y a juicio del máximo intérprete de la legalidad ordinaria, exigir un segundo permiso de residencia, obtenido independientemente del permiso del reagrupante, para poder ejercer el derecho de reagrupación familiar reconocido en la Ley supone privar a quienes han obtenido la residencia por reagrupación del derecho reconocido en el apartado segundo del artículo 17 de la Ley para poder reagrupar a sus propios familiares. El precepto del Reglamento, por tanto, contradice la Ley y resulta anulado por el Tribunal Supremo. Con la nueva reforma de la Ley de Extranjería, actualmente en tramitación parlamentaria, se pretende corregir esta situación permitiendo sólo que cada miembro de la pareja tenga su propio permiso para traer a España a sus respectivos familiares.

2.4. Sobre las garantías jurídicas

Mención especial merecen los derechos y garantías jurídicas, que a pesar de tener la consideración de derechos fundamentales en el artículo 24 de la CE, provocaron uno de los aspectos más polémicos del primer borrador. En primer lugar, en la concesión formal, al renunciar a su propósito inicial de enmendar el artículo 18.1 de la Ley y reconocer este derecho sólo a los extranjeros «que se hallen en España». Y en segundo lugar, en la corrección de diversos aspectos de clara inconstitucionalidad llevada sobre la base de los dictámenes jurídicos tanto del CGPJ como del Consejo de Estado. El derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado en el artículo 24 de la CE y que el Tribunal Constitucional ha declarado, en relación con los extranjeros, inderogable, según señala la STC 99/1985, y sin que se supedite este derecho a la residencia en España, constituye una constante en los ordenamientos comparados y en el Derecho Internacional, si bien, en nuestro ordenamiento, se encontraba expresamente en el artículo 21 de la LOPJ de 1985. Ahora, estos derechos se instrumentan en los artículos 20 a 23, y sobre ellos se proyectan las siguientes novedades.

En primer lugar, se encuentra la legitimación en los procedimientos administrativos, donde de la pretensión inicial del proyecto de ley, presentado por el Gobierno el 11 de septiembre de 2000, de cambiar la legitimación a las organizaciones representativas constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes por la legitimación regulada con carácter general en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, se mantiene, con buen criterio, la legiti-

mación primera e inicialmente prevista en la Ley 4/2000, pero ahora con el matiz de que en este tipo de legitimación corporativa solo podrá activarse cuando la organización esté expresamente designada por el inmigrante. Con ello se pretende evitar conflictos de intereses, ya que no necesariamente el interés de estas asociaciones, calificadas de representativas, ha de coincidir con el interés individual de la persona incurso en el procedimiento, por lo que debe entenderse ahora que la habilitación aquí contenida lo es para los procedimientos generales que afectan a los extranjeros, pero que no puede extenderse a una representación individual, salvo con la aquiescencia del propio afectado.

En segundo lugar, por cuanto respecta al régimen de recursos y ejecutividad de los actos administrativos, mejora su técnica legislativa por cuanto afecta, como excepción, al régimen general de los actos administrativos, y concretamente al ahora sí regulado de tramitación de los expedientes de expulsión por el procedimiento preferente en el nuevo artículo 63.

En tercer lugar, en cuanto afecta al derecho de asistencia de letrado de oficio en los procedimientos administrativos o judiciales, se restringe a aquellos que se hallen en España y carezcan de recursos económicos suficientes en cuanto a procedimientos que puedan llevar a su expulsión del territorio español o a la denegación de entrada, y en todos los procedimientos en materia de asilo. También se ha modificado con la nueva ley el sujeto de la asistencia gratuita, volviéndose a lo dispuesto en la Ley de asistencia jurídica gratuita 1/1996, hoy recurrida ante el Tribunal Constitucional, correspondiendo dicha

asistencia solamente a los residentes legales en España que acreditasen insuficiencia de medios para litigar; este criterio sustituye al anterior de estar empadronados en España para poder disfrutar de la asistencia jurídica gratuita en el resto de los procedimientos judiciales.

Finalizamos este apartado con la regulación del silencio administrativo, que la nueva reforma regula en su disposición adicional primera. Debe tenerse en cuenta que el artículo 43 de la Ley 4/1999, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, de reforma de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece como regla general, salvo que una ley o una norma de derecho comunitario disponga lo contrario, y a excepción de supuestos muy concretos que la propia ley enumera, que el silencio administrativo será positivo. Pues bien, La Ley 4/2000, en vez de enumerar los supuestos en que el silencio será negativo, en su disposición adicional hizo lo contrario, prever algunos supuestos en que será positivo. Ante ello, se planteaban dos posibilidades: la primera, entender que también será positivo el silencio en el resto de los supuestos planteables, en tanto nada decía la Ley, solución ésta que, desde luego hubiera planteado graves problemas a la Administración; la segunda, considerar que, al identificar expresamente dos supuestos como de silencio administrativo, en los demás se está disponiendo tácitamente la negatividad del silencio. Esta posible confusión interpretativa se ha resuelto por la Ley 8/2000, de 23 de diciembre, de la siguiente manera: por una parte, se establece el silencio negativo para los casos de solicitudes de los permisos que formulen los interesados a tenor de lo previsto

en la ley (n.º 1 de la disposición adicional), y por otra parte, se contempla el silencio positivo para las solicitudes de prórroga del permiso de residencia y la renovación del permiso de trabajo. En ambos casos, el plazo para resolver es de tres meses. Así, de acuerdo con la legislación general, la Ley 4/1999, la norma aprobada se inclina hacia el silencio negativo y elimina las lagunas o dudas que pudiera haber ocasionado la normativa anterior.

3. Régimen jurídico de los extranjeros

3.1. *El nuevo régimen de entrada y salida del territorio nacional: el requisito del visado y su modulación en la STS de 20 de marzo de 2003*

Los artículos 25 y 26, de nueva redacción en la LO 8/2000, que recogen los requisitos de entrada y prohibición en territorio español, suponen una adhesión obligada al Acuerdo Schengen, del que España forma parte. No obstante, el aspecto más novedoso del actual ley en este capítulo lo constituye el supuesto de la no motivación de la resolución denegatoria en materia de visados. La conveniencia de reconocer tal supuesto, deducida del mismo Tratado Schengen y avalada por numerosos ejemplos del derecho comparado (por ejemplo, el artículo 2.2 de la Ley belga de 1980, art. 33 de la Ley alemana de 1991 y el artículo 1 de la Ley francesa de 11 de enero de mayo de 1998), era tan evidente que ya se recogió en la originaria Ley 4/2000 (art. 25.3), pero dejando su establecimiento, por vía de excepcionalidad, a la potestad discrecional del gobierno sin limitación alguna. La fórmula que se propone parece más correcta desde

el punto de vista de la técnica legislativa: que sea la ley y no un reglamento el que prevea cuándo la denegación del visado deberá ser motivada (en la presente ley, en todos los casos, excepto cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena): Si bien la motivación facilita el control judicial de la Administración, dificultando al arbitrariedad de los poderes públicos, la resolución expresará en todo caso, según el nuevo artículo 27.5, todos los recursos que contra la misma procedan, órgano ante el que hubieran de presentarse y órgano para interponerlos. En conclusión, se vuelve a la idea de que el visado no es un derecho del extranjero, aunque cumpla los requisitos legales para obtenerlo, sino fundamentalmente un instrumento de la política de inmigración del Estado, dictada soberana y discrecionalmente de acuerdo también con los compromisos internacionales o con las políticas propias de la Unión Europea.

Por otra parte, el artículo 49.2, apartados d) y e), relativos a la exención de visado, del Reglamento de extranjería de 2001 permite, respectivamente, la tramitación de un permiso de residencia con exención de visado: primero, a los extranjeros que sean cónyuges de español o de extranjero residente legal nacional de un estado parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o de derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, se acredite la *convivencia en España* al menos durante un año y el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año; y segundo, a los extranjeros que sean

cónyuges de extranjero residente legal, no nacional de un estado miembro del Espacio Económico Europeo, siempre que no se encuentren separados de hecho o de derecho, se reúnan las circunstancias del artículo 17 de la Ley Orgánica 4/2000, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, se acredite la *convivencia en España* al menos durante un año y el cónyuge tenga autorización para residir al menos otro año. Por contra, el precepto legal del artículo 31.7, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, tras su reforma, no impone condición alguna a la convivencia de al menos un año para que pueda concederse la exención de visado al cónyuge del residente en España. El exigir reglamentariamente que esa *convivencia* deba efectuarse *necesariamente en España*, implica una restricción que va más allá de la exigencia legal y quiebra, por tanto, el principio de legalidad, además de que, paradójicamente, obliga a permanecer en territorio español durante un año en situación irregular. Y es que, si el legislador hubiera querido imponer como requisito la convivencia en España, hubiera efectuado la remisión al artículo 16 de la Ley, comprendido en el mismo capítulo relativo a la reagrupación familiar, que sí se refiere a esa residencia en España. El precepto, por tanto, vulneraba el principio de legalidad y ha sido anulado, igualmente, por el Tribunal Supremo.

El proyecto de reforma parcial de la LO 8/2000, que ha venido forzado por la anulación de gran parte del articulado del reglamento, consagra el visado como el gran instrumento de entrada que sólo se concederá a los inmigrantes que cumplan todos los requisitos exigidos. El visado será el único documento para entrar y

trabajar, o estudiar, sin más papeles ni permisos. Se dará en los países de origen y con la vigencia limitada al tiempo del contrato de trabajo o del curso que se vaya a hacer. Se introduce como gran novedad en España (pues ya existía en otros países como Italia) el visado de tres meses para buscar trabajo, que no se prorrogará en caso de que el extranjero no logre el empleo.

3.2. *Las novedades en el régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros*

Al margen de las cuestiones ya comentadas, en relación con las distintas situaciones de los extranjeros también existen novedades de gran calado que conviene observar. En primer lugar, hay que destacar una vez más que, respecto a las diferentes situaciones administrativas, se define expresamente en el nuevo apartado 3 del artículo 29 quiénes son considerados extranjeros residentes a efectos de poder ejercer los derechos y libertades fundamentales del título I de la Ley. En expresión de la Ley, son residentes extranjeros los que hayan obtenido un permiso de residencia temporal o de residencia permanente. En segundo lugar, la entrada y salida del territorio de los extranjeros se ajusta a lo establecido en el Convenio de Aplicación del Acuerdo Schengen de 1985, del que España es parte desde 1994. Pero una de las cuestiones centrales introducidas en la LO 8/2000 ha sido (tras ser también la más discutida en el debate parlamentario) la modificación del procedimiento de regularización permanente del anterior artículo 29.3 de la LODYLE. Se acepta el mecanismo original creado en la Ley 4/2000 para regularizar a los inmigrantes sin papeles, pero eleva, en su actual ar-

tículo 31.3, a cinco años la permanencia previa, a diferencia de los dos años requeridos en la anterior normativa, situación a que nuestro juicio afecta gravemente a la inmigración irregular. La Ley 4/2000, que facilitaba con esta medida la regularización y que no tiene parangón en ningún país de la Unión Europea con la excepción de Francia, que incorpora un mecanismo de estas características, hubiera reducido la proporción de inmigrantes en situación irregular, y por tanto las posibilidades de abaratamiento de la mano de obra que tantos beneficios aporta a sectores económicos que, de otra forma, no serían competitivos.

En los debates parlamentarios, la ponente del Partido Popular, Muñoz Oriol, rechazó de plano un procedimiento de regularización permanente porque va contra el espíritu de la Ley, como si fuera posible desde la Ley la solución de los flujos migratorios condicionando cualquier actividad o ejercicio de derechos a la legalidad de la estancia del inmigrante. Como dice la ponente, «ello daría lugar a un fomento de la inmigración irregular». Nada mas lejos de la realidad. El procedimiento de regularización permanente obedece al carácter estructural de la inmigración con carácter general, y de la irregular con carácter particular. La solución ofrecida por el legislador seguirá proporcionando una bolsa de irregulares. Coincido con aquellos que consideran que la Ley 4/2000, en este aspecto, nos hubiera permitido desarrollar una auténtica política de integración, facilitando la convivencia y reduciendo el espacio de ciertas actitudes xenófobas. Es claro y evidente que la inmigración será estructural y constante en los próximos años y que la legislación tiene que estar dispuesta a integrar ese proceso, porque es ne-

cesario que las personas con un cierto arraigo permanezcan en situación legal y no hacerles esperar más tiempo del debido para ingresar en la legalidad, pues, de no ser así, se produce el efecto contrario al que persigue la Ley, esto es, la acción ilegal de los grupos organizados que trabajan en la clandestinidad. En cambio, el permiso de residencia permanente se flexibiliza algo al permitirse que la residencia continuada durante cinco años se cumpla aunque, por vacaciones u otros razones que se establezcan reglamentariamente, los inmigrantes hayan abandonado el territorio nacional temporalmente.

Otro de los aspectos novedosos de la nueva ley es la posibilidad de otorgar un permiso de residencia temporal cuando concurren razones humanitarias, circunstancias excepcionales o cuando se acredite una situación de arraigo. En la nueva redacción del artículo 34, relativo a la residencia de apátridas e indocumentados, quedan éstos mejor diferenciados que en la condición de refugiados y asilados de la normativa anterior. Especialmente se corrige el defecto técnico del anterior artículo 31, que confundía la definición de apátrida con una persona indocumentada, lo que no se correspondía con el actual Derecho Internacional reflejado en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas de 1954, en la que un apátrida es simplemente aquella persona que carece de nacionalidad, y a la que se le expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención.

También es importante la nueva regulación de la situación de los estudiantes en este capítulo II, nueva ubicación mucho más coherente y lógica que en el anterior capítulo III sobre permisos de trabajo. Pero en este caso no sólo

cambia de ubicación, sino que se está eliminando en la nueva redacción del artículo 33 cualquier elemento que pudiera hacer defendible la interpretación de que se está estableciendo un nuevo tipo de residencia, con todo lo que ello pudiera suponer, por ejemplo, a efectos de lograr la residencia permanente. Así, ya no se habla de residencia, sino de autorización de estancia, rompiéndose de esta manera una vía sencilla para residir en España con el único requisito de haber sido admitido en un centro docente público o privado oficialmente reconocido, eliminándose el requisito de contar con medios económicos e incluso permitiendo el ejercicio de actividades remuneradas a tiempo parcial, en régimen *au pair* o, como añade un nuevo apartado en el artículo 33.4, al permitir que los extranjeros admitidos con fines de estudio puedan ser contratados como personal laboral al servicio de las administraciones públicas en los términos y condiciones previstos en el artículo 10.2 de la Ley, del que ya hemos hecho mención.

Por último, y en relación con la residencia de menores indocumentados, se corrige que sean los juzgados de menores los que se hagan cargo de la determinación de la edad de estas personas, pasando a ser un competencia del Ministerio Fiscal, lo que, además de ser lógico, abre una vía de mejor regularidad de los menores, una vez se asuma la tutela por las administraciones competentes, creando un marco de seguridad jurídica de cara a los procesos de inserción social y laboral de estas personas.

3.3. *Permisos de trabajo y regímenes especiales*

También encontramos novedades en el capítulo III del título I

de la reforma de la LODYLE, sobre permisos de trabajo y permisos especiales. En primer lugar, el nuevo artículo 36 señala que para poder ejercer cualquier actividad lucrativa será necesaria, además del permiso de residencia, una autorización administrativa para trabajar, que podrá ser un permiso de trabajo por cuenta propia (artículo 37) o un permiso de trabajo por cuenta ajena (art. 38), recuperándose así la diferenciación tradicional y eliminándose la nada clara distinción de la anterior ley entre permiso de trabajo para actividades por cuenta ajena y autorización administrativa para actividades por cuenta propia. Autorización administrativa que se exigía, incomprensiblemente, de manera previa, también, para aquellos empresarios que quisieran contratar a un trabajador extranjero, añadiéndose al permiso de trabajo que deben obtener para el extranjero que pretendan contratar, y que ahora, con una más clara y mejor redacción del apartado 3 del artículo 36, se refiere sólo y exclusivamente a la contratación de trabajadores extranjeros no autorizados.

En segundo lugar, en el artículo 37 de la nueva LODYLE, que trata sobre el permiso de trabajo por cuenta propia, se resuelve el problema interpretativo de la anterior ley acerca de si estos trabajadores debían solicitar la autorización administrativa correspondiente para la realización de la actividad económica cumpliendo además todos los requisitos que la legislación vigente exige a los nacionales. En efecto, el artículo 37 recupera tal autorización previa, que venía ya a exigirse en la anterior LO 7/1985, y si bien la propia norma matiza que habrá de acreditarla cuando proceda, se entiende que, con carácter general, el extranjero deberá obtener del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales dicha autoriza-

ción. Se vuelve con este sistema a una innecesaria burocratización, dificultando en exceso que los extranjeros obtengan una autorización administrativa para trabajar en calidad de comerciante, industrial, agricultor o artesano.

En tercer lugar, por lo que respecta al permiso de trabajo por cuenta ajena, observamos una mejora de la redacción del nuevo artículo 38 (artículo 35 en la anterior ley), pues en los supuestos de renovación, además de eliminarse la posibilidad de que pueda renovarse el permiso de trabajo por su obligación de renovar el documento administrativo laboral cuando persista o se renueve el contrato u oferta de trabajo que motivaron su concesión inicial, se amplían los supuestos en que procede la renovación cuando se hubiera otorgado una prestación contributiva por desempleo, cuando el extranjero sea beneficiario de una prestación económica asistencial de carácter público o cuando concurren otras circunstancias que se establecerán reglamentariamente. En materia de excepción a la obtención del permiso de trabajo, junto con los requisitos ya regulados en la anterior ley, se produce una ampliación necesaria y lógica por lo que respecta a los técnicos y científicos extranjeros invitados o contratados por el Estado, añadiéndose aquellas otras que provengan de las comunidades autónomas o los entes locales (artículo 41 de nueva redacción). En la misma línea que lo anterior, en la regulación del contingente (artículo 39) se aceptaron las enmiendas propuestas por CIU y CC sobre la participación de las comunidades autónomas en su elaboración. De esta manera, se cuenta con la especial información que pueden suministrar las comunidades autónomas, lo que, por otra parte, en la práctica ya se hacía. A estos efectos,

las propuestas que se eleven por las comunidades autónomas para la elaboración del contingente incluirán el número de ofertas de empleo y las características profesionales de los trabajadores. En conclusión, el cupo o contingente deja de ser un instrumento exclusivamente en manos del Estado o del Gobierno.

Por lo demás, la norma mantiene la obligación legal de fijar un contingente anual de trabajadores extranjeros, que antes era una mera posibilidad, además de dirigirse exclusivamente a aquellos trabajadores que no se hallen ni sean residentes en España. El contingente sigue siendo el camino para la canalización de flujos exteriores hacia el mercado laboral español, pero mejorado y ampliado con la participación de las comunidades autónomas. Una medida que para nada se está cumpliendo, por dos causas fundamentales: en primer lugar, la desconexión entre las distintas administraciones para su propia fijación, como así obliga la norma, y en segundo lugar, por el escaso número de puestos de trabajo ofertados por el Gobierno central, que apenas supera las 30.000 ofertas de trabajo (véase con precisión la Resolución de 11 de enero de 2002) cuando, según los agentes sociales, existe una demanda interna laboral de más de 125.000 puestos de trabajo de mano de obra extranjera. Este desajuste obliga, sin duda alguna, a una reflexión que la nueva reforma legal deberá plantearse.

En otro orden de cosas, el artículo 40 recoge un conjunto de supuestos específicos para la obtención de un permiso de trabajo en los cuales no se tendría en cuenta la situación nacional de empleo, eliminando las excepciones al contingente que, en forma también de supuestos, recogía el

anterior artículo 38 y volviéndose a las antiguas categorías que el artículo 18.3 de la Ley 7/1985 consideraba como supuestos de preferencia para la obtención de un permiso de trabajo. El capítulo III culmina con la regulación solamente de dos regímenes especiales, el de los trabajadores de temporada y el de los trabajadores transfronterizos, eliminándose el régimen especial para estudiantes, que ahora ha pasado, como hemos visto, al capítulo II. En cuanto al primer régimen especial, los trabajadores de temporada, mejora su regulación por la inclusión y la participación de las comunidades autónomas. En relación con el segundo régimen especial, los trabajadores transfronterizos sólo tienen esta consideración en la nueva norma (artículo 43) cuando los extranjeros que residan en la zona limítrofe regresen a su lugar de residencia diariamente, y no una vez a la semana, como se venía haciendo antes de la aprobación de la Ley 4/2000, supuesto que en la actualidad solo puede darse en Andorra y Marruecos.

4. Las infracciones y el régimen sancionador en la nueva reforma de la LODYLE

4.1. La lucha contra la inmigración ilegal

La importancia de la regulación en estas cuestiones está fuera de toda duda, y así lo han puesto de manifiesto los dictámenes tanto del CGPJ como del Consejo de Estado, que han hecho especial hincapié en la necesaria adecuación del este título III con los principios básicos del Estado de Derecho. Así, la aprobación definitiva de la reforma llevada a cabo en la LO 8/2000 recoge muchas de las sugerencias de estos órganos constitucionales, que han me-

orado en mucho el anteproyecto del Gobierno. Sin embargo, la filosofía de todo el proyecto de ley también está presente en este título, que innova profundamente el sistema administrativo sancionador en materia de extranjería.

En el actual marco legal, se pretende incrementar la presión sobre las organizaciones mafiosas destinadas a explotar la inmigración ilegal y el tráfico de mano de obra clandestina, lo que responde a las exigencias del Convenio Schengen, especialmente en materia de responsabilidades de los transportistas que permitan la circulación de personas ilegales, pero resulta desmesurado en relación con aquellas personas que se encuentren irregularmente en el territorio español y de aquellas otras que se encuentren trabajando sin haber obtenido un permiso de trabajo. En último lugar, sí constituye una novedad importante en la reforma de la LODYLE, fundamentada, por otro lado, en el Convenio de Schengen, la regulación en este título del artículo 53.2, que recoge como infracción muy grave el transporte de extranjeros por vía aérea, marítima o terrestre sin comprobar la validez y vigencia de los pasaportes o, en su caso, del correspondiente visado, y ello sencillamente porque supone convertir a las compañías aéreas en funcionarios administrativos expertos en derecho de extranjería y derecho de asilo, obligándoles a saber si una persona va a ver admitida su solicitud a trámite o no, especialmente en una solicitud de asilo que, no olvidemos, reside, en última instancia, en el temor fundado de ser perseguido, una cuestión psicológica que tienen que examinar funcionarios especializados de la policía, pero en ningún caso empleados de una compañía privada. Esta regulación supondrá la tendencia de las com-

pañías a no transportar a solicitantes de asilo porque si, con posterioridad, el transportado pide asilo y no se le admite a trámite, esa solicitud se convertirá en una infracción muy grave, con las importantes consecuencias sancionadoras y demás obligaciones que supone para la propia empresa transportista.

Con el nuevo proyecto de reforma del Gobierno se pretende tipificar con mayor precisión el ámbito de la inmigración ilegal, reforzando y ampliando las sanciones individuales o colectivas a quienes, con ánimo de lucro, integren las mafias de traficantes de personas o trabajen para ellas. Junto a ello, a las compañías aéreas se le podrá exigir el listado del pasaje antes de que el avión despegue en los países de origen «para adelantar los controles fronterizos». Las compañías tendrán que hacerse cargo, en condiciones dignas, del retorno de los pasajeros en tránsito a los que se les deniegue la entrada, fijándose un catálogo de multas para las que no respeten exigencias legales como la de informar de los billetes de vuelta no usados por extranjeros que lleguen como turistas.

4.2. *Aportaciones y correcciones en el procedimiento de expulsión*

El objetivo de la Ley pasa también por la introducción de un procedimiento preferente de expulsión, volviéndose al procedimiento sumario de la Ley del 1985, con el peligro que puede suponer tal procedimiento para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva en virtud de los plazos, tan perentorios, de 48 horas para tramitar este especial procedimiento sancionador. Pero, analizando todas estas cuestiones por partes, empezaremos por las infracciones

y sanciones que especialmente se regulan en los actuales artículos 53.a y b, y 57.1 y 2. En estos casos, se regula la expulsión, como se ha dicho antes, para aquellos extranjeros que se encuentren en España irregularmente, sin que se tenga en cuenta, como en la anterior regulación de la Ley 4/2000, la distinción entre aquellas personas que nunca han solicitado un permiso administrativo y aquellas otras que sí lo han obtenido, pero lo tienen caducado o tienen una situación de arraigo. La única diferencia que se incorpora, aunque sigue siendo la expulsión el denominador común a ambos supuestos, resulta de que en el primero se aplica el procedimiento preferente de expulsión (nuevo artículo 63), mientras que para el segundo se aplica el procedimiento ordinario de expulsión (nuevos artículos 57, 58 y 64). En relación con el apartado b del artículo 53, resulta exagerado que se sancione mediante la expulsión a aquellos trabajadores que se encuentren en España ilegalmente cuando la auténtica responsabilidad de estas situaciones es la del empleador que se beneficia de esa situación, y ello al margen de las excepciones que sobre la expulsión se recogen en el artículo 57.5 y 6, que son las mismas que fueron ya recogidas en la primitiva Ley 4/2000.

Por contra, sí es muy positiva la corrección del anterior artículo 49.g de la LODYLE, que establecía la expulsión del extranjero que realizase actividades ilegales, concepto jurídico muy indeterminado que favorecía la discrecionalidad de la Administración, concretándose ahora aquellas actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana. Como reiteradamente se ha expuesto por el Tribunal Consti-

tucional a partir de su sentencia 83/1984, es necesario que en la norma legal remitente queden suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica, evitando así la posible arbitrariedad de los poderes públicos. Dada la redacción del artículo 25.1 de la CE, queda claro que el principio de legalidad no afecta sólo a los hechos que constituyan delito o falta, sino también a los ilícitos administrativos, consagrándose así la necesidad de la concreción de estos últimos por norma con rango de ley. Una infracción del artículo 25.1 de la Constitución respecto a un ciudadano extranjero fue examinada ya en la STC 116/93, que estima el recurso de amparo interpuesto contra sendas sentencias confirmatorias del acuerdo de expulsión gubernativo sustentado en el Decreto 522/1974, en razón de que, tras la entrada en vigor de la Constitución, «no resulta admisible imponer sanciones al amparo de normas preconstitucionales que no tipifiquen con el grado de certeza y concreción constitucionalmente exigible las conductas infractoras». En este sentido, es loable que el legislador, en este aspecto, aplique esta doctrina del máximo interprete constitucional con la concreción de los elementos y características esenciales de las conductas merecedoras de la sanción.

Cuestión diversa es que no se esté de acuerdo con la opción de política legislativa en la descripción de esas conductas, que nos parece regresiva y nada integradora para una adecuada política de inmigración. La expulsión, como medida especialmente gravosa para los extranjeros, debe reservarse para casos de extrema gravedad, es decir, para las infracciones muy graves, que es el sentido lógico de la expresión. Sin embargo, el Gobierno, con esta

nueva redacción plasmada en la reforma de la Ley 8/2000, está más preocupado por la actividad de control y prevención que por una auténtica y creíble política de integración.

Por último, la expulsión prevista en la nueva redacción del artículo 57.2 para conductas dolosas que constituyan en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año deberá adecuarse con lo previsto en el Código Penal, que prevé esta posibilidad para aquellos delitos que lleven aparejada una pena menor de seis años, pues de otra manera supondría una grave quiebra del principio de legalidad la posibilidad de que se sancione al convicto con una pena superior a seis años, se le expulse y no se cumpla la condena. Además, la reforma legal prevé otro de los elementos más polémicos y de dudosa constitucionalidad, como es la introducción de la expulsión por el procedimiento preferente, que, aunque prevista en la Ley 4/2000, y llamada allí procedimiento de urgencia, carecía de contenido. En primer lugar, nos parece muy desacertado que la expulsión preferente, con su procedimiento, esté prevista para casos de infracciones muy graves y también para infracciones graves. Por otra parte, se da un plazo al interesado de 48 horas para que alegue lo que considere oportuno. Este artículo contradice de plano el derecho a la tutela judicial efectiva, y ello porque es difícil la articulación de una adecuada defensa en el plazo concedido por la Ley.

Otra de las cuestiones que se han visto recientemente afectadas por la STS de 20 de marzo del 2003 se refiere al órgano competente para decidir sobre la adopción de las medidas cautelares en el procedimiento de expulsión. Los extranjeros, tal y como establece

el artículo 4 de la Ley Orgánica 4/2000, tras su reforma por Ley Orgánica 8/2000, gozan del derecho y tienen además la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad y su situación en España. Sin embargo, durante la tramitación de un expediente sancionador en el que se formule la propuesta de expulsión, será posible retirar al extranjero dicha documentación como medida cautelar, siempre, previa entrega de resguardo que acredite la adopción de dicha medida. Pues bien, se impugnó la norma reglamentaria, en concreto del artículo 117.2 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por vulnerar el artículo 61.1 de la Ley de Extranjería, al alterar lo dispuesto en torno a cuál sea el órgano competente para decidir sobre la adopción de las medidas cautelares en el procedimiento administrativo de expulsión. La norma reglamentaria de 2001, a diferencia de la norma con rango legal, que considera competente en este punto únicamente a la autoridad que debe resolver el expediente sancionador en el que se formule la propuesta de expulsión, permitía que, además del ya mencionado, el órgano competente para iniciar el procedimiento o el órgano instructor pudieran adoptar la medida provisional de retirar al extranjero el pasaporte o el documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del correspondiente recibo, cuando en las primeras actuaciones de la fase de instrucción concurrieran razones que así lo aconsejaran. De esta forma, se ampliaba la competencia en este terreno al Comisario General de Extranjería y Documentación, al Jefe Superior de Policía, a los comisarios provinciales y a los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos (artículo 95.1 RD 864/2001, de 20 de julio), así como a aquellos fun-

cionarios del Cuerpo Nacional de Policía nombrados instructores en el procedimiento administrativo sancionador correspondiente (artículo 96 del mismo texto). Ahora bien, tal y como señala el artículo 61.1 c) de la Ley de Extranjería, «la competencia para adoptar dicha medida cautelar corresponde, única y exclusivamente, a la autoridad competente para la resolución del expediente sancionador» y, en este sentido, el Reglamento, ampliando los órganos que pueden adoptar dicha decisión, contraviene una norma con rango de ley. Por consiguiente, resulta anulado por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003 y, por tanto, sólo podrán adoptar esta medida cautelar los delegados del Gobierno en las comunidades autónomas uniprovinciales y los subdelegados del Gobierno (artículo 61.1 LOE en relación con el artículo 97.1 del Reglamento de ejecución). Esto es, los miembros de las fuerzas de seguridad no podrán decidir sobre la adopción de medidas cautelares en el curso del expediente sancionador, decisión ésta que compete, exclusivamente, a los órganos reseñados anteriormente.

En cuanto al internamiento, no se puede olvidar la doctrina expuesta por la STC 115/87, en la que se dijo claramente que «la disponibilidad de la libertad es judicial...el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar...lo que supone que la libertad deber ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial». Evaluación de las circunstancias del caso que incumbe realizar al juez guardián natural de la libertad individual. En esta sentencia

queda patente el principio de *favor libertatis*, la consideración de la libertad como un derecho inherente a la condición humana. Aquélla lleva aparejada, por el principio de tutela efectiva, la asistencia de letrado e intérprete como garantías en la puesta a disposición de la autoridad judicial, así como la absoluta necesidad de una resolución judicial motivada, susceptible de recurso de apelación, al igual que acontece en la prisión preventiva; derecho del que goza tanto el residente legal como el que no lo es.

Todas estas cuestiones quedan reflejadas en la nueva redacción del artículo 62, si bien hubiera sido deseable una mejor regulación en la Ley de estos centros de internamiento, que en la actualidad gozan de graves carencias, siendo regulados en la actualidad por una orden ministerial. Nada de esto parece regularse en la reforma, y también resulta criticable que la medida del internamiento sea generalizada tanto a las causas de expulsión calificadas de infracciones graves como a las calificadas de muy graves, cuando esta medida constituye, según la doctrina expuesta por el propio TC, una medida cautelar excepcional, y no general, tal y como parece derivarse de la propia lectura e interpretación de la Ley.

Los centros de internamiento, tal y como establece el artículo 60.2 de la Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma, no tienen carácter penitenciario. Y esto significa que la medida de internamiento supone, de forma casi exclusiva —salvadas las normas que resulta necesario establecer para alcanzar un correcto funcionamiento de los centros creados al efecto (1)—, una restricción de la libertad ambulatoria del extranje-

ro que aguarda su retorno (artículo 60.1 LOE) o devolución (artículo 58.5 LOE) a su país de origen, o su expulsión del territorio nacional (art. 62 LOE). Una medida, en todo caso, de duración limitada (artículo 62.2 LOE), que se decide por la autoridad judicial y que se encuentra constantemente sujeta a su supervisión (artículos 60.3 y 62.1 LOE), habida cuenta de que la decisión sobre la pérdida de libertad compete siempre al órgano jurisdiccional, sin perjuicio del posible carácter administrativo de la decisión de expulsión y de su ejecución (SSTC 115/1987, de 7 de julio; 144/1990, de 26 de septiembre y 182/1996, de 121 de noviembre).

Sin embargo, el legislador reglamentario ha actuado limitando los derechos de los extranjeros que están en centros de internamiento más allá de la única restricción que la Ley prevé para sus derechos en sus artículos 60 y 62: la limitación de su derecho ambulatorio. En concreto, el artículo 130.2 del Reglamento hoy anulado disponía: «En cada centro existirá una Junta compuesta, además del Director del mismo, por el facultativo y un trabajador social, que asesorará a aquél en la *imposición de medidas* a los internos que no respeten las normas de convivencia y de régimen interior, que deberán, en su caso, ser comunicadas a la autoridad judicial que autorizó el internamiento». Por su parte, el apartado sexto de este mismo precepto, también anulado por la decisión del Tribunal Supremo, establecía: «Los internos están autorizados a comunicar con sus abogados, y *periódicamente* con sus familiares, amigos y representantes diplomáticos de su país, debiendo realizarse tales comunicaciones dentro del horario establecido para la adecuada convivencia entre los internos, conforme a las

normas de funcionamiento del centro».

Pues bien, tal y como ha establecido el máximo intérprete de la legalidad ordinaria, no resulta posible limitar el derecho del extranjero a la comunicación con familiares o representantes diplomáticos del país de origen a través de la imposición de un ejercicio *periódico* del mismo, que, por consiguiente, debe garantizarse siempre y cuando lo solicite el interno. *Tampoco es aceptable la imposición de medidas correctivas a los internos que no respeten las normas de convivencia a través de una norma reglamentaria.* Estamos, sencillamente, por un lado, ante la vulneración de la reserva material de Ley por la vía del endurecimiento de la situación jurídica desfavorable que para los internos ya prevé la Ley Orgánica de Extranjería y, por otro, ante una violación de presunción general de la reserva material de Ley que existe cuando se trata de la fijación de límites en las situaciones jurídicas de los sujetos, pues cualquier límite de los derechos de los internos debe prevverse a través de una norma con rango de ley. Por consiguiente, el precepto resulta anulado.

Desde otro punto de vista, pero también por lo que se refiere a este mismo tema, los recurrentes contra el Reglamento de 2001 entendieron que el artículo 127.2 c) del Reglamento de extranjería, al permitir el internamiento del extranjero cuando se hubiera dictado cualquier acuerdo de devolución, de conformidad con lo dispuesto reglamentariamente, estaba vulnerando el artículo 58.5 de la Ley de Extranjería, y ello debido a que dicho precepto admite el internamiento, única y exclusivamente, en los supuestos en los que la devolución se produce respecto de aquel extranjero que

ha infringido la prohibición de entrada en territorio español, una prohibición ésta que acompaña a la decisión administrativa o judicial de expulsar a un extranjero del territorio nacional si concurren determinadas circunstancias (2). Consideraban que el precepto reglamentario, al endurecer la situación jurídica desfavorable que para el extranjero establece la norma con rango de ley en este punto, por permitir la privación de su libertad ambulatoria fuera de los casos establecidos en la norma con rango legal, resultaba ilegal.

Y, en efecto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 20 de marzo del 2003, en su fundamento jurídico decimocuarto, da de nuevo en este supuesto la razón a los recurrentes, anulando el artículo 127.2 c) del Reglamento de extranjería. Por consiguiente, y a raíz de esta resolución, *sólo es posible decidir la medida de internamiento en los casos en los que se trate de una devolución de los que contravienen la prohibición de entrar en territorio español*, medida que se adoptará cuando dicha devolución no pueda ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas y, en todo caso, limitada temporalmente. No será posible, sin embargo, decidir el internamiento cuando se pretenda la devolución de aquellos que intentan entrar ilegalmente en el país, por ejemplo, de aquellos que llegan en pateras sin contravenir ninguna prohibición de entrada previa.

Por lo que respecta, finalmente, a otras cuestiones menores, el texto mejora la técnica legislativa de la anterior ley, a lo que sin ninguna duda han contribuido los dictámenes jurídicos emitidos tanto por el CGPJ como por el Consejo de Estado, así como las múltiples propuestas aceptadas de los grupos parlamentarios de la oposi-

ción. Éste, por ejemplo, es el caso de la regulación de una figura distinta de la expulsión, como es el retorno, que en la anterior ley se confundía con el concepto de devolución, utilizándolo indistintamente tanto para la expulsión como para el retorno.

Al margen de estas imprecisiones terminológicas, que ahora vienen a ser corregidas, este capítulo concluye con la nueva redacción del artículo 65, donde, si bien se mantiene el carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros en aquellos supuestos en que el extranjero se encuentre fuera de España, la nueva redacción tampoco resuelve un problema técnico y jurídico que planteaba la anterior ley, ya que se permitía en estos casos a los extranjeros cursar los recursos, tanto en vía administrativa como en vía judicial, a través de las representaciones diplomáticas o consulares correspondientes, pero, en virtud de la Ley 30/92, si bien estos órganos se encuentran perfectamente habilitados para la presentación de los recursos administrativos, no es así para la recepción de los recursos judiciales, tal y como se deduce del artículo 268 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. Para evitar esta situación, será necesario que el extranjero designe a una organización de asistencia de inmigrantes, de acuerdo con los criterios de legitimación corporativa y de interés legítimo previstos con carácter general en el artículo 19.1.b de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998.

Desde una interpretación sistemática de esta norma, en relación con el artículo 60 y los supuestos de expulsión de los artículos 53 y 54, podemos afirmar que la devolución es una medida de alejamiento inmediata dirigida a los extranjeros que intenten eludir los

controles migratorios. El ámbito objetivo de aplicación se reduce a dos supuestos concretos: la contravención de una prohibición de entrada anterior (art. 58.2.a) y la pretensión de entrada ilegal (artículo 58.2.b). En principio, la aplicación de la devolución a estos supuestos deberá reducirse a aquellos extranjeros que hayan realizado actos dirigidos a forzar ilegalmente su entrada en España, pero no hayan podido consumarla, generalmente por la intervención de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. La devolución, en el caso del artículo 58.2.b de la LODYLE, estaría pensada, pues, para hacer frente a fenómenos tales como las pateras o el cruce de vallas de Ceuta y Melilla. Si los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado detectan estos comportamientos, los casos de pateras o de polizonaje, no será necesario incoar un expediente de expulsión, sino que bastará con acordar su devolución. Así, tanto si la entrada llega a consumarse como si no llega a consumarse, se procederá a la devolución del extranjero.

El problema interpretativo de legalidad se produce con la aprobación del Reglamento de 2001, cuyo artículo 138.1 b) incluye como supuestos, dentro del concepto de devolución, a aquellos extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos a estos efectos los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada.

La cuestión que se suscita, de nuevo ante el Tribunal Supremo, es si el precepto reglamentario va más allá del mandato legal y realiza una interpretación contraria a lo dispuesto en el art. 58.2.b) de la Ley. El precepto legal de refe-

rencia no ofrece ninguna duda: se está refiriendo a la tentativa de entrada; la expresión «pretender entrar» es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar, ya que ésta es una situación incompatible con la de encontrarse «en el interior», es decir, dentro del territorio nacional, por más que, decimos, estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero.

El precepto legal se refiere, de forma estricta, a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito, una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa, en consecuencia, una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal, ampliándolo a un supuesto no previsto en éste. Estamos, por tanto, a juicio del Tribunal Supremo, ante una interpretación contraria a la Ley, que aplica un régimen excepcional, que no goza de las garantías de expulsión, a supuestos distintos de los legalmente establecidos.

III. LA CORRECCIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE UNA POLÍTICA INMIGRATORIA ILEGAL

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003. La reserva material de Ley y el principio de jerarquía normativa

La sentencia que dicta la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2003,

anula, total o parcialmente, determinados preceptos del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprobaba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, poniendo de manifiesto que los tribunales de Justicia son y siguen siendo los mejores garantes del derecho de extranjería frente a los excesos de los legisladores. Esta resolución judicial, que ya hemos visto analizada de manera sectorial y concreta en el apartado anterior, ha constatado la violación por la norma reglamentaria de dos principios fundamentales en la articulación del ordenamiento jurídico español: la reserva material de Ley y el principio de jerarquía normativa.

Por lo que hace a la *reserva material de Ley*, que concreta el artículo 9.3 de la Constitución Española al regular el principio de legalidad de la actuación administrativa, podemos señalar que, si bien es cierto que a través de ella se atribuye a las normas con rango de ley la regulación de determinadas materias, también lo es que la previsión constitucional de una reserva de Ley para un determinado supuesto no excluye, *per se*, la posibilidad de que una norma de rango reglamentario pase a completar dicha normación, si bien el margen de actuación del legislador reglamentario en el marco de una reserva de Ley, que debe contar con la autorización o habilitación legal previa para actuar, será realmente limitado y, en cualquier caso, jamás podrá desarrollar aspectos principales de la materia objeto de reserva.

Pues bien, el artículo 13 de nuestra Carta Magna, precepto clave en la delimitación de la po-

sición jurídico-constitucional del extranjero en el territorio nacional, en su apartado primero, establece una reserva de Ley para desarrollar las libertades públicas del título I de la Constitución Española, de las que gozarán los extranjeros en España y, en este sentido, la regulación sustancial de la cuestión relativa a los derechos y deberes de los extranjeros en el territorio nacional compete principalmente, además de al legislador internacional, al legislador estatal a través de la aprobación de normas con rango de ley. Así pues, el ámbito de actuación del legislador reglamentario en este punto resulta realmente reducido, y en ningún caso podrá utilizar su capacidad de normación para limitar derechos y situaciones jurídicas favorables que la Ley al respecto haya establecido, ni endurecer las obligaciones o situaciones jurídicas desfavorables que aquélla haya previsto para determinados sujetos.

Sin embargo, estos han sido, precisamente, los vicios en los que, a juicio del Tribunal Supremo, han incurrido determinados preceptos del Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería. En concreto, este órgano jurisdiccional ha estimado que la vulneración de la reserva material de Ley, por lo que a la ampliación o endurecimiento de las obligaciones o situaciones desfavorables de los extranjeros se refiere, se constata en los artículos 38, relativo a la libre circulación de extranjeros; 56.8, relativo a la expedición de la cédula de inscripción para los indocumentados; 127.2.c), sobre la medida de internamiento en caso de devolución; 130.2 y 6, por lo que a la situación de los extranjeros en los centros de internamiento se refiere, y 138.1.b), sobre supuestos en los que cabe la devolución, todos ellos del Real Decreto que nos ocupa. Por otra parte, los ar-

títulos 41.5, sobre reagrupación; 49.2 d) y e), relativo a la exención del visado del cónyuge de español o extranjero residente en España, y 57, sobre los requisitos para la expedición del título de viaje, de esta misma norma, vulneran la reserva de Ley a través de la limitación de derechos y situaciones jurídicas favorables que la Ley de Extranjería había reconocido en su día.

Por otra parte, el Reglamento ha vulnerado además el principio de jerarquía normativa, uno de los criterios existentes orientados a reconducir la multiplicidad de normas a un sistema de reglas coherentes. Un criterio éste, el de jerarquía normativa, del que deriva la existencia de una articulación en los elementos primarios del sistema normativo —las normas jurídicas— conforme a relaciones de subordinación que impiden, en definitiva, que la norma de menor rango contradiga el contenido de la norma de rango superior (art. 9.3 CE). La existencia de normas superiores condiciona, pues, el contenido de la norma de rango inferior, ya que ésta no debe incurrir en contradicción con lo dispuesto por las primeras. Si esto ocurre, como ha reconocido el Tribunal Supremo, es decir, si se produce un conflicto normativo o antinomia entre normas de distinto rango, habrá que resolverlo a través de la declaración por parte del tribunal competente, con efectos *erga omnes*, de la nulidad de la norma inferior que contradice los preceptos de la norma superior.

En concreto, el Tribunal Supremo ha considerado que la norma gubernamental contraría a la norma con rango legal en sus artículos 57, relativo a los requisitos para la expedición del título de viaje; 84.2 y 6, sobre los requisitos para admitir a trámite una so-

licitud de permiso de trabajo, y 117.2, relativo al órgano competente para decidir sobre la adopción de las medidas cautelares en el procedimiento de expulsión. Por consiguiente, ha declarado su nulidad total o parcial por la vulneración que ello implica del principio de relación jerárquica que rige las relaciones entre los elementos singulares del sistema normativo, esto es, entre las normas jurídicas.

IV. CONCLUSIONES

A partir del examen del conjunto de las reformas planteadas, a la que se debe añadir la aprobada el 2 de octubre de 2003 en el Congreso de los Diputados, la tercera en tres años, se constata, una vez más, la existencia de una legislación de extranjería sin una política de inmigración. La inmigración en España tiene ya un carácter estructural, y si bien es cierto que la actual normativa ha mejorado sus derechos y, en menor medida, sus posibilidades de integración social, debemos aportar soluciones a la gestión de los flujos inmigratorios y la instauración de una nueva pedagogía positiva de este fenómeno que contribuya a que la inmigración deje de verse como un problema.

La continua aparición de las pateras en los medios de comunicación provoca una impresión de invasión que nos lleva a creer que el número de inmigrantes que está entrando es excesivo, o no es asumible en nuestro país. Nada más lejos de la realidad, pues, como se puede derivar en este propio monográfico, el aumento de la población inmigrada no supera lo que parecen ser las necesidades de inmigración laboral actual, y mucho menos nuestras necesidades de futuro.

Disponer de una política de inmigración implica necesariamente asegurar la entrada de inmigrantes con la acción coordinada y concreta de las siguientes actuaciones: en primer lugar, una correcta adecuación y uso del contingente, contando con el conjunto de las administraciones públicas: la central, la autonómica y también la local, eliminado las restricciones que ahora existen en cuanto a sectores laborales a los que puedan acudir los extranjeros, abriendo la posibilidad de la entrada para buscar empleo; en esta línea, la introducción en la propuesta de reforma recientemente aprobada en el Congreso del visado de tres meses para buscar trabajo parece apuntar acertadamente. Junto a ello se debe disponer de los mecanismos adecuados en los países de origen de la inmigración, utilizando las embajadas y las oficinas consulares para dar una información menos burocrática, flexible y real a todos aquellos que aspiran a migrar a España, para lo que será necesario cambiar los actuales acuerdos internacionales con fines exclusivos de repatriación por acuerdos de colaboración que impulsen una cooperación para el desarrollo, con programas formativos para quienes quieran migrar y para quienes se van a quedar, promoviendo el retorno de cerebros con proyectos de inversión adecuados y una eficaz coordinación entre las policías de fronteras.

El contingente anual útil para regular el flujo de entrada ha de ser muy diferente del que ha habido hasta ahora, pero sólo se ha de utilizar para regular los flujos de entrada. Por eso necesitamos, en segundo lugar, otro mecanismo para legalizar la situación de los irregulares que ya están aquí, para lo que deberíamos volver al procedimiento de regularización interno originario incluido en la

LO 4/2000, a los dos años de estar en España, que actualmente se amplía a cinco años tras la reforma de la LO 8/2000, anulándolo por completo, lo que obliga a seguir utilizando el contingente como mecanismo de regularización, haciéndolo inútil para la canalización de los flujos de entrada.

En último lugar, un correcto diseño de la regulación de los flujos ha de tener su integración en el marco de la Unión Europea. Ninguna política de inmigración será acertada si se hace aisladamente del resto de países de la Unión. La comunitarización de las políticas de asilo e inmigración, tras la aprobación del Tratado de Amsterdam, sólo ha dado lugar a políticas de control del conjunto de las fronteras y a los acuerdos de readmisión con países como Marruecos, es decir, más eficacia en el cierre de fronteras. En julio se hizo una propuesta para adoptar un método abierto de coordinación de la política comunitaria de inmigración (COM [2001] 387) con el fin de fomentar el intercambio de información entre estados miembros, y en abril de 2002 la Comisión presentó una serie de propuestas en los siguientes ámbitos: política común de asilo, condiciones homogéneas de entrada y residencia de ciudadanos de terceros países como asalariados y trabajadores independientes, derecho a la reunificación familiar que permita a los ciudadanos de terceros países legalmente residentes en un estado miembro traer a los miembros de su familia y, en último lugar, reconocer a los ciudadanos de terceros países con residencia legal en la UE derechos lo más parecidos posible a los que disfrutaban los propios ciudadanos de la Unión en diversos ámbitos, in-

cluido el derecho a residir en otro estado miembro bajo ciertas condiciones.

La inmigración es un ámbito complejo que requiere soluciones inteligentes, humanas y flexibles, apoyadas por considerables recursos. Un realidad compleja como el fenómeno de la inmigración no puede tener respuestas simples y unilaterales. Solamente una política justa, que tenga en cuenta todos estos parámetros, podrá asegurar una protección digna del extranjero, combatiendo al mismo tiempo la inmigración ilegal, que a menudo se convierte en un contrabando de hombres, mujeres y niños, esto es, la nueva forma de esclavitud del siglo XXI.

NOTAS

(1) Así, por ejemplo, la obligación de los internos de cumplir las normas de convivencia, régimen interior, sanidad e higiene, y de conservar las instalaciones y el mobiliario (artículo 130.1 del Reglamento), y el establecimiento, por parte de la dirección del centro, de un horario para regular las distintas actividades que realizan los internos (artículo 130.3 del mismo texto), no constituyen sino conductas absolutamente indispensables, no renunciables, para conseguir un buen funcionamiento del centro de internamiento (FJ decimoquinto de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003).

(2) El artículo 58.1 LOE establece, por lo que a la decisión de la autoridad administrativa se refiere: «Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un período mínimo de tres años y máximo de diez». En cuanto a las expulsiones decididas por la autoridad judicial, véanse los artículos 57.7 LOE y 89 CP.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (1994), *Cuadernos de derecho judicial: Extranjeros*, Ed. CGPJ.
- (1999), *El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal* (adaptado a la nueva Ley Orgánica 4/2000), Ed. CGPJ.
- (2000a), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, dirigido por José ASENSI SABATER, Editorial Edijus.

- (2000b), *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, dirigido por Pablo SANTOLAYA MACHETTI, Ed. Lex Nova.
- (2000c), *La nueva regulación de la inmigración en España*, dirigido por Eliseo AIA, Editorial Tirant Lo Blanch.
- ALONSO PÉREZ, F. (1999), *Régimen jurídico del extranjero en España*, Ed. Dykinson.
- APRELL LASAGABASTER, C. (1994), *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, Madrid, Ed. Marcial Pons.
- BIGLINIO CAMPOS, P. (1998), *Ciudadanía y Extranjería: Derecho nacional y derecho comparado*, Madrid, Ed. McGraw-Hill.
- BLANQUER CRIADO, D. (1997), *Asilo político en España. Garantías del extranjero y garantía de interés general*, Ed. Civitas.
- BORRAJO INIESTA, I. (1991), «El status constitucional de los extranjeros», *Estudios sobre la Constitución Española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Ed. Civitas.
- CRUZ VILLALÓN, P. (1992), «Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros y las personas jurídicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 35.
- ESPINAR VICENTE, J.M.ª (1994), *La nacionalidad y la extranjería en el sistema jurídico español*, Madrid, Ed. Civitas.
- ESTRADA CARRILLO, V. (1997), *Código de Extranjería*, Ed. Trivium.
- LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M. (2000), *La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, Ed. Colex.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (1991), *El derecho de asilo*, Editorial Trotta.
- MASSÓ GARROTE, M.F. (1997), *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado Nacional*, Ed. Colex.
- (2001a), «La nueva regulación del derecho de extranjería en la LO 8/2000, de 22 de diciembre», *Actualidad Administrativa*, número 11, marzo.
- (2001b), *Nuevo régimen de la extranjería: comentarios a la LO 4/2000 de los derechos y libertades de los extranjeros y su integración social tras la LO 8/2000 de 22 de diciembre*, Ed. La Ley.
- (2001c), *Presentación de la Ley Sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros tras la reforma de la LO 8/2000, de 22 de diciembre*, Ed. La Ley.
- SAGARRA TRIAS, E. (1991), *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Ed. Bosch.
- TRINIDAD GARCÍA, M.L., y ROBLES ALMÉCUA, J.M. (1998), *Guía Jurídica de Extranjería, Asilo y Ciudadanía de la Unión*, Ed. Comares.