

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Nº 17 - 2º semestre 2009

CUATRO PERSPECTIVAS SOBRE LA INMIGRACIÓN

- *Prólogo. Sombras en la política de inmigración en la Unión Europea.* Enrique Linde Paniagua
- *El empleo ilegal de inmigrantes.* Alfredo Montoya Melgar
- *Tratamiento constitucional, jurisprudencial y legislativo de los derechos y libertades de los inmigrantes en España.* Juan Manuel Goig Martínez
- *La migración circular. Una nueva perspectiva comunitaria en la gestión de las migraciones.* Marina Vargas Gómez-Urrutia
- *Política de inmigración y la población inmigrante en España y la Unión Europea.* Magdalena Díaz Gorfinkiel

UNED



REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Núm. 17 - 2º semestre 2009



RELACIÓN DE NÚMEROS PUBLICADOS

1. ¿Quo Vadis Europa?
2. La Unión Europea en el proceso de globalización
3. El futuro de la Unión Europea. La reforma de las Instituciones
4. La Unión Europea, una perspectiva mexicana
5. La Europa social. La Europa de la solidaridad
6. La gobernanza europea
7. Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea
8. La Constitución de la Unión Europea
9. La acción exterior de la Unión Europea en la Constitución Europea
10. La Unión Europea como espacio de libertad, seguridad y justicia
11. La protección de los ciudadanos europeos por el Derecho de la Unión
12. El Proceso de Bolonia en el Espacio Europeo de Educación Superior
13. Las regiones en la Unión Europea
14. La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (la Directiva Bolkestein)
15. Los derechos fundamentales en la Unión Europea: nuevas perspectivas
16. La Unión Europea en la encrucijada de la globalización
17. Cuatro perspectivas sobre la inmigración

Copyright © 2010

Queda prohibida, salvo excepción prevista en la ley, cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública y transformación de esta obra sin contar con autorización de los titulares de propiedad intelectual. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (arts. 270 y sigs. del Código Penal). El Centro Español de Derechos Reprográficos (www.cedro.org) vela por el respeto de los citados derechos.

© UNED

© Constitución y Leyes, S.A.
Gran Vía, 48 - 1º B
28220 Majadahonda - Madrid
colex@colex.es
www.colex.es

I.S.S.N.: 1695-1085
Dep. Legal: M-51.747-2001

Preimpresión: Lufiercomp, S.L. San Fernando de Henares (Madrid)
Imprime: Gráficas Rógar, tel. 918 11 40 40

Director: ENRIQUE LINDE PANIAGUA

Secretaria: PILAR MELLADO PRADO

Vicesecretaria: PILAR CELMA ALONSO

Consejo de redacción: Juan Cruz Alli Turrillas, Mariano Bacigalupo Saggese, Diego Cámara del Portillo, Pilar Celma Alonso, Carmen Fernández Rodríguez, Jesús Ángel Fuentetaja Pastor, Miguel Gómez Jene, Concepción González Rabanal, Enrique Linde Paniagua. Marta Lora-Tamayo Vallvé, Blanca Lozano Cutanda, Pilar Mellado Prado, Juan José Montero Pascual, Pedro-Pablo Miralles Sangro, Ramón Pais Rodríguez, Ramón Parada Vázquez, Silvia del Saz Cordero.

Consejo asesor: Manuel Ahijado Quintillán, Francisco Aldecoa Luzárraga, Alfredo Allué Buiza, Paz Andrés Sáenz de Santamaría, Enrique Barón Crespo, Antonio Calonge Velázquez, Marc Carrillo López, Mercedes Fuertes López, José María Gil Robles y Gil Delgado, Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Araceli Mangas Martín, Ramón Martín Mateo, Manuel Medina Ortega, Ana de Palacio Vallelersundi, Luciano Parejo Alfonso, Beatriz Pérez de las Heras, Ángel Rodríguez-Vergara Díaz, Álvaro Rodríguez Bereijo, Gil Carlos Rodríguez Iglesias, Pedro Solbes Mira, Francisco Sosa Wagner, Leopoldo Tolivar Alas y Carlos Westendorp y Cabeza.

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

Publicación semestral del Departamento de Derecho Administrativo. Centro de Estudios de Derecho de la Unión Europea (CEDUE) Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED)

Precio del número suelto: 20 euros

Suscripción anual, 2 números: 29 euros

SUSCRIPCIONES Y ADQUISICIONES

Editorial Constitución y Leyes, S.A. (COLEX)

Gran Vía, 48 - 1º B

28220 Majadahonda. Madrid

Tel.: 91 639 37 72

Fax: 91 639 37 70

E-mail: colex@colex.es - <http://www.colex.es>

UNED (Difusión y ventas)

C/ Bravo Murillo, 38

28015 Madrid

Fax: 91 398 75 27

NORMAS GENERALES PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN LA REVISTA DE DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA (REDUE)

1. Todos los estudios y notas deberán ser informados favorablemente por algún miembro de la Dirección, del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor, o por algún especialista, por delegación de esos órganos.
2. Todos los estudios y notas deberán ser inéditos: no se publicarán trabajos publicados ya en otras revistas o en libros o en actas de congresos. Pero si un autor deseara publicar un trabajo, previamente publicado en la *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)*, en otra revista española o extranjera o en algún libro colectivo, deberá hacer constar en nota que el trabajo se publicó previamente en la *Revista de Derecho de la Unión Europea (REDUE)*.
3. Los originales de los ESTUDIOS no sobrepasarán las 30 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Román 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
4. Los originales de las NOTAS no sobrepasarán las 15 hojas a doble espacio en DIN A4 (en Times New Román 12 o equivalente). En dichos límites se incluyen las notas a pie de página (dos puntos inferiores).
5. Debe ser enviado en soporte informático, así como en texto impreso (sistema Word) a la Dirección de la Revista.
6. Los libros enviados a la *REDUE* serán objeto de publicación en una Lista de libros recibidos. La dirección de la *REDUE* encargará en determinados casos una breve reseña. Sólo se publicarán las reseñas encargadas por la *REDUE*.

La correspondencia con la *Revista de Derecho de la Unión Europea* debe dirigirse a la Secretaría de la misma.

Facultad DE DERECHO DE LA UNED
Departamento de Derecho Administrativo

C/ Obispo Trejo, s/n.
28040 Madrid
Tel.: 91 398 61 40
Fax: 91 398 61 24

CUATRO PERSPECTIVAS SOBRE LA INMIGRACIÓN

	<i><u>Págs.</u></i>
• <i>Prólogo. Sombras en la política de inmigración en la Unión Europea.</i> Enrique Linde Paniagua	9
• <i>El empleo ilegal de inmigrantes.</i> Alfredo Montoya Melgar	17
• <i>Tratamiento constitucional, jurisprudencial y legislativo de los derechos y libertades de los inmigrantes en España.</i> Juan Manuel Goig Martínez . . .	33
• <i>La migración circular. Una nueva perspectiva comunitaria en la gestión de las migraciones.</i> Marina Vargas Gómez-Urrutia	53
• <i>Política de inmigración y la población inmigrante en España y la Unión Europea.</i> Magdalena Díaz Gorfinkiel	69

PRÓLOGO

SOMBRAS EN LA POLÍTICA DE INMIGRACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

*

No son los actuales buenos tiempos para los inmigrantes. Antes de que irrumpiera la crisis financiera en Europa, a finales de 2008, existían serias razones para la preocupación y, desde entonces, las señales de alarma no han hecho sino incrementarse.

Ejemplos sobresalientes de esas señales de alarma en 2009 han sido la huelga de trabajadores en el Reino Unido contra la contratación de extranjeros, la persecución de inmigrantes en Italia, denunciada por la senadora FINOCCHIARO, la persecución policial de los inmigrantes irregulares en Madrid, el nacionalismo laboral en Francia y otros tantos ejemplos que se siguen incrementando a comienzos de 2010. En definitiva, se está generalizando una atmósfera xenófoba en Europa que ha conducido en nuestro país a la enésima reforma de la legislación sobre la inmigración iniciada antes de que hubiera entrado en vigor la Directiva de retorno de inmigrantes en situación irregular de 16 de diciembre de 2008¹.

Los inmigrantes, que han sido decisivos para el espectacular crecimiento de la economía española en la última década, son ahora incómodos, razón o sinrazón por la que se han adoptado en nuestro país medidas legislativas para el retorno de los emigrantes que se han pretendido presentar a la opinión pública como medidas avanzadas; cuando son una muestra evidente de las ideas mezquinas y xenófobas que sobrevuelan Europa.

A los inmigrantes a los que se califica de «regulares» o «legales» se les facilita que vuelvan a sus países de origen², mientras que a los inmigrantes a los que se cali-

¹ Su denominación precisa es: Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348/98, de 24-12-2008.

² Ver el Real Decreto-Ley 4/2008, de 19 de septiembre, sobre abono acumulado y de forma anticipada de la prestación contributiva por desempleo a trabajadores extranjeros no comunitarios que retornen voluntariamente a sus países de origen (*BOE* núm. 228, de 20 de septiembre de 2008).

fica de modo infamante de «irregulares» o «ilegales» se pretende darles caza olvidando los principios éticos más elementales. ¿Está iniciando la Unión Europea un nuevo holocausto? Esperemos que no sea así, pero para que no culmine un proceso reprochable, que ya se ha iniciado, será necesario que los ciudadanos europeos pongan en práctica los principios éticos que han servido de fundamento a los Estados Europeos y a la Unión Europea.

El cambio de actitud con los inmigrantes no tiene solamente su origen en la crisis financiera global en que estamos inmersos. En efecto, ya en el Consejo Europeo de Tampere de 1999 se comenzó a producir una inflexión en el tratamiento de los inmigrantes. Y, esa inflexión tomará nuevo impulso en el Consejo Europeo de Bruselas de los días 4 y 5 de noviembre de 2004 que incluirá entre sus conclusiones la de: «*que se dicte una política eficaz de expulsión y repatriación basada en normas comunes para personas que vayan a ser repatriadas, sin trato cruel y respetando plenamente sus derechos humanos y su dignidad*». Esta conclusión, y en particular la mención al respeto pleno de los derechos humanos y la dignidad de los inmigrantes, encierra una gran hipocresía porque la expulsión de los inmigrantes denominados «irregulares» atenta irreparablemente contra su dignidad; pues su huida de sus lugares de procedencia (a los que no se les puede denominar, en general, ni naciones ni estados) tuvo y sigue teniendo como única finalidad encontrar entre nosotros la dignidad que allí les niegan, y que ahora nosotros les negamos.

Esta misma tendencia se observa en las «veinte directrices sobre el retorno forzoso» de 4 de mayo de 2005, acordadas por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, ¿quién iba a decirlo? Y, de nuevo, se reproducen esas ideas, entre otras, en la Decisión 2004/573/CE del Consejo, de 29 de abril, relativa a la organización de vuelos conjuntos para la expulsión, desde el territorio de dos o más Estados miembros, de nacionales de terceros países sobre los que hayan recaído resoluciones de expulsión.

* *

La Directiva de retorno de 16 de diciembre de 2008 es el ejemplo más alarmante de los vientos xenófobos europeos. Dicha Directiva se ha presentado como una norma de coordinación en aplicación del apartado 3b) del artículo 63 del Tratado de la Comunidad Europea. Y, desde la perspectiva de la coordinación, esto es, desde una perspectiva técnica, la Directiva pondrá fin a tratamientos en exceso dispares de los distintos Estados miembros; siempre que se transponga correctamente y dentro de los márgenes de apreciación que se deducen del texto de la norma comunitaria. Pero, lo grave de la Directiva, más allá de lo que prescribe, es lo que subyace en la misma. Esto es, un aberrante nacionalismo laboral; la ausencia de generosidad; y, en definitiva, la ausencia de la grandeza que debiera suponerse a los Estados europeos.

Sirva de ejemplo el tratamiento que se le da al que eufemísticamente se denomina «internamiento», en la referida Directiva, pues se trata de un evidente supuesto de privación de libertad, es decir un ataque a un derecho fundamental de las personas consagrado en el artículo 17 del texto constitucional.

Por otra parte el internamiento no es una medida que derive automáticamente ni de la iniciación de un procedimiento de retorno o de una resolución de retorno. Así,

la Directiva califica al internamiento como una facultad de los poderes públicos cuando no puedan aplicarse con eficacia otras medidas de carácter coercitivo.

Pues bien, si se trata de una privación de libertad como consecuencia de un procedimiento administrativo, estaríamos ante un supuesto de detención preventiva, previsto en el apartado 2 del artículo 17 de la Constitución, que prevé un plazo máximo de 72 horas tras el cual deberá ponerse a la persona en cuestión a disposición judicial. Esta previsión no consta en la Directiva que, por tanto, parece respaldar la privación de libertad ordenada por la Administración, al establecer en el apartado 2 del artículo 15 que el internamiento será ordenado por las autoridades administrativas o judiciales. Y, en el caso de que la orden sea administrativa ésta se someterá a control judicial, en los términos que referiremos.

¿Acaso es posible la operatividad de la doble cláusula en el caso español, teniendo en cuenta que el apartado 3 del artículo 25 CE prohíbe la imposición de sanciones por la Administración civil que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad?

El Tribunal Constitucional trató este tema, entre otras sentencias en la 236/2007, de 7 de noviembre de 2007, que tiene en cuenta las sentencias 115/1987 y 303/2005. Pero el TC no afronta la cuestión fundamental relativa a la naturaleza de la orden de internamiento. La sentencia tendrá carácter interpretativo en un triple sentido que aquí interesa destacar. Por un lado, el juez puede decidir sobre la situación personal del extranjero, no limitándose a determinar el lugar del internamiento, en segundo lugar, la autoridad gubernativa queda sometida al control de los tribunales, y en tercer lugar más allá de las 72 horas la privación de libertad, esto es, la decisión sobre el mantenimiento o no de la privación de libertad, corresponde al órgano judicial. Pero, en caso alguno afronta la cuestión capital relativa a otorgar a la Administración una potestad, la de privar la libertad a las personas, prohibida por el artículo 25.2 CE, que el TC, precepto que ni siquiera menciona.

Bien es cierto que la Directiva establece la disyuntiva consistente en prever que el internamiento sea acordado por la autoridad judicial o administrativa, lo que pone de manifiesto que en algún ordenamiento jurídico comunitario está permitido que las autoridades administrativas puedan adoptar órdenes de internamiento. Pero ése no es el caso español en que la autoridad administrativa no puede dictar resoluciones que conlleven la privación de libertad, al margen de las detenciones cautelares previstas en la Constitución. Esto es, en nuestro sistema la atribución de la facultad de privar de la libertad sólo es disponible para el constituyente y no para el poder constituido.

La Directiva comunitaria, por otra parte, no es competente para modificar los sistemas jurídicos constitucionales de los Estados miembros determinantes en lo relativo a establecer a quién corresponde la potestad de acordar la privación de libertad, aunque ésta tenga carácter cautelar. En nuestro sistema es bien claro: la autoridad gubernativa sólo puede disponer de la libertad de las personas durante 72 horas, más allá corresponde al juez.

De manera que si concluimos que el internamiento es una modalidad de privación de libertad, la autoridad administrativa en nuestro sistema jurídico no puede acordar el internamiento, tan solo puede proponer la adopción de esta medida al juez

que es el que debe adoptar la decisión de internamiento o no. Tampoco debe entenderse aplicable en España la previsión del artículo 18.1 de la Directiva que permite que los períodos de control judicial sean más largos, esto es no se cumplan las previsiones de inmediatez a que se refieren los artículos 15 y 17 del texto constitucional.

La previsión de la Directiva para el caso de que el internamiento sea ordenado por las autoridades administrativas sólo puede operar en el caso de que la constitución de un Estado miembro de la Unión Europea prevea la posibilidad de que la autoridad administrativa tenga la potestad de privar a las personas de su libertad. En estos casos, esto es, cuando sea posible que el internamiento sea ordenado por una autoridad administrativa, la Directiva adopta una serie de precauciones. La primera de ellas consiste en que debe establecerse un control judicial sobre la medida de internamiento. Pero, la Directiva establece dos sistemas alternativos; el control judicial rápido; o bien proporcionar al internado la posibilidad de incoar un procedimiento para que se someta su internamiento a un control judicial rápido.

A mi juicio es lamentable que la Directiva haya establecido esta alternativa, que permite que el internamiento no se someta, en todo caso, al control judicial. Esto es, si un ordenamiento jurídico opta por la segunda alternativa crea un derecho en el internado a iniciar un procedimiento, de manera que de no iniciar dicho procedimiento el internamiento no se sometería al control judicial.

Lo que llevamos dicho nos revela que en materia de garantías de las personas los sistemas jurídicos de los Estados miembros dejan mucho que desear en lo relativo a su homogeneidad, pese a la jurisprudencia de Tribunal de Derechos y Libertades Fundamentales de Estrasburgo. Bien es cierto que la entrada en vigor del Tratado de Lisboa servirá para lograr una mayor uniformidad, aunque no resultan muy esperanzadoras las excepciones logradas por el Reino Unido, Polonia e Irlanda, Estados a los que se ha sumado la República Checa, que evidencian la gravedad del problema.

Y sigue planteado problemas el tratamiento que se hace en la Directiva en cuanto a la duración del internamiento, sobre el que debemos hacer algunas observaciones. En primer lugar, para la revisión de la medida de internamiento se declara competente con carácter general a la autoridad administrativa. Y, sólo en el caso de internamientos prolongados, sin que la Directiva aclare qué entiende por internamiento prolongado, estarán las revisiones sometidas al control judicial. Este precepto, aplicable tanto al internamiento acordado por la autoridad administrativa como por la judicial es gravísimo, pues pone de evidencia que se está pretendiendo crear en la autoridad administrativa la potestad sobre la libertad de las personas. A mi juicio este precepto es inaplicable en España, porque debo insistir en que la Administración no puede acordar la privación de libertad de las personas más allá de 72 horas, de manera que no se le puede otorgar la potestad de revisar una situación de privación de libertad que es una decisión que incide en la libertad de las personas.

En segundo lugar la Directiva prevé que en los casos en que desaparezca la que denomina «perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos, o por otras consideraciones» el internamiento deja de estar justificado y la persona sometida a internamiento «será puesta en libertad inmediatamente». El precepto tiene una enorme transcendencia en relación con el plazo de internamiento. En efecto, cuando

se establece que el plazo máximo de internamiento es de 6 meses, a salvo de lo que después diremos, está sometido a la limitación antes señalada que deja un pequeño margen interpretativo a los Estados. Esto es, el internamiento decae si la expulsión no es posible. Pensemos en los conocidos casos de inmigrantes documentados nacionales de países que no tienen convenios con España que permitan la repatriación de los mismos. En estos casos, ni la autoridad administrativa ni la judicial podrá retener al extranjero a salvo de que se pueda justificar por la autoridad administrativa que dentro del plazo de 6 meses desaparecerán los motivos jurídicos o de otra naturaleza que impiden la expulsión.

Pero la mayor gravedad en cuanto al plazo consiste en las prórrogas que la Directiva permite de hasta 12 meses de internamiento para los casos de falta de cooperación del afectado o las demoras en la obtención de terceros países de la documentación necesaria.

Por lo que se refiere a la condiciones del internamiento, la Directiva contiene una previsión de gran gravedad, pues permite que los sometidos a expulsión puedan internarse en un centro penitenciario «cuando el Estado miembro no pueda proporcionar alojamiento en un centro de internamiento especializado». Por lo demás los internos recibirán atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de las enfermedades.

* * *

Europa pretende, irreflexivamente, crear un muro insalvable para todos los que huyen de la pobreza y buscan el bienestar que, a la postre, es el bienestar de todos. Pero me consuela el convencimiento de que la Europa xenófoba no conseguirá su objetivo. Los movimientos migratorios no son susceptibles de contención, nunca lo han sido, y espero que los actuales no sean una excepción a la regla. Europa no conseguirá detener los flujos migratorios, si bien conseguirá un objetivo no querido: la pérdida de prestigio como espacio de libertad, como tierra de promisión.

Y digo que Europa actúa irreflexivamente por varias razones. Por una parte, porque no cabe duda de que una Europa cada vez más envejecida necesita inmigrantes. Según algunos cálculos en los próximos 50 años, para mantener el Estado de Bienestar Europeo, será necesario duplicar el número de sus habitantes. De manera que, incluso desde el egoísmo, los europeos lejos de expulsar a los inmigrantes, a los seres humanos que nos hacen el honor de sentirse atraídos por Europa, debiéramos recibir a los emigrantes con los brazos abiertos.

Por otra parte, las políticas antiinmigración europeas tampoco responden al objetivo generoso de afrontar con decisión el grave problema de la pobreza en el mundo. Creo que Europa tiene miedo, y el miedo es un mal consejero para adoptar decisiones y trazar objetivos a corto, a medio y a largo plazo.

No cabe duda de que las sociedades occidentales deben protegerse. Deben proteger sus sistemas de derechos y libertades, y la seguridad es un *prius* para el ejercicio de los derechos y libertades. Y, a mi juicio, el más efectivo sistema de protección de nuestro sistema es implementar políticas de integración de los emigrantes. Y, no deja de ser curioso que entre los centenares de normas de los Estados miembros y de la

Unión Europea no se encuentran las que afronten decididamente la integración de los inmigrantes en las sociedades europeas, con objeto de convertirlos en ciudadanos europeos. En España, las escasas medidas de acogida de inmigrantes las adoptan las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos, aunque no tengan competencia alguna en materia de inmigración, con un resultado escasamente satisfactorio.

* * * *

En épocas de confusión, como la que Europa atraviesa, es preciso volver a los principios que sirven de fundamento a nuestra cultura. Creo que calificar a los seres humanos de «regulares» o «irregulares» atenta al principio más elemental de la dignidad humana.

Creo que la Unión Europea debiera abordar la inmigración con el objetivo de convertir a los inmigrantes en ciudadanos europeos, sin atender a las odiosas reglas de la reciprocidad entre Estados tan extendidas. Y cuando digo que debe convertir a los inmigrantes en ciudadanos europeos tengo presente el concepto de ciudadanía que figura en la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, antecedente de la Declaración de Derechos francesa, que en su artículo 6 dibuja de modo preclaro, su concepto, dice así: *«Los hombres que hayan probado suficientemente su adhesión a la comunidad y un continuado interés en la comunidad tienen derecho de sufragio y no podrán ser gravados con impuestos o privados de su propiedad para uso público sin su propio consentimiento»*.

Hasta 1992 los Tratados de la Unión Europea no se referían a los ciudadanos. En los tratados, no hay personas, las libertades son de circulación de mercancías, trabajadores, capitales, servicios. Pero el nacionalismo latente no podrá resistir las propias presiones internas, porque la ciudadanía es una necesidad del mercado interior. Tan sólo el Reino Unido pretenderá vivir en la ficción cercenando la aplicación del concepto de ciudadanía. Pero, ni siquiera el Reino Unido ha resistido el embate expansivo de la ciudadanía. Y, pese a las limitaciones implícitas que tiene la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea no será posible detener su aplicación expansiva. Y esa expansión del concepto de ciudadanía debe alcanzar a los que llamamos inmigrantes que no son sino personas que han pisado algo más tarde que otros europeos este extremo de Asia al que llamamos Europa. Dicho desde otra perspectiva: todos somos inmigrantes y ninguna generación de inmigrantes puede cambiar el destino de otros hombres con fundamento en odiosas ideas nacionalistas: ideas creadas para separar a los hombres que nos han traído guerras y miseria. Europa no debe perder la oportunidad de ser la América del siglo XXI, casa de acogida y de libertades en que se consideren ciudadanos todos los hombres y mujeres que se vinculen al extraordinario proyecto que se está forjando entre nosotros. Ésa sigue siendo mi esperanza.

* * * * *

Fruto de incansable tarea organizadora de la Directora de la Escuela de Práctica Jurídica, la Profesora Pilar MELLADO PRADO, y de su eficaz equipo, tuvieron lugar en el otoño de 2009, en la UNED, unas jornadas sobre la inmigración, que tuve el privilegio de dirigir. En dichas jornadas se abordaron algunos aspectos de la política, de

la legislación y de la jurisprudencia en materia migratoria en la Unión Europea y en España. Y en este número de la *REDUE* ofrecemos cuatro de las ponencias que se expusieron en las citadas jornadas, que suponen cuatro perspectivas diferentes sobre la inmigración, de gran interés, las de un laboralista, un constitucionalista, una internacionalista y una socióloga, a los que agradecemos una vez más su colaboración.

ENRIQUE LINDE PANIAGUA

EL EMPLEO ILEGAL DE INMIGRANTES*

ALFREDO MONTOYA MELGAR

Catedrático Emérito de Derecho del Trabajo de la Universidad Complutense

SUMARIO: Introducción. I. ¿Tiene derecho al trabajo el inmigrante en situación ilegal? II. El contrato de trabajo del inmigrante en situación ilegal. III. El inmigrante irregular ante la Seguridad Social. IV. Asistencia y servicios sociales ajenos a la Seguridad Social. V. El derecho a la salud de los inmigrantes. VI. Los inmigrantes irregulares ante los derechos sindicales y colectivos. VII. Consecuencias sancionadoras.

INTRODUCCIÓN

El eje de la legislación laboral de extranjería está constituido por la diferenciación entre el estatuto del nacional y el del extranjero, al que se le exige tradicionalmente el cumplimiento de una serie de requisitos de los que está exento el nacional.

Así se explica que todas nuestras normas sobre inmigración –el Real Decreto de 16 de enero de 1931, el Decreto de 8 de septiembre de 1932 y el de 29 de agosto de 1935, y, ya en tiempos actuales, la LO 7/1985 y la vigente LO 4/2000 y su Reglamento– hayan sido normas que, sin perjuicio de manifestar su solidaridad humanitaria con los extranjeros, han exigido invariablemente el cumplimiento por parte de éstos de requisitos (permisos, autorizaciones, tarjetas especiales de identidad, visados, registros administrativos de los contratos de trabajo) no exigidos a los nacionales.

La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (en lo sucesivo, LExtr) dispone, como regla general, que el inmigrante extracomunitario tiene que reunir, para poder trabajar en España, los «requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarro-

* Texto actualizado, de acuerdo con la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

llen» (10.1). Más aún, la reciente LO 2/2009, de reforma de la LExtr (en adelante, LRLExtr) atribuye el derecho a ejercer una actividad remunerada sólo a los «extranjeros residentes» (art. Único, doce); como indica la Exposición de Motivos, VII de la propia LRLExtr, los términos «residencia» y «residente» deben entenderse referidos «en todo caso» a «una situación de estancia o residencia legal». El art. 36.1 LExtr (redactado por LRLExtr) dispone que los extranjeros mayores de 16 años para ejercer cualquier actividad lucrativa (se entiende: por cuenta propia o ajena) precisarán «de la correspondiente autorización administrativa previa para residir y trabajar». Como regla general, la autorización de trabajo se concede conjuntamente con la de residencia. El apartado 2 de este mismo artículo añade, en la versión dada por la LRLExtr, un nuevo requisito, a saber: que la eficacia de la autorización de residencia y trabajo inicial se condiciona al alta del trabajador en la Seguridad Social, correspondiendo a la Entidad Gestora la comprobación en cada caso de la previa habilitación de los extranjeros para residir y realizar la actividad contratada.

Obviamente, la exigencia de la referida autorización y demás requisitos no puede ser tachada de discriminatoria, sino que es razonable, objetiva y proporcionada al fin perseguido: el interés público sobre el empleo nacional y la ordenación del fenómeno migratorio en nuestro país.

La falta o inadecuación de la autorización, sea originaria (entrada ilegal, falta de autorizaciones iniciales de trabajo y residencia) o sobrevinida (caducidad de los permisos de residencia y/o trabajo), conlleva diversas consecuencias jurídicas: unas genéricas (la detención y el internamiento del inmigrante, su expulsión y devolución a su país, sanciones al propio inmigrante y al empresario contratante) y otras específicamente laborales, a las que nos hemos de referir en adelante.

Aun careciendo de un derecho a la igualdad de trato con el nacional, el inmigrante en situación ilegal no se encuentra *hors du pays légal* como se decía en otros contextos y épocas; aparte de los derechos básicos o naturales inherentes a su condición de persona (derecho a la vida, a la intimidad, a la libertad de expresión, etc.), el Ordenamiento arbitra una importante serie de mecanismos protectores del inmigrante irregular.

En primer lugar, mecanismos que facilitan la integración del inmigrante irregular en nuestra sociedad y en nuestro mercado de trabajo [«normalizaciones» masivas, reagrupaciones familiares, autorizaciones de residencia temporal por arraigo y por razones humanitarias, autorizaciones por razones de protección internacional (apátridas y refugiados) y autorizaciones a personas que colaboren con las autoridades o cuya residencia en España sea cuestión de interés público o seguridad nacional].

Además, nuestra legislación de extranjería reconoce un buen número de derechos laborales a los trabajadores extranjeros en situación ilegal. Anticipando ideas que hemos de desarrollar en adelante, diremos que gozan de todos los derechos derivados de su contrato de trabajo (art. 36.5 LExtr, redactado por LRLExtr), más el derecho a la asistencia sanitaria en los términos precisados en el art. 12 LExtr (redactado por LRLExtr) y el derecho a los servicios y prestaciones sociales de carácter básico (art. 14.3 LExtr). El TC, rectificando a la LO 8/2000, extendió a todo inmigrante, legal o no, los derechos de reunión (art. 7.1), asociación (art. 8) y libertad

sindical (art. 11.1), en las sentencias 236, 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265, todas de 2007. La reforma de la LExtr llevada a cabo por la LRLEextr ha incorporado al texto de la norma, como era obligado, dicha interpretación constitucional.

Las frecuentes acusaciones de que el inmigrante ilegal carece de estatuto jurídico alguno y de que es un «no-sujeto» de derecho, etc., carecen, como se ve, de fundamento.

I. ¿TIENE DERECHO AL TRABAJO EL INMIGRANTE EN SITUACIÓN ILEGAL?

Como hemos indicado, el derecho al trabajo del extranjero, a diferencia de lo que ocurre con el nacional, se encuentra subordinado al cumplimiento de ciertos requisitos legales (art. 10.1 LExtr), a la cabeza de los cuales se encuentra la autorización administrativa para residir y trabajar en España.

Tal regla viene a coincidir con la laboral del art. 7 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), que no reconoce el derecho a contratar su prestación de servicios a todo extranjero cualquiera que sea su situación administrativa, sino que condiciona tal derecho a «lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia».

Considerado el derecho al trabajo como derecho al empleo, es evidente que el inmigrante en situación ilegal no goza de él; le está prohibido celebrar contratos de trabajo y desempeñar actividades por cuenta propia. Ahora bien; el derecho al trabajo tiene otras dimensiones –derecho a la estabilidad en el empleo, con su corolario, la protección frente al despido injusto; derecho a la ocupación efectiva; derecho a la formación y promoción laborales– que sí podrían considerarse derivaciones del contrato de trabajo validadas por el art. 36.5 LExtr; esto independientemente de las dificultades que en la práctica pudiera tener el ejercicio de algunos de estos derechos.

II. EL CONTRATO DE TRABAJO DEL INMIGRANTE EN SITUACIÓN ILEGAL

¿Qué calificación jurídica merece el contrato de trabajo celebrado por un inmigrante sin autorización para residir y trabajar en España? Frente a lo que se ha dicho en algunos momentos por doctrina académica y judicial, tal inmigrante no es un incapaz, no adolece de una reducción de capacidad como la que padece el menor o el incapacitado judicialmente (arts. 199 a 201 CC). Y ello pese a la construcción del art. 7 ET, del que podría desprenderse que por el mismo motivo que el menor de 18 años no emancipado precisa autorización (art. 7.b ET), el extranjero también la necesita.

La situación jurídica del inmigrante en situación ilegal encajaría, a nuestro juicio, más que en la incapacidad, en la falta de legitimación para trabajar y residir en España que le confiere la autorización. Esta falta de legitimación se separa de la figura de la incapacidad para aproximarse a la de la prohibición legal: el sujeto no está

legitimado porque ha vulnerado un mandato (el de obtener la autorización administrativa), o lo que es igual, ha quebrantado la prohibición de contratar que pesaba sobre él al no contar con esa autorización. Mientras que la incapacidad generaría la anulabilidad del contrato (a pesar de lo cual una dilatada línea jurisprudencial del orden social se inclinaba por la nulidad), la vulneración de la norma imperativa provocaría su nulidad.

También se ha pensado que el contrato laboral del inmigrante no autorizado podría hallarse afectado en su objeto y en su causa. Se estaría ante un objeto negocial ilícito en cuanto prohibido, un «servicio contrario a las leyes» que invalidaría el contrato (como se ve, nuevamente se desemboca en la figura de la prohibición legal). Además, se trataría de un objeto contractual *legalmente* imposible, en cuanto contrario a la ley (otra vez la prohibición legal), lo que determinaría la nulidad del contrato (art. 1.272 CC).

Atendiendo a la causa del contrato celebrado por un inmigrante ilegal, tal causa sería ilícita (art. 1.275 CC) al haberse celebrado el contrato con vulneración de una prohibición legal.

En fin, la celebración de un contrato de trabajo por el extranjero que carece de autorización administrativa para ello se configuraría como un acto contrario a una norma imperativa (*contra legem*), cuya consecuencia habría de ser la nulidad de pleno derecho de la relación laboral de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6.3 CC. Se estaría ante un «contrato que excede los límites de la autonomía privada por contravenir una expresa prohibición de la ley (contrato prohibido)» [DÍEZ-PICAZO]; un «negocio prohibido» [DE CASTRO] cuya ineficacia se produciría *ipso iure*, frente a todos y sin posibilidad de sanación.

Una línea jurisprudencial constante, en aplicación de la LO 7/1985 (e incluso anterior a ella) vino calificando como nulo el contrato de trabajo celebrado por extranjero sin permiso, y ello por aplicación de los arts. 6.3 y 1.275 del CC, en relación con preceptos del Estatuto de los Trabajadores, concretamente, el art. 7.c del ET, y el 9.3 [actual 9.2] del ET.

La normativa que daba pie a las anteriores construcciones sobre las consecuencias del contrato de trabajo del inmigrante en situación ilegal sufrió una profunda transformación al promulgarse la LExtr. Como destacó en su momento la doctrina, el inicial art. 36.3 LExtr (hoy, en la redacción dada por la LRLExtr, art. 36.5) ha operado una revolución en la materia, desactivando, por así decirlo, las consecuencias jurídicas que venían correspondiendo a la relación laboral celebrada por el inmigrante no autorizado (que, por los motivos y en los términos ya vistos, debería ser nula).

En efecto, pese a que la LExtr condiciona el trabajo de los extranjeros al cumplimiento de los requisitos previstos en ella, uno de los cuales es la autorización para trabajar en España, a renglón seguido, su importante y controvertido art. 36.5 LExtr (redactado por LRLExtr) dispone que la carencia de autorización de residencia y trabajo no invalida el contrato de trabajo «respecto de los derechos del trabajador extranjero». Jurisprudencia y doctrina judicial, menos rebuscadamente, declaran que,

de acuerdo con esta disposición, el contrato de trabajo del extranjero no autorizado no es un contrato nulo y por tanto surte efectos para ambos contratantes.

En suma, el art. 36.5 LExtr hace prevalecer el propósito de inserción social del inmigrante ilegal sobre la finalidad de control de los flujos migratorios, puesto que reconoce al inmigrante irregular un estatuto jurídico-contractual pleno.

Esa razón de política social se acompaña de una indiscutible cobertura legal, y ello porque se ajusta al supuesto excepcional previsto en el art. 6.3 CC: «Los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Justamente esto es lo que ocurre en el art. 36.5 LExtr, del que derivan para el inmigrante ilegal derechos al salario (incluidas las garantías del art. 32 ET y de la Ley Concursal y las prestaciones del Fondo de Garantía Salarial), a la seguridad y salud laborales; a la limitación del tiempo de trabajo; a la ocupación efectiva; a la acción asistencial de la empresa: transportes, economatos, comedores, etc.

Dado que el contrato de trabajo del inmigrante sin autorización es válido (art. 36.5 LExtr), su extinción por voluntad unilateral del empresario constituye técnicamente un despido, estando el trabajador legitimado para accionar (en cuanto titular también del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) frente a ese despido, como supo ver la temprana y conocida STSJ de Cataluña de 14 de mayo de 2002.

Tema especialmente delicado en esta materia es el de la viabilidad de la readmisión del inmigrante irregular despedido; puesto que tal deber de readmisión supondría imponer al empresario el mantenimiento de una relación laboral ilegal.

Si el despido del inmigrante irregular se califica como improcedente, es evidente que la regla general que permite al empresario optar entre la readmisión y la indemnización no será de aplicación, sino que el empresario asumirá necesaria y exclusivamente una responsabilidad indemnizatoria.

¿Y qué ocurriría en el caso de un despido discriminatorio o contrario a derechos fundamentales, y por tanto nulo y determinante necesariamente de readmisión? Aunque alguna opinión quiera salvar el insoluble problema con la argumentación de que la sentencia de readmisión libraría al empresario de su precedente situación de ilegalidad y normalizaría la nueva relación laboral, es evidente que el razonamiento no tiene cabida en nuestro Derecho, pues atribuiría al juez competencias de las que carece, sustrayéndolas a la Administración autorizante; ni antes ni después de la LExtr hay base legal para semejante operación.

Si la LExtr reconoce al inmigrante los derechos derivados de su contrato laboral, y si la ilegalidad misma de la situación del extranjero impide su readmisión, no resulta aventurado entender que este derecho de imposible ejercicio deberá ser sustituido por una indemnización, y no tanto por aplicación del algunas veces invocado art. 284 LPL, que contempla un supuesto distinto, cuanto por la genérica aplicación de las reglas civiles que obligan a indemnizar los daños y perjuicios a quienes son responsables de ellos.

Fuente de graves problemas adicionales es la existencia de la tantas veces censurada dualidad jurisdiccional, que permite, por ejemplo, que, tras haber sido despedido un extranjero por no haber obtenido la prórroga de la autorización para trabajar,

se desemboque en un resultado judicial contradictorio: que la jurisdicción social desestime la reclamación del trabajador y la contencioso-administrativa anule la denegación de la prórroga; supuesto para cuya posible solución la jurisprudencia no admite la interposición del recurso de revisión (SSTS de 23 de enero de 1990 y 20 de noviembre de 2001).

III. EL INMIGRANTE IRREGULAR ANTE LA SEGURIDAD SOCIAL

La LO 14/2003 añadió una cláusula de desafortunada ambigüedad al entonces art. 36.3 (hoy 36.5) LExtr, a cuyo tenor la carencia de autorización no es obstáculo para que el inmigrante obtenga «las prestaciones que pudieran corresponderle». ¿Qué prestaciones son éstas? Descartando que se trate de prestaciones empresariales *ex contractu* (pues a éstas ya alude expresamente el art. 36.5 LExtr), ¿serán las prestaciones de Seguridad Social, o las asistenciales y/o las de servicios sociales?

Hay que comenzar afirmando rotundamente que el inmigrante en situación ilegal no puede devengar prestaciones de Seguridad Social. Siendo éste un derecho de configuración legal, hay todo un conjunto de claras normas de la LExtr y de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS) que abonan esta negación:

- El art. 10.1 LExtr (redactado por LRLExtr) condiciona el acceso de los extranjeros al Sistema de la Seguridad Social (esto es, tanto a las prestaciones contributivas como a las no contributivas) a que tengan la condición de residentes y además a que reúnan los requisitos previstos en la propia LExtr y disposiciones que la desarrollen, de conformidad con el resto de la legislación vigente.

- El art. 14.1 LExtr insiste en condicionar el acceso a las «prestaciones y servicios de la Seguridad Social» de los extranjeros a su situación legal de «residentes» y a cumplir las demás condiciones que obligan a los españoles (a ellas se alude seguidamente).

- Pasando de la LExtr a la LGSS, encontramos más reglas legales que confirman la inaplicación de las prestaciones de Seguridad Social a los inmigrantes ilegales; a saber: a) con relación a las prestaciones contributivas por contingencias comunes, el art. 7.1 LGSS limita el derecho a ellas a los extranjeros «que residan o se encuentren legalmente en España». La LGSS exige además al extranjero en situación legal, igual que a los españoles, que ejerza –se sobreentiende: legalmente– en territorio español una actividad comprendida en el campo de aplicación del Sistema (art. 7.1), que se encuentre afiliado y en alta, y que cumpla el período de cotización exigido para cada contingencia (arts. 12 y ss.).

Obviamente, el inmigrante ilegal no cumple ninguna de las anteriores exigencias: ni reside ni trabaja legalmente en España ni, en consecuencia, puede estar afiliado, dado de alta y cotizar a nuestra Seguridad Social (en este sentido, STS de 14 de noviembre de 1997; STSJ de Madrid de 6 de mayo de 2000).

Ello no obstante, una determinada línea jurisprudencial ha venido sosteniendo que el empresario de inmigrantes irregulares está obligado a cotizar por ellos, pese a que legalmente no proceda su afiliación y alta; así las SSTS/CA de 28 de mayo de

1991 y 2 de diciembre de 1998. Tal postura se funda en una discutible aplicación analógica del art. 9.2 ET y en el art. 106.1 LGSS, precepto que contiene idéntica cláusula inicial que la que incluía el art. 70.1 de la Ley de Seguridad Social de 1974: «La obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación del trabajo, incluido el período de prueba». La citada doctrina parte de una interpretación literal según la cual la obligación de cotización tiene por presupuesto el puro hecho de «la prestación del trabajo... sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad». En realidad, el empresario que no afilia, ni da de alta ni cotiza por el inmigrante ilegal incurre en infracción administrativa no por haber omitido esos actos (legalmente imposibles) sino por haber empleado ilegalmente al extranjero. La Inspección de Trabajo podrá levantar acta de infracción para sancionar la contratación ilegal del inmigrante, pero no para sancionar su falta de afiliación, alta o cotización; y, obviamente, tampoco podrá levantar acta de liquidación por tales descubiertos de cotización. Las cotizaciones que se pudieran efectuar en razón del empleo ilegal de inmigrantes serían nulas, como también lo serían sus eventuales afiliaciones o altas (según recordaba la Tesorería General de la Seguridad Social en su conocida Circular de 5 de abril de 2001).

Con toda claridad, el muy específico art. 42 (que trata precisamente «De la afiliación y alta de los extranjeros») del RD 84/1996, de 26 enero (por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social) exige, en la vigente redacción dada por el RD 1041/2005, de 5 de septiembre, que «las solicitudes de afiliación y alta de los trabajadores extranjeros, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, deberán acompañarse de la documentación acreditativa de su nacionalidad y (...) de la correspondiente autorización para trabajar (...) además de los datos y documentos requeridos para las de los trabajadores españoles». En consecuencia, el art. 42.2 del citado RD 84/1996, también modificado por RD 1041/2005, declara que «los extranjeros que, precisando de autorización administrativa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el Sistema de la Seguridad Social» (aunque este precepto concluye con una ambigua salvedad de la que tratamos más adelante). Asimismo, la referida Circular de la TGSS de 13 de febrero de 2001, en línea con la Resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 20 de febrero de 1998, exige la autorización de trabajo como presupuesto de la ulterior afiliación y alta de extranjero, declarando que no basta haber solicitado aquella para poder formalizar éstas. En consecuencia, la afiliación y alta sin previa autorización de trabajo (práctica con la que en ocasiones se venía intentando sanar una situación de ilegalidad) son «actos contrarios al ordenamiento jurídico», y por tanto nulos, como ha sostenido una razonada doctrina judicial (así, STSJ de Andalucía/Granada de 13 de mayo de 1992 y STSJ de Murcia de 4 de octubre de 1999).

En esta misma dirección se pronuncia el vigente Reglamento de la LExtr (RD 2393/2004), de modo terminante. Respecto de los trabajadores por cuenta ajena, su art. 51.12 dispone que «a partir de la entrada legal en España del trabajador, podrá comenzar su actividad y se producirá su afiliación, alta y posterior cotización en los

términos establecidos por la normativa de Seguridad Social que resulte de aplicación». Evidentemente, el precepto está hablando de inmigrantes con autorización de residencia y para trabajar, no de inmigrantes irregulares. Más aún, el art. 51.13 completa la anterior regla en el sentido de que si al solicitar el extranjero autorizado su tarjeta de identidad, o transcurrido un mes desde su entrada en España, no constara su afiliación y alta a la Seguridad Social, la Administración procederá a revocar la autorización («resolver la extinción de la autorización» dice la norma con menor precisión jurídica). Respecto de los trabajadores por cuenta propia, el Reglamento condiciona igualmente la afiliación, alta y cotización del inmigrante a su entrada legal en España, provisto del correspondiente visado (art. 59.11).

Argumento contundente, también en la buena dirección, es el que se deriva de la L 62/2003 (Ley de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social para 2004), cuyo art. 48, dando respuesta a las preocupaciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS sobre el injusto aligeramiento de cargas sociales del empresario de extranjeros ilegales, establece una sanción al empresario que emplea a un inmigrante no autorizado, consistente en el incremento de la multa correspondiente con el importe de las cuotas y demás conceptos de recaudación conjunta adeudados; importe destinado a la Tesorería General de la Seguridad Social, pero no en concepto de cuotas que devenguen derechos a prestaciones para el trabajador, sino como puras sanciones administrativas que encajan, desde luego, dentro de las responsabilidades en materia de Seguridad Social a las que se refiere el art. 36.3 LExtr.

* * *

La ambigua dicción que el art. 36.3 (hoy, art. 36.5) LExtr presentaba antes de la reforma operada por la LRLExtr («La carencia de la correspondiente autorización... [no] será obstáculo para la obtención de las prestaciones que pudieran corresponderle [al extranjero]») se repetía y agravaba inesperadamente en el art. 42.2 RD 84/1996, modificado por RD 1041/2005, precepto que, tras declarar, como vimos más arriba, que «los extranjeros que, precisando de autorización administrativa para trabajar, desempeñen una actividad en España careciendo de dicha autorización, no estarán incluidos en el Sistema de la Seguridad Social», añade una confusa salvedad: «sin perjuicio de que puedan considerarse incluidos a efectos de la obtención de determinadas prestaciones de acuerdo con lo establecido en la ley». Decimos que la ambigüedad legal se repite y agrava en el RD porque mientras que la LExtr se limita a salvar unas vagas «prestaciones» a favor del inmigrante ilegal, el RD llega a afirmar que éste está incluido en el Sistema de la Seguridad Social respecto de ciertas prestaciones y «de acuerdo con lo establecido en la ley». La redacción del actual art. 36.5 LExtr (dada por la LRLExtr) tampoco ha logrado introducir la deseable claridad en la materia, pese a haber añadido alguna mayor concreción al puntualizar que tales prestaciones son «las derivadas de supuestos contemplados por los convenios internacionales de protección a los trabajadores u otras que pudieran corresponderle, siempre que sean compatibles con su situación».

¿Cómo cohonestar esta construcción con la nítida fórmula del citado art. 14.1 LExtr, a cuyo tenor sólo «los extranjeros *residentes* tendrán derecho... a las presta-

ciones y servicios de la Seguridad Social...»?); fórmula aún más clara si cabe cuando se la compara con la del apartado 3 del mismo artículo: «Los extranjeros, *cualquiera que sea su situación administrativa*, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas» (obviamente, ajenos a la Seguridad Social). Nítida fórmula que aún habría que completar con otras referencias contenidas en la LGSS, a cuyo tenor tienen derecho a las prestaciones de la Seguridad Social los extranjeros residentes («que residan o se encuentren legalmente en España» dice el art. 7.1 LGSS) que además estén comprendidos en el campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social (art. 7.2 LGSS) y cumplan las condiciones de afiliación, alta y cotización exigidas por la legislación a los españoles (arts. 12 y ss LGSS). Como argumento adicional debe citarse la oposición del Ordenamiento comunitario europeo a reconocer derechos en materia de coordinación de Seguridad Social a los extranjeros no comunitarios en situación ilegal.

La solución a los problemas hermenéuticos que plantean en esta materia el art. 36.5 LExtr y el 42.2 RD 84/1996, modificado por RD 1041/2005, puede encontrarse en la siguiente interpretación: a) tanto la LExtr como el RD exigen con carácter general que el inmigrante disponga de autorización de trabajo para quedar incluido en la Seguridad Social; b) las «prestaciones», a que alude la LExtr y que califica como de Seguridad Social el RD, a favor de ciertos inmigrantes no autorizados (originarios de países que hayan ratificado el Convenio nº 129 de la OIT o a los que se aplique en la materia el principio de reciprocidad) sólo pueden ser las que, excepcionalmente, reconoce el propio art. 42.2 RD en su primer párrafo, esto es, las prestaciones por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, «a los solos efectos» de las cuales se considera a los citados extranjeros en situación de alta de pleno derecho, como si fueran españoles, rigiendo en la materia el principio de automaticidad en el pago de las prestaciones, cuyo anticipo corre a cargo de la Entidad gestora o Mutua (STSJ de Cataluña de 20 de mayo de 2003), siendo responsables subsidiarios el INSS y la TGSS.

La importante cuestión de si las responsabilidades del empresario en materia de Seguridad Social frente al inmigrante no autorizado, a las que se refiere el art. 36.5, LExtr, incluyen las que en materia de prestaciones (distintas de las de accidentes de trabajo) contraen las Entidades Gestoras y los empresarios *ex* 126 LGSS debe ser contestada negativamente por las siguientes razones:

Parece evidente que el inmigrante no autorizado no puede exigir de la Gestora esta responsabilidad en orden a las prestaciones (ni el art. 126.1 ni el 126.2 LGSS permiten tal interpretación), pues falta el presupuesto para que exista obligación de afiliación, alta y cotización; tales actos son inviables respecto del inmigrante no autorizado.

El extranjero en situación ilegal tampoco tiene ni puede tener título jurídico para que el empresario le abone las prestaciones (al no estar afiliado, en alta y cotizando, ni poder estarlo por carecer de permiso de residencia y trabajo). El art. 126.2 LGSS fija la responsabilidad empresarial por falta de afiliación, alta y cotización cuando se ha producido el «incumplimiento de las obligaciones» en esas materias; pero, insistimos, tales obligaciones no existen respecto del inmigrante ilegal, que no puede ser

afiliado y dado de alta, ni se puede cotizar por él. Más aún, el citado precepto condiciona la exigencia de responsabilidad a la «fijación de los supuestos de imputación»; supuestos que en la actualidad no incluyen a los inmigrantes ilegales, pues las normas aún aplicables en tan atormentada materia –los arts. 94 a 96 de la Ley de Seguridad Social de 1966– circunscriben la responsabilidad empresarial a la que pueden exigir los trabajadores incluidos en el campo de aplicación del Régimen General, fuera del que se encuentran, evidentemente, los extranjeros sin autorización para trabajar en España (art. 97 en relación con el 1 LGSS).

La controvertida cuestión acerca de si los inmigrantes en situación ilegal pueden tener derecho a las prestaciones de desempleo ha sido zanjada de modo terminante y jurídicamente impecable por la LRLExtr, que, en la nueva redacción que da al art. 36.5 LExtr, dispone que «en todo caso, el trabajador que carezca de autorización de residencia y trabajo no podrá obtener prestaciones por desempleo».

En fin, y para evitar conductas propiciadoras de «hechos consumados», el nuevo art. 36.5 LExtr incluye, en la redacción dada por la LRLExtr, un nuevo párrafo en el que establece la regla general de que «el reconocimiento de una prestación no modificará la situación administrativa del extranjero», salvo que la ley disponga lo contrario («salvo en los casos legalmente previstos»).

* * *

Por lo que se refiere a las prestaciones no contributivas, a las que alcanza el régimen de los arts. 10.1 y 14.1 LExtr, éstas se limitan a los extranjeros con residencia legal en España que reúnan los demás requisitos exigidos en la legislación de Seguridad Social (y no sólo a los hispanoamericanos, portugueses, etc., a los que se restringía el art. 7.5 LGSS). En el mismo sentido, los arts. 144.1.b, 167.1 y 182.1.a LGSS exigen la residencia legal en España para tener derecho a las pensiones no contributivas de invalidez, jubilación y prestaciones familiares. Por su parte, las prestaciones de desempleo del nivel asistencial, en cuanto integradas en el Sistema de la Seguridad Social, tampoco podrán ser disfrutadas por los inmigrantes que no residan legalmente en España y cumplan además las restantes exigencias legales (para el Régimen General, art. 215 y ss. LGSS).

IV. ASISTENCIA Y SERVICIOS SOCIALES AJENOS A LA SEGURIDAD SOCIAL

Con carácter general, el art. 14.2 LExtr (redactado por LRLExtr) dispone que los extranjeros residentes tienen derecho a los servicios y a las prestaciones sociales, tanto generales y básicas como específicas, en las mismas condiciones que los españoles. La redacción dada por la LRLExtr ha añadido que «en cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico».

Más allá de esas situaciones de residencia o domicilio habitual, el art. 14.3 LExtr reconoce a todo extranjero, «cualquiera que sea su situación administrativa» (autorizados o no, por tanto) el derecho a los que llama «servicios y prestaciones sociales básicas», una fórmula ciertamente poco precisa. Desde luego queda claro que bajo esta rúbrica no se incluyen las prestaciones (aun las no contributivas, las asistenciales y los servicios) de la Seguridad Social. El contenido de los «servicios y prestaciones sociales básicas» que el art. 14.3 LExtr reconoce a todo inmigrante queda reducido a un nivel puramente asistencial ajeno a la Seguridad Social; aquellos servicios y prestaciones asistenciales a cargo no de la Seguridad Social sino de las Comunidades Autónomas y Administraciones Locales (atención domiciliaria, servicios de comedor, ayudas de urgencia social y similares, así como «rentas mínimas de inserción»), carentes de una disciplina jurídica uniforme, lo que, aparte de la desigualdad que comporta, dificulta enormemente su identificación. Por otra parte, las Comunidades Autónomas discrepan en las exigencias para el devengo de dichos servicios y prestaciones asistenciales; en unos casos se pide la residencia legal, a la que en ocasiones se fija un plazo mínimo (uno, tres o cinco años), en otros el mero empadronamiento, y en otros el empadronamiento unido a la residencia efectiva.

V. EL DERECHO A LA SALUD DE LOS INMIGRANTES

La Ley General de Sanidad extiende su ámbito de aplicación a todos los españoles (arts. 1.2 y 3.2, cuyo alcance universal es moderado en la Disp. trans. 5ª, que prevé una extensión «de forma progresiva»), pero en cuanto a los extranjeros lo limita a aquéllos que tienen su residencia en España. Que la ley esté legitimada para configurar el derecho a la salud de los extranjeros es algo que viene sosteniendo nuestro TC; así, la STC 95/2000, de 10 de abril, contemplando conjuntamente lo dispuesto en el art. 13.1 CE y el reconocimiento constitucional del sistema de la Seguridad Social y del derecho a la salud, concluye afirmando «el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas en las normas correspondientes».

Más recientemente, el art. 12 LExtr (redactado por LRLExtr) puntualiza el alcance de ese derecho, que se extiende, en las mismas condiciones que a los españoles, a cuatro supuestos:

a) Extranjeros inscritos en el padrón del municipio en el que tengan su domicilio habitual. Como se sabe, el empadronamiento no implica la autorización de residencia, lo que supone amparar situaciones ilegales que por lo general no se detectan ya que, al parecer, las autoridades locales suelen incumplir su deber de comunicar las relaciones de inmigrantes empadronados a las autoridades gubernativas. En cualquier caso, lo que aquí interesa es resaltar que los inmigrantes ilegales pueden beneficiarse de la asistencia sanitaria pública con tal de que se hallen empadronados. Por otra parte, las comunidades autónomas presentan, también en esta materia, una poco elogiable diversidad de regímenes de prestación sanitaria, que en algunos casos contradice lo dispuesto en la LExtr; así, algunas normas autonómicas extienden la asis-

tencia a los meros «empadronados» o «vecinos», otras a los «residentes legales», y otras más a todo residente de hecho.

El citado art. 12.1 LExtr reconoce el derecho a la asistencia sanitaria a los inmigrantes empadronados «en las mismas condiciones que los españoles», lo cual significa, dado el actual grado de desarrollo del principio de universalidad de dicha asistencia, que tales inmigrantes, en el supuesto de que no sean titulares o beneficiarios del correspondiente derecho frente a la Seguridad Social (lo que ocurrirá cuando no se encuentren en situación legal en España), habrán de acreditar, como han de hacerlo los españoles, que son «personas sin recursos económicos» (art. 80 LGS).

b) Todo extranjero, cualquiera que sea su situación en España, siempre que precise asistencia sanitaria pública en caso de urgencia por enfermedad grave o accidente, con independencia de la gravedad de éste, y sean laborales o no («cualquiera que sea su causa»). También en este caso el extranjero disfrutará del derecho en los mismos términos que los españoles –aunque el art. 12.2 no lo consigne de modo expreso–, pero no en condiciones superiores; queremos con ello decir que, al encontrarse en situación ilegal y no hallarse protegido por la Seguridad Social española, habrá de demostrar su condición de persona sin recursos económicos –salvo el caso de accidente laboral–, pues en otro caso debería reembolsar el coste de la asistencia en calidad de paciente privado (art. 16 LGS).

c) Los menores de 18 años que se encuentren en España, cualquiera que sea su situación legal; también en las mismas condiciones que los españoles.

d) Las mujeres por razón de embarazo, parto o postparto, también con independencia de su situación legal en España y asimismo –aunque el art. 12.4 LExtr no lo diga expresamente– en las mismas condiciones que las españolas.

VI. LOS INMIGRANTES IRREGULARES ANTE LOS DERECHOS SINDICALES Y COLECTIVOS

Los derechos sindicales y colectivos (derecho a la fundación de sindicatos y a la afiliación y a la acción sindicales, a la huelga y a otras medidas de conflicto colectivo) no quedan amparados en virtud del art. 36.5 LExtr, cuyo alcance se restringe a validar los derechos contractuales del inmigrante y las «prestaciones» sociales a las que ya hemos aludido. Corroborando esta idea, la LExtr exigía en otros preceptos (declarados inconstitucionales por el TC y rectificados consiguientemente por la LRLExtr) que el inmigrante se hallara en situación legal para poder ejercitar los referidos derechos sindicales y colectivos.

En efecto, el art. 11.1 LExtr (modificado por ley 8/2000) condicionaba inequívocamente el derecho del inmigrante a sindicarse a la autorización de estancia o residencia en España, aunque no exigía la autorización de trabajo. Así pues, el inmigrante sin «visado de estancia» (de hasta 90 días de autorización) o sin autorización de residencia temporal –que presupone en muchos casos la autorización de trabajo (art. 31.2 LExtr, redactado por LRLExtr; arts. 48 y ss. Reglamento)– o de residencia permanente, no tenía derecho a ser titular de la libertad sindical, ni por tanto a ejerci-

tar los derechos de ella derivados (del mismo modo que tampoco tenía libertad de asociación si carecía de la autorización de estancia o residencia: art. 8 LExtr).

A mayor abundamiento, el tenor de la Ley llevaba a entender que el inmigrante en situación ilegal no podía promover la creación de un sindicato, ni «general» ni exclusivo de inmigrantes, ni podía ser elector ni elegible para cargos sindicales, ni formar parte de los órganos de gobierno de un sindicato, ni gozar de las garantías propias de los afiliados y representantes sindicales.

Doctrina extendida sostenía que semejante denegación de la libertad sindical a los inmigrantes ilegales vulneraba preceptos internacionales y constitucionales; esa misma postura explica que se hubieran interpuesto varios recursos de inconstitucionalidad frente a la LO 8/2000, de reforma de la LExtr, recursos que afectaron, otros preceptos impugnados aparte, a la regulación dada a la libertad sindical y derecho de huelga. Esos recursos fueron resueltos por las sentencias anteriormente aludidas, que estimaron la inconstitucionalidad de los arts. 7.1, 8 y 11.1 LExtr.

La doctrina de dichas sentencias estimatorias, frente a las que se alzaron varios votos particulares, viene a reconocer el pleno derecho del inmigrante ilegal en materia de reunión, asociación y libertad sindical, confirmando una doctrina académica que no compartimos.

Aunque el hecho de que la LExtr reconozca al inmigrante en situación ilegal derechos derivados del contrato podría apoyar el reconocimiento a tal inmigrante de la libertad sindical (y del derecho de huelga), en tanto instrumentos de defensa de aquellos derechos en situación particularmente precaria, sin embargo, cabe pensar que la atribución de derechos a los inmigrantes irregulares, a diferencia de lo que sucede con los regulares, sólo puede ser restrictiva y no expansiva, pues en caso contrario se darían pasos tan desproporcionados en la igualación de los estatutos del extranjero legal y del ilegal que prácticamente el Derecho de extranjería –y su función prioritaria de defensa de la convivencia nacional– perdería su razón de ser. Situada entre esas *Scylla* y *Caribdis*, la LExtr optó, en el precepto (art. 11.1) declarado inconstitucional, por la posición limitativa.

A nuestro juicio, pues, y concordando con lo que disponía la LO 8/2000, los inmigrantes en situación irregular carecerían de legitimidad para fundar sindicatos, y los ya existentes no podrían admitir la afiliación de un trabajador extranjero en situación ilegal, ni su candidatura a elecciones de representantes de los trabajadores, ni su participación en la comisión negociadora de un convenio colectivo, etc. Frente al criterio del TC, la opción de la LExtr no nos parecía infundada, teniendo en cuenta que la libertad sindical no es un derecho inherente a la persona y directamente conectado con la dignidad humana, sino un derecho de configuración legal; un derecho, pues, que puede ser denegado por razones fundadas (como por lo demás lo es a determinadas categorías de personas: miembros de las Fuerzas Armadas, magistrados, jueces y fiscales).

Por lo que se refiere a la huelga, el art. 11.2 LExtr, redactado también por LO 8/200 exigía, para que el extranjero pudiera ejercer ese derecho, que contara con autorización no para residir sino para trabajar en España, exigencia razonable puesto que la huelga no es uno de los derechos naturales conectados con la dignidad huma-

na, sino un derecho peculiar de los trabajadores. Sin embargo, el TC declaró asimismo inconstitucional dicho precepto.

En cumplimiento de esas sentencias constitucionales, la LRLExtr ha procedido a dar nueva redacción al art. 11 LExtr, reconociendo los derechos de libertad sindical y huelga, en las mismas condiciones que los españoles, a los extranjeros en general, sin mayor exigencia de requisitos.

Aunque la LExtr no contiene mención alguna al derecho a promover conflictos colectivos, es evidente que, por analogía de lo que ocurre con la huelga, tal derecho podrá ser ejercitado por los inmigrantes, aunque no tengan autorización para residir y trabajar en nuestro país.

En cuanto a la participación de los inmigrantes irregulares en los órganos unitarios de las empresas, no puede desconocerse la exigencia del art. 7.c de la LExtr, que condiciona globalmente la contratación laboral de los extranjeros a «lo dispuesto en la legislación específica sobre la materia», legislación específica (fundamentalmente, la LExtr y su Reglamento) que, como regla general, exige al inmigrante la autorización de residencia y trabajo; es cierto que su falta, como sabemos, no invalida los derechos contractuales del trabajador, pero entre ellos ciertamente no se encuentra el derecho —no individual sino colectivo— a elegir y ser elegido representante del personal. No es difícil advertir la grave contradicción que supondría el hecho de que un inmigrante no autorizado a residir y trabajar en España pudiera ser representante legal (o elector de los representantes legales) de los trabajadores, y ostentar las garantías que reserva a tales representantes el art. 68 ET. Con todo, el antecedente sentado por el TC al reconocer en plenitud el derecho a la libre sindicación de todo extranjero, incluido el que se encuentre en situación irregular en España, hace menos seguras las anteriores afirmaciones. En efecto, si el inmigrante en situación irregular puede ser elegido delegado sindical, como derecho incluido dentro de la libertad sindical que la LRLExtr le reconoce, no resulta difícil deducir que también puede ser elegido en las elecciones a representantes de los trabajadores en la empresa (vocales del Comité y delegados de personal), especialmente en el caso de que el extranjero figure en una candidatura presentada por un sindicato.

VII. CONSECUENCIAS SANCIONADORAS

El reconocimiento de efectos contractuales a la relación laboral del extranjero no autorizado a residir y trabajar en España (art. 36.5 LExtr), así como el reconocimiento a dicho extranjero de derechos sanitarios y asistenciales, de derechos sindicales y de huelga y de ciertos derechos en materia de Seguridad Social, no impide que el correspondiente contrato de trabajo sea un contrato prohibido y por tanto ilegal, y que frente a tal ilegalidad haya de reaccionar el Ordenamiento; en concreto, el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal.

El régimen legal vigente sobre infracciones y sanciones en materia de empleo de inmigrantes es extraordinariamente complejo y confuso, debido a la doble vía normativa existente en la materia, ya que la LExtr y su Reglamento configuran, además

de un sistema sancionador general migratorio, otro específico que pudiera llamarse migratorio-laboral, que se superpone al sistema sancionador contenido en materia de migraciones y trabajo de extranjeros en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg 5/2000, de 4 de agosto; en adelante, LISS).

De ese doble bloque normativo deriva una dualidad de tipos de infracción (coincidentes en todo o en parte según los casos), una dualidad de tablas de sanciones, y una dualidad de procedimientos y regímenes competenciales.

Como inicial criterio interpretativo, hay que avanzar que, aunque no deroga expresamente a la LISS en esta materia, la LExtr (reestructurada en esta parte por la LO 8/2000, posterior a la LISS y especial en materia migratoria frente a ésta; y recientemente reformada por la LRLExtr) dispone que el ejercicio de la potestad sancionadora se rige por la propia LExtr y sus disposiciones de desarrollo y por la L 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común (art. 50 LExtr), y silencia por completo a la LISS.

El régimen de la LExtr sobre las infracciones administrativas que podemos llamar laborales-migratorias presenta diversas peculiaridades respecto del contenido en la LISS, que no procede examinar en este momento.

Digamos en resumen que la LExtr desplaza a la LISS en la regulación de los tipos de infracción referidos, tanto los correspondientes a faltas de los inmigrantes como de sus empresarios. Esta conclusión había sido anticipada, por cierto, en la Instrucción 101/2001 de la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, a cuyo tenor, tras la entrada en vigor de la LO 8/2000, las infracciones en materia de trabajo de extranjeros han de ser perseguidas aplicando la LExtr y no la LISS.

La falta de identidad en las tablas sancionadoras de la LExtr y la LISS no ofrece mayor problema, puesto que la derogación tácita de las infracciones contenidas en el art. 37 LISS por la LExtr arrastra necesariamente la derogación de las sanciones aplicables en el marco de aquella ley.

Una peculiaridad muy importante del vigente sistema sancionador contenido en la LExtr es la de que ciertas infracciones graves y muy graves pueden ser sancionadas en lugar de con multa con la expulsión de su autor; sin necesidad, parece, de que aquéllas hayan sido cometidas en su grado máximo, pues la LExtr no hace tal especificación en su art. 57.1, redactado por LRLExtr.

Resuelto el problema de la dualidad legal (LISS y LExtr) en materia de infracciones y sanciones sobre empleo ilegal de inmigrantes, que ya dijimos se zanja a favor de la LExtr, la identificación de las normas sobre el procedimiento administrativo sancionador aplicable en esta materia es una tarea sencilla.

El art. 55.2 LExtr (redactado por LRLExtr) diseña, en efecto, un procedimiento sancionador específico (gubernativo-laboral y no gubernativo-policial como en las restantes infracciones migratorias de contenido no laboral) para castigar las infracciones laborales tipificadas en los arts. 52.c, 53,1.b, 53.2.a y b, y 54.1.d de la propia LExtr; respectivamente: infracción leve del inmigrante trabajador por cuenta propia sin autorización para trabajar pero sí para residir; infracción grave del inmigrante trabajador por cuenta propia o ajena sin autorización para residir ni trabajar; infracción

grave por falta de alta en la Seguridad Social o de registro del contrato de trabajo; infracción grave por atribución al trabajador de ocupación distinta de la autorizada; e infracción muy grave del empresario que contrata a inmigrantes sin autorización de trabajo.

El procedimiento sancionador de la LExtr en materia migratoria laboral es básicamente el previsto para la imposición de sanciones por infracciones del orden social en el RD 928/1998, de 14.5 (al que remite el art. 149.5 LExtr), en el que se introducen ciertas variaciones que se refieren tanto al órgano sancionador –la imposición de sanciones no corresponde a las autoridades laborales sino a las gubernativas, Subdelegados y Delegados del Gobierno (art. 55.2 LExtr, redactado por LRLEextr)– como a las reglas de procedimiento.

* * *

En fin, los más graves supuestos de empleo ilegal de inmigrantes dan lugar a la imposición de sanciones penales.

Un tipo delictivo específicamente laboral, imputable sólo a «empresarios», es el regulado en el art. 312.2 CP, que condena a pena de prisión de 2 a 5 años y multa de 6 a 12 meses a «quienes empleen a súbditos extranjeros sin permiso de trabajo en condiciones que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tuviesen reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual». La conducta delictiva no consiste en el mero empleo del inmigrante irregular sino además en el menoscabo específico de sus derechos laborales (*v.gr.*: vulneración de la jornada máxima legal, abono de un salario inferior al mínimo interprofesional, etc.).

Comparando los artículos 311.1º y 312.2 resulta que el CP sanciona con más dureza la conducta de empleo ilegal de un extranjero que la de un nacional; respecto de ambos, los dos tipos delictivos exigen el menoscabo de derechos laborales, pero con relación al empleo de los nacionales se exige un plus de culpabilidad: el engaño o abuso de situación de necesidad, engaño o abuso que no exige el art. 312.2 CP y que no se puede presumir en todo caso de empleo de un inmigrante irregular.

TRATAMIENTO CONSTITUCIONAL, JURISPRUDENCIAL Y LEGISLATIVO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS INMIGRANTES EN ESPAÑA

JUAN MANUEL GOIG MARTÍNEZ

Profesor Titular de Derecho Constitucional.

Departamento de Derecho Político. UNED

SUMARIO: I. Introducción. II. Delimitación constitucional del alcance de los derechos y libertades de los inmigrantes: 1. *Las prescripciones del artículo 10 de la Constitución. La dignidad y el papel de los Tratados Internacionales*; 2. *El contenido del artículo 1. de la Constitución y los mandatos y vinculaciones constitucionales de los poderes públicos*. III. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia. IV. El tratamiento de los derechos y libertades de los inmigrantes en la legislación de extranjería; V. A modo de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

El estudio del estatus de los derechos y libertades de los inmigrantes, es decir, la delimitación, tanto del contenido, alcance y límites de los derechos y libertades, como de la titularidad y ejercicio de los mismos por los inmigrantes, exige el estudio integrado de los diferentes niveles que lo abordan.

Indudablemente dicho estudio debe de partir, con carácter principal, del marco de convivencia en virtud del cual se reconocen los derechos y libertades: la Constitución Española de 1978, pero la determinación del ámbito de derechos y libertades de los inmigrantes nos exige, también, el tratamiento de la legislación sobre extranjería; de la legislación orgánica específica de los diversos derechos y libertades; del Derecho convencional Internacional en la materia y de la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional.

La determinación del marco constitucional en materia de derechos y libertades de los inmigrantes, supone realizar una importante interpretación constitucional al objeto de reconstruir el pensamiento y la regulación contenida en nuestra Norma Suprema. Sin esta actividad interpretativa, que tome como punto de encuentro un modelo de interpretación integral e integrado, que, lejos de excluir, combine todas las reglas precisas para desentrañar el auténtico alcance que en materia de derechos y libertades de los inmigrantes contiene el texto constitucional, se abordaría la cuestión desde una óptica sectorial que de ninguna forma nos puede ofrecer una visión realista de cuál es el auténtico contenido de los derechos y libertades de los inmigrantes.

II. DELIMITACIÓN CONSTITUCIONAL DEL ALCANCE DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS INMIGRANTES

La mención directa que el art. 13 CE contiene del ámbito de derechos y libertades de los inmigrantes que se encuentran en España, determina su toma en consideración para extraer una primera delimitación sobre la materia, pero una toma en consideración circunscrita a un proceso de interpretación integral en el propio texto constitucional¹, puesto que una interpretación restrictiva implicaría permitir al legislador definir, con carácter exclusivo, el estatus del inmigrante, cuando, como ha indicado el TC, el art. 13 CE no supone, desconstitucionalizar la posición jurídica relativa a los derechos y libertades públicas, pues la Constitución no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los Tratados y la ley, sino de las libertades que garantiza el Título I, en los términos que establezcan los Tratados y la ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros, siguen siendo derechos constitucionales, y por tanto, dotados de protección constitucional (STC 107/1984, de 23 de noviembre, Fº. Jº.3).

El reconocimiento y disfrute de los derechos y libertades se debe hacer en los propios términos fijados por la Constitución, sin que la ley, en ningún momento, pueda restringir o configurar lo que la Constitución no restringe o configura (STC 115/1987, de 7 de julio).

El artículo 13.1 CE no es el único precepto que debe ser contemplado, sino que, junto a él, es preciso tener en consideración otras normas constitucionales sin las que no resulta posible determinar la posición jurídica de la extranjería en España.

1. Las prescripciones del artículo 10 de la Constitución. La dignidad y el papel de los Tratados Internacionales

El ámbito y contenido de los derechos y libertades de los inmigrantes que hace el apartado primero del artículo 13 viene determinado por el artículo 10 CE en sus dos apartados, puesto que el art. 10.1 fundamenta el orden político y la paz social en

¹ Vid. PÉREZ VERA, E. *Introducción al Derecho de extranjería. Derecho Internacional Privado*, Madrid, Tecnos, 1980, pág. 126.

el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, en la dignidad de la persona y en los derechos inviolables e inherentes a la dignidad humana, toda vez que en su apartado segundo, reconoce a los Tratados Internacionales una función interpretadora para las normas que regulan los derechos fundamentales y las libertades públicas.

La preocupación actual del Derecho Internacional por la defensa de los derechos humanos parte de la consideración de que el hombre, por su propia naturaleza, por su propia consideración y por su propia dignidad, posee derechos que le son inherentes y que no nacen de una concesión de la sociedad política. El valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona, reconocido en el artículo 10 CE, constituye el germen de unos derechos que le son inherentes al ser humano y, dentro del sistema constitucional es considerado como el punto de arranque, como el «*prius*» lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos –STC 53/1985, de 11 de abril (FºJº 3)–.

La dignidad, en cuanto valor espiritual y moral, inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida, y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás, ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre (STC 120/1990, de 27 de junio). De forma que los derechos fundamentales, en cuanto proyecciones de núcleos esenciales de la dignidad de la persona, se erigen en los fundamentos del propio Estado de Derecho democrático y no pueden ser menoscabados (STC 194/1994, de 28 de junio).

El artículo 10.1 viene a colocar la dignidad de la persona como la fuente de todos los derechos, de forma que los derechos y libertades que la Constitución proclama en su Título I son inherentes a la persona y a su dignidad radical, y todos contribuyen al desarrollo integral del ser humano. La dignidad humana operará como parámetro, tanto para la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, como para la realización de una interpretación adecuada de los derechos fundamentales por el legislador, por el Tribunal Constitucional y por todos los operadores del ordenamiento jurídico.

Como principio constitucional fundamental portador de los derechos de defensa de los hombres, la dignidad prohíbe que la persona sea un mero objeto del poder del Estado e impone a los poderes públicos su acción promotora, en tanto que están vinculados directamente a la Constitución en un sentido material y formal.

En lo que al contenido del art. 10.2 CE respecta, la Constitución Española se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales, pero no sólo las normas contenidas en la Constitución, sino todas las normas que integran el ordenamiento jurídico interno relativas de derechos y libertades que reconoce la norma fundamental (STC 78/1982, de 20 de diciembre)².

² No obstante, tenemos que afirmar con el Tribunal Constitucional (STC 36/1991, de 14 de febrero), que el artículo 10.2 CE no ofrece rango constitucional a los derechos y libertades internacionales.

La interpretación del estatus de los derechos y libertades de los inmigrantes se hará, pues, en primer lugar, por los propios parámetros que establece la Constitución, y, en segundo lugar, y de acuerdo con el alcance fijado en sede constitucional, se interpretarán de acuerdo y en el sentido de los Tratados Internacionales. Los Tratados Internacionales en materia de derechos ratificados por España *«pueden desplegar ciertos efectos en relación con los derechos y libertades, en cuanto pueden servir para configurar el sentido y alcance de los derechos reconocidos en la Constitución en virtud del artículo 10.2 CE»*, *«de modo que, en la práctica, ese contenido –el contenido de los Tratados o Convenios– se convierte, en cierto modo, en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia... nuestra Constitución, cuando el legislador o cualquier otro poder público adopta decisiones que, en relación con uno de los de los derechos o libertades de la Constitución, enmarca, limita o reduce el contenido que al mismo atribuyen los citados Tratados o Convenios»* (STC 24/1993, de 21 de enero).

2. El contenido del artículo 1 de la Constitución y los mandatos y vinculaciones constitucionales de los poderes públicos

Los artículos 13 y 10 CE constituyen parámetros preferentes y necesarios, pero el carácter integral e integrador de la Constitución nos obliga a acudir a otras normas constitucionales sin las cuales resultaría imposible determinar la posición constitucional de los inmigrantes en España.

La dignidad se configura como un principio fundamental de referencia y razón de ser de los derechos y libertades y del propio Estado Social y Democrático de Derecho proclamado por la Constitución y como una norma clave entre el Preámbulo y el Título Preliminar y el resto del Título I.

En el artículo 10.1 se integran los principios y valores esenciales de libertad, igualdad y justicia que enuncia el Preámbulo y los artículos 1 y 9 del Título Preliminar, que se positivizan en los derechos y libertades reconocidas en el Título I, y que resulta vinculante para todos los poderes públicos (art. 9.1), a los que se impone el deber fundamental de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impiden o dificultan su plenitud, y facilitar la participación de los ciudadanos en distintos sectores de la vida estatal³.

mente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución. A lo que obliga el artículo 10.2 es a interpretar los correspondientes preceptos de la Constitución de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios. El tratado Internacional no se convierte *«per se»* en medida de constitucionalidad de la ley que desarrolla derechos y libertades, sino que tal medida continua estando integrada por el precepto constitucional definidor del derecho o libertad, *«pero interpretado éste, en cuanto a los perfiles exactos de su contenido, de conformidad con el Tratado o Acuerdo internacional»* (STC 28/1991, de 14 de febrero). Los textos internacionales son fuente interpretativa de las normas y actos de los poderes públicos, pero en tanto fuente interpretativa *«contribuyen a la mejor identificación del contenido de los derechos»* (STC 64/1991, de 22 de marzo).

³ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J. «Artículo 10. Derechos Fundamentales de la persona», en ALZAGA VILLAAAMIL, Ó. (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Cortes Generales-Ederesa, 1997, págs. 57 y ss.

En la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes se encuentran, también, las notas que caracterizan el Estado social y democrático de Derecho⁴. La definición contenida en el artículo 1.1 CE cuando proclama que España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, está otorgando una posición determinada a los derechos y libertades, puesto que aun cuando el término «Estado de Derecho» se ha relacionado con el imperio de la ley en tanto que es la ley la que plasma racionalmente la voluntad popular, esta primera acepción, que hoy sigue siendo válida, ha sido superada y complementada en la actualidad⁵. Como ha indicado PÉREZ LUÑO⁶ existe un estrecho nexo de interdependencia, genético y funcional, entre el Estado de Derecho y los derechos y libertades, puesto que el Estado de Derecho, para serlo efectivamente, exige e implica garantizar los derechos y libertades, mientras que estos derechos y libertades exigen e implican para su realización al Estado de Derecho.

El Estado social y democrático de Derecho proclamado en el artículo 1.1 CE implica, por consiguiente, la primariedad de los derechos y libertades como piedra angular del sistema constitucional, y este carácter central de los derechos y libertades en el ordenamiento resulta, también, de la proclamación de los valores superiores del ordenamiento jurídico que recoge el artículo 1.1 CE entre los que destacan la libertad y la igualdad, junto con el pluralismo político y el valor justicia, que se desarrollan en los derechos y libertades que la Constitución reconoce.

En definitiva este modelo de Estado, propugna un Estado que pretende el desarrollo de la condición humana de la vida social, la dignidad del hombre como dinámica de la libertad, a través de la creación de una organización social adecuada al cumplimiento de unos objetivos que el Estado pretende alcanzar y esos objetivos son los valores superiores. Los valores superiores representan los ideales que una comunidad decide erigir como sus máximos objetivos a desarrollar por el ordenamiento jurídico y expresión máxima de la decisión política del Estado como Estado social y democrático de Derecho, y guía para la interpretación y desarrollo del ordenamiento en cuanto que opciones que el Estado propugna y pretende realizar, los valores superiores y los derechos y libertades que los desarrollan, exigen una función promocional de los poderes públicos para impulsar las condiciones y remover los obstáculos para que la igualdad y la libertad sean reales y efectivas. Como ha indicado el Tribunal Constitucional (entre otras STC 21/1981, de 15 de junio) «*no cabe desconocer que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores y principios de carácter universal que subyacen a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los diversos convenios internacionales sobre derechos humanos ratificados por España y que, asumidos como decisión constitucional básica, han de informar todo nuestro ordenamiento*».

⁴ PAREJO, L. *Estado Social y Administración Pública*, Madrid, Civitas, 1983, pág. 81.

⁵ Vid. DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 8ª ed. 6ª reimpresión, 1988. También GARRORENA, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Madrid, 2ª ed. 1984.

⁶ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 7ª ed. 1998, págs. 19 y 20.

De la obligación de sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución se deduce no solamente la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan (art. 9.2 CE).

La propia idea del Estado social de Derecho, convierte al artículo 9.2 en una norma que fundamenta el contenido y la eficacia de los derechos y libertades constitucionales y su posición en el sistema constitucional español, pero además, fundamenta la actuación de los poderes públicos. Los poderes públicos deberán orientar su actuación a hacer reales y efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, de manera que, como ha afirmado HÄBERLE⁷, la efectividad de los derechos y libertades se convierte en un deber constitucional para los poderes públicos. El artículo 9.2 es una manifestación fundamental del elemento social del Estado en cuanto impone a los poderes públicos una intervención promotora y remotora en aras a la consecución de la realidad y eficacia de la libertad y la igualdad y a la efectividad de los derechos, libertades y garantías que de ellas se derivan, de la misma forma que el artículo 9.1, al proclamar la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos a la Constitución y al resto del ordenamiento público constituyen una manifestación fundamental del elemento jurídico de este mismo concepto de Estado, pero además, este mismo elemento jurídico se ve proyectado en el artículo 9.3 cuando proclama los principios jurídicos generales que deben de regular la actuación de estos poderes públicos, en general, y en particular en su actividad promotora de la igualdad y de la libertad efectivas.

Consecuencia directa de la posición central que los derechos y libertades ocupan en el orden jurídico-político del Estado español como Estado social y democrático de Derecho, es la obligación que se impone a los poderes públicos de respeto absoluto y que, no sólo se infiere del artículo 9.1, sino que la Constitución manifiesta expresamente en el artículo 53.1, al afirmar en su primer inciso que «*Los derechos y libertades reconocidas en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos*». La vinculación que se impone a los poderes públicos respecto a los derechos y libertades, lo es para todos los poderes públicos, sin embargo, cuando el art. 53.1 proclama que «*sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*», se deriva un plus de vinculación respecto al poder legislativo, y ese plus de vinculación se residencia en el respeto al contenido esencial.

La garantía del contenido esencial que proclama la Constitución se deriva del art. 10.1 cuando eleva a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social los derechos inherentes a la dignidad humana.

⁷ Vid. HÄBERLE, P., «El legislador de los derechos fundamentales», en LÓPEZ PINA, A. (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales: Alemania, España, Francia e Italia*, Madrid, Civitas-U. Complutense, 1991. La teoría completa de HÄBERLE puede verse en *Die Weseseingehaltsgarantie des Art. 19.Abs. 2 Grundgesetz*, Heidelberg, Münster, 1983, 3ª ed.

De esta forma la garantía del contenido esencial que preceptúa el art. 53.1 no actuaría sólo como un límite a la actuación normadora del legislador, como tradicionalmente ha sido entendida, y el contenido esencial no sería el último parámetro defensivo o el límite de los límites, sino que se constituiría en el instrumento más adecuado para dotarles de la eficacia necesaria. Si los poderes públicos, y en este caso el legislador estatal que es el único capacitado, por vía del art. 53.1, para regular el ejercicio de uno de los derechos y libertades a que se hace mención, están vinculados a los derechos y libertades constitucionales, podemos entender que cuando regule, que no limite, un derecho o una libertad, lo que la Constitución le ordena «no es que se abstenga de afectar al contenido esencial de los derechos, sino que al ejercer la regulación del ejercicio de los derechos, respete su contenido esencial, es decir, lo desarrolle adecuadamente y le dispense una protección eficaz»⁸, y ello implica un efecto positivo y progresivo en los derechos y libertades que puede provenir del mandato del art. 9.2.

III. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA MATERIA

El TC tuvo oportunidad de pronunciarse y perfilar una doctrina en materia de derechos y libertades de los extranjeros, en la Sentencia 107/1984, de 23 de noviembre –dictada con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España–, estableciendo, sobre la base del artículo 13 CE que *«El disfrute de los derechos y libertades –el término libertades públicas no tiene, obviamente, un significado restrictivo– reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas, de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o ley»*, indicando a continuación que dicha previsión no implica desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a los derechos y libertades públicas, puesto que la Constitución no afirma que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyan los tratados y la ley *«sino de las libertades que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley, de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros **siguen siendo derechos constitucionales**, y por lo tanto, dotados –dentro de su específica regulación– de la protección constitucional, **pero son todos ellos sin excepción en cuanto a su contenido derechos de configuración legal**»*.

En el Fundamento Jurídico 4 de la citada sentencia, el TC establecía una clasificación de los derechos de acuerdo con la titularidad de los mismos referida a los ex-

⁸ MARTÍNEZ-PUJALTE. A.L., *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, CEC, 1997, pág. 85.

tranjeros, clasificación que se ha reafirmado y completado en sentencias posteriores, indicando que:

- Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos;
- Existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el artículo 13.2 y con la salvedad que contiene);
- Existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio.

Como ha indicado el TC, *«Esta configuración –la configuración que sobre la titularidad de los derechos y libertades corresponda hacer a la ley– puede prescindir de tomar en consideración, como dato relevante para modular el ejercicio del derecho, la nacionalidad o ciudadanía del titular, procediéndose así una completa igualdad entre españoles y extranjeros, como la que efectivamente se da respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano, o si se rehuye esta terminología, ciertamente equívoca, de aquellos derechos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución... Derechos tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica, etc., corresponden a los extranjeros por propio mandato constitucional, y no resulta posible un tratamiento desigual respecto a ellos en relación a los españoles».*

A través de su doctrina, el TC reconoce que existe una primera categoría de derechos que pertenecen, en condiciones de igualdad, a los españoles y extranjeros y respecto de los cuales no cabe diferencia de trato, utilizando como criterio específico su especial vinculación con la dignidad de la persona, al parecer, por considerar que se trata de derechos imprescindibles para garantizar dicha dignidad que es considerada como el fundamento del orden político y de la paz social. En esta situación se encontrarían el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, la libertad ideológica (STC 107/1984, FJ 3), pero también el derecho a la tutela judicial efectiva (STC 99/1985, FJ 2) y el derecho instrumental a la asistencia jurídica gratuita (STC 95/2003, FJ 4), el derecho a la libertad y a la seguridad (STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 5), y el derecho a no ser discriminado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social (STC 137/2000, de 29 de mayo, FJ 1). Todos ellos han sido reconocidos expresamente por este Tribunal como pertenecientes a las personas en cuanto tal, pero no constituyen una lista cerrada y exhaustiva, y así, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, ha extendido este criterio a los derechos de reunión, manifestación y asociación.

En una segunda categoría, el TC reconoce que existe un grupo de derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros, que serían los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el artículo 13.2, y con las salvedades que contienen, y que serían el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes; y el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos con los requisitos que añaden las leyes, por disponerlo el artículo 13.2:

«Solamente lo españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales».

Y junto a estas dos primeras categorías, existiría una tercera en la que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 13.1, y por el Tribunal Constitucional, se encontrarían el resto de derechos y libertades contenidos en el Título I, y que no integran ninguno de los dos grupos anteriormente descritos, y que pertenecerán, o no, a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, por ser derechos de configuración legal, de forma que la ley puede considerar como sujetos titulares de los mismos a los inmigrantes, o no, o incluso reconociendo tal titularidad añadir un plus de limitación a su ejercicio por los inmigrantes, pero todo ello teniendo en cuenta los límites a los que está sometido el propio legislador. No obstante, dentro de esta última categoría, el tratamiento constitucional es muy variado, de manera que el estatus de los inmigrantes en titularidad y ejercicio de estos derechos, también admite una amplia variedad de tratamientos, ya que dentro de esta categoría podemos distinguir:

1. Los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I que la Constitución reconoce expresamente a los españoles: el derecho a elegir libremente la residencia; a circular por el territorio nacional y a entrar y salir libremente de España, y el derecho de petición, derechos y libertades respecto de los que habrá que tener en consideración su regulación constitucional, convencional y legislativa.

2. Los derechos y deberes de los ciudadanos que integran la Sección 2ª del Capítulo II, Título I. Por tratarse de derechos constitucionales, habrá que observar, en un primer momento, cuál es el tratamiento que les otorga la propia Constitución, y también ver cómo han sido considerados por el Derecho Internacional para poder comprender cuál es su ejercicio por parte de los inmigrantes, por tratarse de derechos que se deben ejercer de acuerdo con lo preceptuado con las leyes que los regulen o desarrollen, en la mayor parte de los supuestos, o si su titularidad alcanza a los extranjeros y el alcance de su ejercicio, para el caso de aquellos que están reconocidos constitucionalmente a «los españoles».

3. Existe un tercer grupo de preceptos, que reconocen la mayor parte de los derechos sociales, de protección a la salud y los asistenciales, que integran el Capítulo III del Título I «De los principios rectores de la política social y económica». Por constituir derechos de configuración legal, en principio pertenecerán o no a los inmigrantes según lo dispongan los Tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio. Independientemente de cuál sea la posición jurídica constitucional de estos principios, y teniendo en cuenta el distinto alcance y contenido de los numerosos principios enumerados, no puede predicarse que todas las normas contenidas sean predicables sólo de los españoles, puesto que los supuestos admiten variación.

En definitiva, si como el propio TC ha establecido, todos los derechos del Título I son derechos constitucionales, habrá que tener en cuenta cuál es el contenido que la Constitución, como parámetro principal, reconoce, y de ahí determinar si su

titularidad y ejercicio puede ser configurado por los Tratados y la ley. No podemos olvidar que por tratarse de derechos y libertades constitucionales es imprescindible «*respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar... (un)... precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros*» (STC 115/1987, de 7 de julio).

Ello exigirá una importante tarea interpretativa por los operadores del derecho, cuyo tratamiento trasciende el contenido de estas páginas.

IV. EL TRATAMIENTO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS INMIGRANTES EN LA LEGISLACIÓN DE EXTRANJERÍA

La LO 7/1985, más que una ley que regulaba los derechos y libertades de los extranjeros, incidía en los aspectos más puros del derecho de extranjería: el régimen de entrada, permanencia y salida, y las situaciones jurídicas del inmigrante, y procedía a tratar de forma sectorial y sectaria los derechos y libertades de los inmigrantes, siendo incapaz de responder adecuadamente a los nuevos retos que los cambios de los flujos migratorios suponían. La Ley acomete, en lo que a nosotros especialmente nos interesa, una regulación de los derechos y libertades del extranjero, incompleta e incorrecta y de dudosa constitucionalidad –hecho este último que fue posteriormente reconocido por el TC–.

La LO 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social implica la ruptura con la anterior legislación de extranjería y la superación de gran parte de las reticencias con las que tradicionalmente se han venido considerando los procesos migratorios. Es en materia de reconocimiento de derechos a los no nacionales donde se observa un mayor avance y desarrollo respecto a la legislación precedente, y el punto de arranque de esta nueva concepción de los derechos y libertades de los extranjeros, y que desmonta el tratamiento tradicional que sobre la materia se ha hecho, lo constituye el art. 3 LO 4/2000:

1. Los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica.

Frente a la LO 7/1985 que proclamaba «el ejercicio de los derechos reconocidos legalmente en condiciones de igualdad como mero criterio interpretativo» este precepto determina la igualdad en el «goce» de los derechos y libertades del Título I por los extranjeros, adoptando como criterio interpretativo los Tratados Internacionales sobre la materia, aunque matizando que dicho goce se hará en los términos establecidos en esta Ley Orgánica y esta determinación de la igualdad se manifiesta a lo largo del Título I de la Ley (Derechos y libertades de los extranjeros).

La LO 4/2000 constituyó un intento de equiparar a inmigrantes y españoles no sólo en derechos fundamentales, sino también en los llamados «derechos económicos, sociales y culturales» sin distinguir, salvo para aquellos para los que se exija, al

igual que para los españoles, el cumplimiento de determinados requisitos, en virtud de la situación administrativa, favoreciendo la integración social y luchando contra la discriminación. A estos efectos, la Ley reconoce, expresamente, el derecho fundamental a la intimidad familiar y a la vida en familia, y eleva a categoría de derecho, como parte del contenido de este derecho a la intimidad familiar, el derecho de determinados familiares (art. 17) a obtener la residencia en España para reagruparse con el residente (art. 16)⁹.

La vida de la LO 4/2000 fue efímera. La reforma por LO 8/2000, y sus sucesivas reformas, es tan profunda que viene a modificar el espíritu y la intención con que fue aprobada la LO 4/2000, lo que nos lleva a afirmar que el resultado de esta reforma, es una nueva Ley de Extranjería.

Tras la reforma, que afecta a un 80% de la Ley, no sólo se modifica gran parte del sistema de entrada, salida, permanencia y situaciones de los inmigrantes, sino que se cambia el reconocimiento de derechos a los extranjeros, retornando a una situación muy parecida a la contemplada por la LO 7/1985, recuperando la clara distinción entre los extranjeros dependiendo de su situación administrativa.

Para entender el alcance de esta restricción debemos tener en cuenta dos elementos muy importantes: la reforma del art. 3 de la Ley y la precisión legal de que el goce y disfrute de derechos se conecta al presupuesto de que el extranjero debe residir legalmente en España.

El art. 3 de la LO 4/2000, según la reforma de la LO 8/2000, al establecer que *«Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidas en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles»*, entiende, tal y como se ha hecho por amplios sectores doctrinales que, de acuerdo con el artículo 13.1 CE, por tratarse de derechos de configuración legal –según la jurisprudencia constitucional– cada derecho fundamental reconocido a los extranjeros no tendrá otro alcance que aquel que se establece en virtud del Tratado o Ley a cuya regulación se remite el citado precepto, olvidando que por tratarse de derechos constitucionales, cada derecho fundamental reconocido a los extranjeros tienen el alcance que les marca la propia Constitución.

La LO 8/2000, en definitiva, supone un claro retroceso a la hora de aplicar el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros en materia de derechos y libertades, limita el ejercicio de determinados derechos fundamentales (reunión, manifes-

⁹ Se alinea así la Ley con la consideración del TEDH que sostiene que para el desarrollo de la persona es necesario no ser privado de la dimensión familiar, derecho que ha sido defendido en numerosas ocasiones frente a decisiones administrativas de expulsión (STEDH, de 18 de febrero de 1991, *Caso Moustaqin vs Bélgica*; STEDH de 19 de febrero de 1996, *Caso Gull vs Suiza*; STEDH, de 26 de septiembre de 1997, *Caso El Bujaidi vs. Francia*). Se trata de un derecho que se manifiesta, de acuerdo con su regulación legislativa, en una doble dirección: el derecho del inmigrante residente a reagrupar a sus familiares para poder desarrollarse familiarmente; y el derecho de sus familiares a obtener la residencia para reagruparse.

tación, asociación, educación, sindicación y huelga) en virtud de la situación administrativa de regularidad de los inmigrantes, y reduce el alcance del derecho a la reagrupación familiar.

Recientemente, el TC ha tenido ocasión de enjuiciar la constitucionalidad en el tratamiento que la LO 8/2000 hace, en algunos de sus preceptos, de los derechos y libertades de los inmigrantes, en la resolución de los ocho recursos de inconstitucionalidad que se han interpuesto contra la citada ley.

En la STC 236/2007, de 7 de noviembre¹⁰, el TC, no sólo ha reconocido la inconstitucionalidad de la legislación de extranjería española en materia de derechos y libertades, sino que ha establecido, por un lado el valor de los Tratados Internacionales, como elemento interpretativo-aplicativo a la hora de otorgar derechos y libertades, y, por otro, los límites del legislador cuando regula el alcance de los derechos y libertades de los inmigrantes.

Respecto al valor de los Tratados Internacionales, al enjuiciar la Ley impugnada en este proceso, como ha indicado el TC, es preciso determinar si el legislador ha respetado los límites impuestos *ex art.* 10.2 CE por las normas internacionales, que le obligan a interpretar de acuerdo con ellas los derechos y libertades consagrados en nuestra Constitución. El tratado o convenio internacional invocado no se convierte en sí mismo en canon de constitucionalidad de los concretos preceptos recurridos, como pretende el Parlamento, pero las normas legales impugnadas deben ser contrastadas con los correspondientes preceptos constitucionales que proclaman los derechos y libertades de los extranjeros en España.

Mayor importancia adquiere la reciente jurisprudencia del TC en lo que a los límites del legislador se refiere. La posición del legislador, al regular los derechos y libertades, se encuentra especialmente sometida e impregnada por la propia Constitución.

El legislador contemplado en el art. 13 CE se encuentra limitado al regular aquellos derechos que, «la Constitución reconoce directamente a los extranjeros» (STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 2). El legislador no puede negar tales derechos a los extranjeros, aunque sí puede establecer «condicionamientos adicionales» respecto a su ejercicio por parte de aquéllos, si bien «ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales», pues no puede estimarse el art. 13.1 CE, permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros.

El legislador goza, en cambio, de mayor libertad al regular aquellos derechos que no son atribuidos directamente por la Constitución a los extranjeros pero que el legislador puede extender a los no nacionales «aunque no sea necesariamente en idénticos términos que los españoles» (STC 94/1993, FJ 3) porque el art. 13.1 CE no

¹⁰ Los criterios fundamentales reconocidos por el TC en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, han sido ratificados por el resto de Sentencias dictadas por el TC a la hora de enjuiciar la constitucionalidad de la LO 4/2000, en su versión dada por la LO 8/2000: SSTC 259/2007, de 19 de diciembre; 260/2007, de 20 de diciembre; 261/2007, de 20 de diciembre; 262/2007, de 20 de diciembre; 263/2007, de 20 de diciembre; 264/2007, de 20 de diciembre; y 265/2007, de 20 de diciembre.

dice, en efecto, que los extranjeros dispongan de los mismos derechos que los españoles, siendo precisamente ese precepto el que «en nuestra Constitución establece los límites subjetivos determinantes de la extensión de la titularidad de los derechos fundamentales a los no nacionales» [Declaración del Tribunal Constitucional de 1 de julio de 1992, FJ 3 b)]. Si bien aquella libertad «no es en modo alguno absoluta» (STC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3).

También el legislador se encuentra limitado por la regulación que sobre estos derechos y libertades realizan los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia, por constituir elemento interpretativo determinante de su alcance.

La limitación de derechos o libertades sólo puede justificarse «*por la necesidad de proteger o preservar (...) otros derechos constitucionales (...) u otros bienes constitucionalmente protegidos*» (STC 2/1982, de 29 de enero), y además se debe tratar de bienes que no pueden ser identificados de forma general con cualquier fin, bien o interés, sino que deben derivar de valores constitucionales, puesto que si así no fuera, como ha afirmado el TC (STC 22/1984, de 17 de febrero), ello «*sería inconciliable con los valores superiores del ordenamiento jurídico que nuestra Constitución proclama. (...) ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución*». Sólo donde la Constitución pone límites, puede poner límites el legislador, y éstos siempre tienen que tener, como base constitucional, bien los derechos y libertades de otras personas, bien los valores superiores proclamados constitucionalmente, y respecto de los cuales, los derechos y libertades son su concreción práctica.

Los límites a los derechos y libertades han de estar permitidos constitucionalmente y han de ser conformes a su contenido constitucional. Allí donde la Constitución no permita limitar, no podrá limitar el legislador ordinario, quien tendrá vedado restringir un derecho contra su contenido constitucional en virtud de la posición central de los derechos en el sistema constitucional.

Por consiguiente la posición del legislador, al limitar los derechos y libertades, se encuentra especialmente sometida e impregnada por la propia Constitución y por el espíritu constitucional, de forma tal que a la hora de regular un derecho o una libertad deberá tener en cuenta el contenido constitucionalmente declarado, pero además, deberá aceptar las exigencias derivadas de la definición del Estado español como Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1); los valores superiores del ordenamiento jurídico, y las facultades que de ellos se derivan; deberá tomar en consideración, por mandato del art. 10.2, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, y, especialmente por su sometimiento a la Constitución (art. 9.1) y su vinculación a los derechos y libertades (art. 53.1), deberá tener en cuenta la especial relación de la dignidad de la persona con los derechos. La dignidad de la persona humana es el valor constitucional último¹¹ y el sustrato de los derechos fun-

¹¹ FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La dogmática de los derechos humanos*, Lima, Ed. Jurídicas. 1994, págs. 50-51.

damentales¹², y no sólo la dignidad, sino que el artículo 10.1 se configura como el fundamento dogmático constitucional¹³.

El carácter excepcional con que deberá considerarse toda acción que limite o restrinja un derecho o una libertad reconocida constitucionalmente, implica que ésta deberá hacerse sólo por ley, que deberá respetar el contenido esencial del derecho, pero, además, deberá estar motivada y justificada, y deberá ser proporcional al fin perseguido, y así lo ha establecido reiteradamente el TC: «*Cuando se coarta el libre ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución, el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización, y el hecho o conjunto de hechos que lo justifican debe explicitarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó, de modo que la motivación es (...) un riguroso requisito del acto de sacrificio de los derechos*» (SSTC 26/1981, de 17 de julio; 13/1985, de 31 de enero, entre otras), además, toda limitación para el ejercicio de un derecho, no sólo deberá estar motivada, sino que «*las medidas limitadoras habrán de ser necesarias para conseguir el fin perseguido*», y «*ha de ser aplicada según criterios de racionalidad y proporcionalidad*» (STC 291/1993, de 18 de octubre) al fin que se persigue.

Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha perfilado el alcance del sistema constitucional de derechos y libertades para los inmigrantes, superando las iniciales limitaciones legislativas. Sin embargo, con sus últimos pronunciamientos, el TC establece un nuevo estatus en materia de derechos y libertades de los inmigrantes, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de la regulación que hace la legislación de extranjería en relación con los derechos de educación; huelga y tutela judicial efectiva, reconocidos respectivamente en los arts. 27, 28 y 24 CE, y, paralelamente, reconociendo la plena titularidad y el pleno disfrute de los mismos a los inmigrantes, independientemente de cuál sea su situación administrativa, y declarando la inconstitucionalidad de los preceptos legales que limitan, más allá de su contenido constitucionalmente declarado, los derechos de reunión, manifestación y asociación.

Este nuevo régimen en materia de derechos y libertades de los extranjeros, va a determinar que en el tratamiento de la igualdad entre nacionales y extranjeros, y entre estos últimos dependiendo de cuál sea la regularidad de su situación, no pueda establecerse ninguna distinción sobre determinados derechos y libertades, reconociéndose, por consiguiente su igualdad, por venir así proclamada constitucionalmente según la interpretación sistemática que el TC hace de nuestra Norma Fundamental.

El tratamiento del ámbito de derechos y libertades de los inmigrantes no puede ser reducido unívocamente, ya que el reconocimiento constitucional de los derechos y libertades admite variedad de tratamientos. El TC ha reconocido al legislador la posibilidad de optar por una de las varias opciones que, en materia de extranjería, caben en la Constitución. Sin embargo, paralelamente, la reciente jurisprudencia constitucional

¹² MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Derecho Constitucional español*, Valencia, San Pablo CEU, 1995, págs. 78-79.

¹³ PAREJO ALFONSO, L., «Constitución y valores del ordenamiento» en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al Prof. García de Enterría*, Vol. 1. Madrid, Civitas, 1991, pág. 109.

en materia de derechos y libertades de los inmigrantes niega al legislador la posibilidad de restringir más allá de su contenido constitucionalmente declarado, interpretado de acuerdo con el Derecho Convencional Internacional, determinados derechos que, bien vinculados a la dignidad, o al libre desarrollo de la personalidad, fundamentos del orden político y la paz social (art. 10 CE), bien reconocidos por la Constitución a todas las personas dependientes de la jurisdicción estatal, no contemplan distinción entre las personas inmigrantes en razón de su situación administrativa. Reconocer la titularidad de estos derechos, y prohibir su ejercicio cuando la situación del inmigrante no está regularizada, es tanto como la negación del derecho en cuestión.

Existe un ámbito de derechos y libertades de los que los inmigrantes, son titulares, y los ejercerán en las mismas condiciones que los nacionales, sin que, por lo tanto, las posibles leyes de desarrollo puedan establecer limitaciones específicas para ellos.

En este marco, derechos como el derecho a la vida (art. 15.1) –STC 107/1984, de 23 de noviembre–; el derecho a la integridad física y moral –STC 107/1984, de 23 de noviembre–; el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1) –STC 107/1984, de 23 de noviembre–; el derecho a la libertad y a la seguridad (art. 17.1) –STC 115/1987, de 7 de julio–; el derecho a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen y al honor (art. 18.1) –SSTC 170/1987, de 30 de octubre; y 20/1992 de 14 de febrero–; el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2) y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3) –STC 22/1984, de 17 de febrero–; los derechos de libre expresión y de información (art. 20.1) –STC 62/1982, de 15 de octubre–; los derechos de reunión y manifestación (art. 21) –STC 236/2007, de 7 de noviembre–; el derecho de asociación (art. 22) –STC 236/2007, de 7 de noviembre–; los derechos reconocidos en el art. 24 CE –STC 95/2003, criterio mantenido por la STC 236/2007, de 7 de noviembre–; el principio de legalidad penal (art. 25); el derecho a la educación obligatoria y no obligatoria (art. 27) –STC 236/2007, de 7 de noviembre–; el derecho a la libertad sindical (art. 28.1) –STC 236/2007, de 7 de noviembre– y el derecho a la huelga (art. 28.2) –STC 259/2007, de 19 de diciembre–, deben ser reconocidos por la legislación de extranjería en igualdad de condiciones que a los nacionales.

La titularidad del resto de derechos y libertades reconocidos constitucionalmente, y su forma de ejercicio, podrá ser delimitada por el legislador orgánico, teniendo en consideración la manera en que los reconoce la propia Constitución, interpretada de acuerdo con lo regulado por el Derecho Convencional Internacional, y con las limitaciones estudiadas.

Este nuevo estatus en materia de derechos y libertades de los extranjeros, no admite restricciones por razón de nacionalidad, de manera tal que la reforma en la legislación de extranjería que actualmente está en trámite parlamentario¹⁴, deberá respetarlo de manera escrupulosa.

¹⁴ El texto original del Proyecto de Ley orgánica de reforma de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, puede consultarse en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, nº 31-1, de 1 de julio de 2009. El texto completo de enmiendas parciales puede verse en el *BOCG* de 9 de octubre de 2009.

Dos son las causas que se encuentran en la justificación de la reforma que se está tramitando: a) la necesidad de incorporar a la LO 4/2000 la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos y libertades de los extranjeros, y b), la necesidad de incorporar a la legislación las Directivas europeas sobre inmigración¹⁵ que, bien están pendientes de transposición, o bien no se han transpuesto de manera plena.

El Proyecto de reforma, introduce importantes modificaciones en el marco de derechos, libertades y obligaciones de los extranjeros, reconociendo los derechos fundamentales a los extranjeros, cualquiera que sea su situación en España, y estableciendo un sistema progresivo de acceso a los otros derechos basado en el refuerzo del estatus jurídico, ligado al período de residencia legal, destacando la nueva regulación que se otorga a los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga, y al derecho a la educación y la asistencia jurídica gratuita, de acuerdo con los términos señalados por el TC.

También hace una nueva regulación del derecho a la reagrupación familiar, ajustando la legislación española a lo dispuesto en la Directiva 2003/86/CEE, de 22 de septiembre, y acotando los beneficiarios de este derecho a los familiares que integran la familia nuclear: se equipara a la pareja que tenga con el reagrupante análoga relación de afectividad que el cónyuge¹⁶, pero se limita la reagrupación de ascendentes a los mayores de sesenta y cinco años, aunque se prevé que puedan existir razones humanitarias que permitan la reagrupación de inmigrantes con edades inferiores, con ello se limitan los efectos que sobre el mercado laboral y la ordenación de los flujos migratorios pudiera tener la reagrupación de ascendientes que se encontraran en situación de trabajar.

Las modificaciones introducidas por la reforma, tienen por objeto incorporar al texto de la ley las disposiciones contenidas en la llamada Directiva de retorno (Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre), aumentando el plazo de internamiento de 40 a 60 días, medida que ofrece importantes dudas de inconstitucionalidad.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Todos los derechos del Título I CE son derechos constitucionales, y por consiguiente habrá que tener en cuenta cual es el contenido que la Constitución, como parámetro principal, reconoce.

¹⁵ Dichas directivas son: Directiva 2003/111/CE, del Consejo, de 25 de noviembre; Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre; Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril; Directiva 2004/82/CE, del Consejo, de 29 de abril; Directiva 2004/114/CE, del Consejo de 13 de diciembre; Directiva 2005/71/CE, del Consejo, de 12 de octubre y la Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia legal, conocida como «Directiva de retorno».

¹⁶ La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de abril de 1986, en aplicación de los principios de libre circulación de personas y de no discriminación, ha declarado que los Estados de la UE deben reconocer efectos jurídicos a las uniones no maritales de ciudadanos de Estados en los que estas figuras tienen pleno reconocimiento jurídico.

No creemos acertado entender que todos los derechos y libertades a que hace referencia el art. 13.1 sean derechos de configuración legal. El alcance y contenido de todos los derechos no puede ser configurado por los Instrumentos Internacionales sobre la materia o por la ley, puesto que son derechos constitucionales, por ello, la remisión general realizada por el art. 13.1 CE a los Tratados y a la ley, no puede ser aplicada con esta generalidad que parece derivarse del precepto constitucional. Tampoco consideramos válido que la titularidad y disfrute de derechos y libertades por los inmigrantes deba hacerse, exclusivamente, sobre la base de considerarlos en mayor o menor medida vinculados a la dignidad humana, porque elaborar una clasificación de los derechos y libertades de los inmigrantes basándose exclusivamente en su mayor o menor vinculación con dicha dignidad es una tarea muy difícil, y ello no sólo por la propia labilidad del concepto dignidad de la persona, sino porque todos los derechos fundamentales y las libertades públicas están vinculados y forman parte de la propia consideración del concepto dignidad¹⁷, como libre autodeterminación de la persona. La dignidad humana es real en la medida en que al individuo, con independencia de su origen nacional, se le reconocen un abanico amplio de derechos y libertades que le permitan autodeterminar su vida y su existencia.

El legislador no tiene una libertad ilimitada de restricción, puesto que una cosa es autorizar diferencias entre los extranjeros y los nacionales, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales. Si los inmigrantes son titulares de derechos fundamentales, existe un contenido derivado del propio Texto constitucional que el legislador ha de respetar, por lo que su libertad de configuración está limitada, es decir, la libertad de limitación no es ilimitada, y para que los límites o los condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros hay que tener en cuenta los principios elaborados por el TEDH, y aplicados por el propio TC, en virtud de los cuales, para que los condicionamientos sean legítimos es preciso, en primer lugar, que éstos hayan sido previstos en la ley; en segundo lugar, estas limitaciones deben ser necesarias para la defensa del derecho que se trate en una sociedad democrática, necesidad que no se justifica en la mera oportunidad política, sino en la necesaria finalidad legítima; y en tercer lugar, que el condicionamiento sea proporcional con el fin legítimo perseguido.

Respecto al criterio de residencia legal, tampoco podemos obviar que la limitación general del goce de los derechos y libertades a los extranjeros residentes resulta desorbitada puesto que en muchos casos nos hallamos ante derechos humanos fundamentales que la Constitución y los Tratados Internacionales predicán de toda persona, con independencia de su nacionalidad o del lugar en que se encuentren. La distinción entre los no nacionales que se encuentran en un Estado en situación regular de aquellos cuya estancia es irregular, es importante en relación con el derecho legítimo que puede corresponder a todo Estado de sancionar la entrada o permanencia irregular de inmigrantes y en orden a la consecuencia de su expulsión, pero una cosa muy distinta es el que respecto de tales inmigrantes, los poderes públicos no

¹⁷ VIDAL FUEYO, C., «La Nueva Ley de Extranjería a la luz del Texto Constitucional» en *REDC*, nº 62, 2001, pág. 190.

tengan obligaciones reconocidas, tanto por la propia Constitución en su Título I, como internacionalmente, de manera que se pueda negar la protección de los derechos humanos de dichas personas mientras se encuentran en el territorio del Estado, porque se encuentran bajo su jurisdicción, y el Estado debe de garantizar la protección de sus derechos humanos dentro del ejercicio, tanto de sus obligaciones constitucionales, como internacionales. Si, como ha afirmado PRIETO SANCHIS¹⁸ al abordar el tema de la universalidad de los derechos fundamentales, el rasgo de la universalidad tiene que ver con las personas implicadas en la relación jurídica nacida de un derecho fundamental y puede referirse tanto a los titulares del derecho como a los sujetos de la obligación, desde la primera perspectiva, la universalidad implicaría que el derecho en cuestión pertenece a toda persona sin excepción, de modo que la cualidad «ser humano» sería condición necesaria y suficiente para gozar de un derecho. De ser así, es claro que los derechos reconocidos en un ordenamiento no pueden reputarse nunca universales por la obvia razón de que todos los sistemas jurídicos conocidos presentan un ámbito de validez limitado, pero esta dificultad puede superarse considerando que un derecho será universal cuando su ejercicio se atribuya a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado, y este Estado está obligado al ejercicio de sus obligaciones constitucionales e internacionales.

La Constitución constituye, de acuerdo con lo hasta aquí tratado, el parámetro para la fijación del estatus de los derechos y libertades del inmigrante. Y en cuanto parámetro primero y primario para la determinación de este estatus, hemos tenido ocasión de ver cómo el artículo 13 CE no constituye el único precepto que determina de qué derechos y libertades son titulares los inmigrantes que se encuentran en territorio español, ni cómo podrán ser ejercidos. Por el contrario, una interpretación sistemática de la Norma Suprema implica que en la determinación de este estatus habrá que atenerse a la voluntad y el deseo de los constituyentes, expresado en el artículo 10.1 que convierte a la dignidad del hombre y los derechos que le son inherentes en fundamento del orden político y de la paz social; en el propio Preámbulo y en el artículo 1.1, tanto al definir el modelo de Estado, como al proclamar los valores superiores del ordenamiento jurídico —en especial la libertad y la igualdad—, así como en la sumisión y vinculación que para los poderes públicos suponen los derechos y libertades constitucionales, y los mandatos derivados de los artículos 9 y 53 CE, todo ello sin olvidar la posición que respecto a los derechos y libertades ocupan, como criterio interpretativo, los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia de derechos, de los que España es parte, y que integran nuestro ordenamiento jurídico (art. 96 CE).

Una interpretación integradora del texto, combinada con otras reglas interpretativas, nos llevará a la conclusión, siguiendo a ALZAGA VILLAAMIL¹⁹, de que nuestra Constitución ha construido una amplia, generosa y avanzada defensa y tutela de los derechos de los inmigrantes, que permite a éstos disfrutar de una serie de derechos y libertades no comparable a los que poseen en, prácticamente, ningún país del mundo.

¹⁸ En *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1980, pág. 80.

¹⁹ ALZAGA VILLAAMIL, Ó., *et. Alli.*, *Derecho Político español según la Constitución Española de 1978*. Vol. II Derechos Fundamentales y órganos del Estado. Madrid, CERA, 1998, pág. 53.

RESUMEN: El TC ha resuelto los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LO 4/2000 sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su versión dada por LO 8/2000. En sus resoluciones, el TC no sólo ha sentado un nuevo estatus en materia de derechos y libertades de los inmigrantes, sino que también ha modulado las potestades del legislador orgánico de los derechos.

PALABRAS CLAVE: Derechos y libertades de los inmigrantes; integración social; Tribunal Constitucional; Ley Orgánica de derechos y libertades de los extranjeros en España.

ABSTRACT: The Spanish Constitutional Court has come to conclusions regarding the no constitutional appeal promoted against Organic Law 4/2000 related to Rights and Liberties for foreiners in Spain and their social integration in its version given by Organic Law 8/2000. In their resolution, the Spanish Constitutional Court has not only fixed the bases of a new status in rights and liberties for foreiners but also has defined the faculties from Court and Law/Justice.

KEY WORDS: Rights and Liberties for foreiners; social integration; Constitutional Court; Organic Law related to Rights and Liberties for foreiners in Spain.

LA MIGRACIÓN CIRCULAR. UNA NUEVA PERSPECTIVA COMUNITARIA EN LA GESTIÓN DE LAS MIGRACIONES

MARINA VARGAS GÓMEZ-URRUTIA
Profesora de Derecho Internacional Privado. UNED

SUMARIO: I. Introducción. II. La noción de *migración circular* en la Unión Europea. III. Encaje de las formas de migración circular en el espacio comunitario. IV. Posibilidades legislativas para su aplicación práctica. V. La migración circular y el modelo de «La Haya» de cooperación internacional. VI. Consideraciones conclusivas.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo tiene por finalidad poner de relieve las posibilidades de un modelo de gestión migratoria conocido como *migración temporal circular*. Este modelo migratorio toma forma en el contexto de la *Política Común de Emigración para Europa: principios, medidas e instrumentos*, tal y como fue definida por la Comisión en su Comunicación de 17 de junio de 2008 (COM(2008) 359 final) y en donde quedan trazadas las líneas generales (*principios comunes*) sobre las que debe articularse la política común de inmigración y su futura aplicación con vistas al programa quinquenal 2009/2013, incluido el modelo de migración circular.

No estamos ante un modelo de gestión migratoria desconocido. De hecho viene aplicándose en el marco de algunos programas bilaterales auspiciados por la OIM, como el PROGRAMA DE TRABAJADORES AGRÍCOLAS DE CANADÁ con Guatemala y México¹ o los Programas MIDA de la Unión Europea (MIGRACIÓN PARA EL DESARROLLO EN

¹ Programa de Trabajadores Agrícolas Temporales de Canadá (2ª evaluación), *Cuadernos de Trabajo sobre Migración*, Núm. 25, OIM, marzo 2008.

ÁFRICA) con algunos países africanos². En el marco de las Naciones Unidas, el Programa TOKTEN (*Transfer of Knowledge Through Expatriate Nationals*) subvenciona el retorno voluntario de profesionales a sus países, por un periodo corto de tiempo, con la finalidad de transmitir los conocimientos adquiridos en el extranjero³. También los Estados europeos vienen llevando a cabo Programas bilaterales que plasman en Acuerdos Marcos de mano de obra con algunos de los elementos típicos de la *migración circular*⁴. Sin embargo, no existe una verdadera reglamentación a escala mundial de contratación de mano de obra extranjera; ausencia que puede frustrar el objetivo del codesarrollo y que, en gran medida, está facilitando el reclutamiento de mano de obra extranjera altamente cualificada y el desplazamiento de los mejores cuadros técnicos a través del mundo (*body shopping*)⁵.

Si nos cuestionamos acerca de la necesidad de impulsar este modelo de gestión migratoria baste con señalar que la migración internacional sigue ofreciendo oportunidades de crecimiento y desarrollo sostenible para los países de destino y de origen, incluso en tiempos de crisis como el presente. Es de común conocimiento que uno de los efectos inmediatos de la crisis económica es la destrucción de empleo con el consiguiente afloramiento de «nuevas bolsas de irregularidad». Se trata de extranjeros que tras lograr su regularización, no sin dificultad, han vuelto a situaciones de «semi clandestinidad» por causa de irregularidad sobrevenida al no poder renovar los permisos de residencia, lo que conlleva en muchos casos la pérdida de la situación de residencia y el consiguiente riesgo de expulsión.

A nuestro parecer existen posibilidades de revertir –o al menos paliar– esta grave situación si asumimos los desafíos de la crisis económica con ciertas dosis de imaginación y, sobre todo, si aprovechamos las posibilidades que la migración circular ofrece para los mercados de trabajo.

Ya hemos indicado que existe un consenso generalizado en la Unión Europea sobre las oportunidades de la *migración circular* en el espacio comunitario. Así, en diciembre de 2006 el Consejo Europeo declaró la necesidad de explorar los medios de facilitar la migración circular y temporal⁶. El proceso de consulta y debate abierto culminó con la Comunicación de julio de 2007 en la que se proponía una definición comunitaria de la migración circular y dos formas de ponerla en práctica. Se insistió en la necesidad de adoptar medidas que facilitasen su aplicación sin que hasta la fecha se haya avanzado en el marco legislativo necesario para su puesta en práctica.

² Sobre la valoración de estos programas *vid.*, A. BUSTINDUY, «La importancia de la implicación de los actores del Sur en el codesarrollo. Lecciones aprendidas del programa MIDA», Colección Análisis, CIDEAL. Disponible en Internet: <http://www.codesarrollo-cideal.org/revista/02/analisis.pdf>.

³ J. BELLAVISTA/V. RENOVELL (coords), *Ciencia, tecnología e innovación en América Latina*, Universidad de Barcelona, 1999, pp. 44 ss.

⁴ Véase nota 10.

⁵ COMMISSION MONDIALE SUR LA DIMENSION SOCIALE DE LA MONDIALISATION, «Une mondialisation juste. Créer des opportunités pour tous», BIT, Genève, 2004, p. 107.

⁶ Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo. Bruselas, 14-15 diciembre 2006. Doc. 16879/1/06 de 12 febrero.

La cuestión más delicada parece ser el logro del consenso preciso para el establecimiento de medidas legales y operativas que posibiliten su efectiva aplicación. Quizá sea debido a que las medidas legislativas que pueden incentivar la circularidad no solo han de estimular la salida del país de residencia (retorno) durante determinados períodos de tiempo –sin perder el estatuto de residente adquirido– sino también han de facilitar los trámites de re-admisión (regreso) e instalación cuando la persona que haya residido legalmente en un determinado Estado miembro haya retornado a su país de origen y desee volver por un tiempo determinado a la UE.

Sobre la base de estas consideraciones preliminares, propongo abordar tres aspectos concretos de utilidad para las posibles medidas legislativas que promuevan la circularidad. En primer lugar, el concepto de migración temporal circular adoptado por la Unión Europea. En segundo lugar, las formas o modalidades más relevantes que podrían adoptarse. Y, por último, las posibilidades reales de su puesta en práctica, con especial incidencia en el mecanismo de cooperación de autoridades del *sistema de La Haya*.

II. LA NOCIÓN DE *MIGRACIÓN CIRCULAR* EN LA UNIÓN EUROPEA

El Foro Mundial sobre Migración y Desarrollo, celebrado en Bruselas en el mes de julio de 2007, planteó la *migración circular* como una herramienta eficaz de desarrollo y como un objetivo político concreto a incorporar en las legislaciones nacionales y en proyectos bilaterales que pongan a prueba la viabilidad del concepto. En este sentido, el concepto de *circularidad* adquiere un renovado interés para la comunidad internacional y ello en dos aspectos esenciales: primero, porque para los países de origen se considera como una medida positiva para potenciar su desarrollo; y, segundo, porque para los países de destino, si se gestiona convenientemente, permite satisfacer de modo eficaz y con flexibilidad las demandas laborales, mejorar la gestión de la circulación legal de personas y luchar contra la inmigración irregular.

Según el concepto adoptado en dicho Foro Mundial por *migración circular* y multidireccional debe entenderse «el movimiento fluido de personas entre países, relacionada con las necesidades laborales en el país de origen y de destino, para beneficio de todos»⁷. En este sentido, es concebida como un nuevo modo de gestionar la circulación legal de personas y es definida como «un movimiento de personas que no modifican su residencia habitual y que en ningún momento puede transformarse en migración definitiva»⁸.

⁷ Sobre el concepto y perspectivas, P. LEVITT/N. NYBERG SORESENSEN, «Global Migration Perspectives: The Transnational Turn in Migration Studies», en *Global Migration Perspectives*, Global Commission on International Migration, Núm. 6, octubre 2004. Disponible en Internet: http://www.transnational-studies.org/pdfs/global_migration_persp.pdf.

⁸ K. NEWLAND, «Migración circular, tendencias empíricas y políticas» (Conferencia 1-2-2008), citado en *Cuadernos de Trabajo sobre Migración*, OIM, Núm. 25, 2008, nota 1.

La Unión Europea, por su parte, construye la noción sobre la idea de gestión. Se trataría de una forma de circulación legal de personas que habría de permitir un alto grado de movilidad legal entre dos países, en uno y otro sentido. Esta noción, adoptada en el mencionado Consejo Europeo de diciembre de 2006, no es del todo novedosa. Ha sido tomada de la OIT que viene aplicándola en algunos programas sectoriales, generalmente agrícolas, y siempre en el marco de la promoción del desarrollo sostenible y para evitar la fuga de cerebros.

Cabría agregar que el verdadero interés en el incentivo de la «circularidad» en el marco de la política migratoria de la Unión Europea radica en dos ideas. En primer lugar, porque se piensa que permitiría revertir la tendencia a la estabilidad-permanencia de los emigrantes económicos, que ha venido propiciada por las políticas nacionales de muchos Estados de la Unión. En segundo lugar, este incentivo implicaría de inmediato dos consecuencias importantes: de un lado, la necesidad de conciliar realmente política migratoria y desarrollo sostenible; y, de otro lado, la necesidad de conferir un sentido diferente a la noción tradicional de la *integración en la sociedad de acogida*, lo que implica, a su vez, la aceptación de la *transnacionalidad* en el sentido de una integración simultánea en varias comunidades sociales.

III. ENCAJE DE LAS FORMAS DE MIGRACIÓN CIRCULAR EN EL ESPACIO COMUNITARIO

En su Comunicación de julio de 2007, la Comisión ya avanzó las posibles formas para la puesta en práctica de este modelo migratorio. Insistía, además, en la necesidad de adoptar medidas que faciliten su aplicación y gestión.

Partiendo de una definición común que concibe la *migración circular* como una forma de circulación legal de personas cuya gestión ha de permitir un alto grado de movilidad legal entre dos países en uno y otro sentido, las formas que esta gestión puede adoptar en el contexto de la Unión Europea son básicamente dos:

a) *La migración circular de nacionales de terceros países ya establecidos en la UE*. La idea es facilitar a los inmigrantes ya residentes legales la posibilidad de retornar a su país de origen con el fin de dedicarse a una actividad (empresarial, profesional o de otro tipo) conservando al mismo tiempo su residencia principal en el Estado miembro en donde haya venido residiendo. Esta modalidad, de carácter voluntario, sólo se aplicaría a determinados grupos de inmigrantes ya residentes. En concreto, a trabajadores extranjeros «empresarios» que trabajen en la UE y deseen iniciar en su país de origen, o en otro país no comunitario, una actividad; y, a médicos, profesores y otros profesionales que deseen apoyar a su país de origen llevando a cabo en él parte de su actividad laboral.

b) *La migración circular de personas que residen en un tercer país*. Su objetivo consiste en permitir la entrada temporal en la UE con la finalidad de trabajar, estudiar o formarse o una combinación de estas tres situaciones, a condición de que al finalizar el período se restablezca la residencia y actividad principal de los interesados en su país de origen. La *circularidad* permitiría conservar un cierto grado de movili-

dad privilegiada para viajar a la UE, por ejemplo, mediante procedimientos simplificados de admisión. Esta categoría comprendería una serie de situaciones orientadas a determinados nacionales extracomunitarios. En concreto: aquellos que deseen trabajar temporalmente en la UE en empleos estacionales; los estudiantes que deseen formarse en Europa y los estudiantes que después de acabar sus estudios y antes de volver a su país deseen ser empleados en la UE para adquirir una experiencia profesional difícil de adquirir en su país de origen; los investigadores que deseen llevar a cabo un proyecto de investigación en la UE; las personas que deseen participar en intercambios interculturales y otras actividades en el campo de la cultura, la ciudadanía activa, la educación y la juventud (por ejemplo, cursos de formación seminarios, actos y visitas de estudios); y, las personas que deseen llevar a cabo un servicio voluntario no remunerado que persigan objetivos de interés general en la UE.

Parece evidente que el establecimiento de políticas comunitarias que fomenten la *migración circular* va a requerir ajustes o modificaciones en la legislación comunitaria y, por ende, en las legislaciones internas de los Estados miembros. Las reticencias podrían disiparse si recordamos que tanto la Unión como muchos de sus Estados miembros cuentan ya con programas bilaterales plasmados en Tratados que promueven cierta *circularidad*. El caso español ha sido destacado como un buen ejemplo de Acuerdos marco de cooperación en materia de inmigración⁹.

IV. POSIBILIDADES LEGISLATIVAS PARA SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Como hemos indicado, no existe un marco legislativo armonizado que incorpore

⁹ En España es posible distinguir tres tipos de acuerdos bilaterales de mano de obra con alcance y contenido distinto. En primer lugar, el *Acuerdo sobre mano de obra entre España y el Reino de Marruecos* (BOE 226, de 20-9-2001) que regula y ordena la inmigración con dicho país sin establecer un sistema o modelo circular temporal. En segundo lugar, en el marco de los programas de codesarrollo, se sitúan los *Acuerdos Marco de Cooperación en materia de Inmigración* resultado de los programas bilaterales más recientes destinados a frenar la fuerte presión migratoria subsahariana sobre las costas españolas y concluidos, respectivamente, con la República de Mali (BOE 135, de 4-6.-2008), la República de Cabo Verde (BOE 39, de 14-2-2008), la República islámica de Mauritania (BOE 260, de 30-10-2007), la República de Guinea Conakry (BOE 26, de 30-1-2007) y la República de Gambia (BOE 310, de 28-12-2006). En tercer lugar, la dinámica migratoria de España con América Latina presenta rasgos diferentes, debido no sólo a los lazos históricos con los países hermanos, sino también a la existencia de convenios bilaterales laborales muy antiguos que han debido denunciarse y adaptarse a la política migratoria común-comunitaria. La perspectiva del *retorno sostenible* es el elemento característico de estos *Acuerdos sobre regulación y ordenación de flujos laborales* firmados con la República de Colombia (BOE 159, de 4-7-2001), la República del Ecuador (BOE 164, de 10-7-2001) y la República Dominicana (BOE 31, de 5-5-2002). El *Acuerdo para la cooperación en materia de inmigración* con la República del Perú (BOE 237, de 1-10-2004) se aparta de los anteriores, pues no pretende la ordenación laboral de las migraciones, sino facilitar y promover la cooperación entre las autoridades competentes de ambos países para la formación de funcionarios de enlace, intercambio de información e investigación policial.

la *migración circular* en la Unión Europea¹⁰. Por el momento se apuntan medidas que incentivarían la *circularidad* respecto de la admisión de algunas categorías de inmigrantes tanto en algunos instrumentos normativos en fase de preparación como en ciertas Directivas ya plenamente aplicables.

En principio se trataría de permitir que todas o algunas de las categorías de residentes extracomunitarios pudieran salir del país de residencia durante determinados períodos de tiempo sin perder su estatuto migratorio, así como facilitar los trámites de admisión y/o regreso cuando una persona ya haya residido legalmente en un determinado Estado miembro, haya retornado a su país de origen y desee volver por un tiempo determinado a la Unión Europea.

Por ejemplo, en la Propuesta de *Directiva sobre admisión de inmigrantes con alto nivel de formación*, las medidas de estímulo de la *circularidad* se centrarían en facilitar los procedimientos de admisión de personas que ya hayan residido legalmente en la UE durante cierto tiempo (por trabajo, estudios u otros tipos de formación). En la Propuesta de *Directiva sobre la admisión de inmigrantes estacionales*, la principal medida para estimular la *circularidad* sería la introducción de un permiso plurianual de residencia y trabajo para inmigrantes estacionales, que les permita regresar varios años seguidos sin necesidad de realizar de nuevo los trámites de admisión. Finalmente, en la Propuesta de *Directiva sobre admisión de personas en prácticas remuneradas*, la *circularidad* contemplaría la posibilidad de que estas personas puedan regresar a la UE por períodos limitados para recibir formación adicional y en su caso mejorar su formación¹¹.

En cuanto a los instrumentos normativos ya existentes son tres Directivas que podrían incorporar medidas para promover la *circularidad*.

Así, en la *Directiva 2003/109/CE relativa al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración*¹², que prevé la pérdida del estatuto de residente de larga duración en caso de ausencia por tiempo superior a 12 meses consecutivos, se sugiere la ampliación de período hasta dos o tres años.

En relación a las otras dos Directivas, referidas respectivamente a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (*Directiva 2004/114/CE*¹³) y al establecimiento de un procedimiento específico de admisión de

¹⁰ Como ya hemos señalado en otro lugar, cabría aprovechar esta experiencia de la práctica española y promover durante la Presidencia española de la UE un modelo de gestión circular respetuoso con los derechos fundamentales. *Vid.*, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «Propuestas y posibilidades reales para facilitar la migración circular en tiempos de crisis», en *Novenas Jornadas Extraordinarias AEP-DIRI-ESCUELA DIPLOMÁTICA*, Madrid, 3-4 de junio de 2009 (en prensa).

¹¹ Comunicación de la Comisión - Plan de Política en Materia de Migración Legal. SEC(2005) 1680.

¹² DIRECTIVA 2003/109/CE, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DO L 16 de 23-1-2004).

¹³ DIRECTIVA 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DO L 375 de 23-12-2004).

nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (*Directiva 2005/71/CE*¹⁴), las alternativas para incentivar la *circularidad* afectan a varios aspectos. Así, el establecimiento de permisos múltiples de entrada que permitan ausentarse del territorio de la UE sin perder los derechos de residencia, la simplificación con carácter general de los procedimientos de admisión respecto de quienes ya hubieran trabajado anteriormente como investigadores o estudiantes en la UE, siempre que vuelvan a su país de origen al finalizar el período.

Con un alcance más amplio, se puede pensar en la posibilidad de vincular ambas Directivas permitiendo procedimientos más sencillos de admisión cuando se trate de estudiantes que, tras terminar los estudios, deseen continuar como investigadores en el país de destino. La condición del retorno al país de origen puede desincentivar la contratación por lo que se permitiría a los Estados miembros autorizar el cambio de situación migratoria *in situ*; es decir, sin necesidad de retornar al país de origen y siempre que la modificación se solicite con anterioridad a la expiración del permiso de estudios, situación que de hecho ya contemplan muchas legislaciones nacionales, entre ellas la española, aunque con fuertes limitaciones.

Por último, conviene recordar que para que estas medidas sean *eficaces* y *seguras* se requiere una estrecha cooperación con los países de origen, no sólo en el campo de la migración sino también en otros ámbitos vinculados a la misma como el empleo, la política social, la enseñanza y la formación.

Como ya se ha indicado, una cooperación en el nivel multilateral ha sido insistentemente subrayada en las diversas instancias¹⁵ y foros internacionales¹⁶. Se trata de una perspectiva de la gestión migratoria circular que difiere de la contemplada en los clásicos acuerdos bilaterales sobre trabajadores migrantes que, desde sus primeras formulaciones en los albores del siglo XX¹⁷, siguen conformando el *corpus* internacional-bilateral más relevante de la regulación y ordenación legal de las migraciones laborales¹⁸.

¹⁴ DIRECTIVA 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DO L 289 de 3-11-2005).

¹⁵ Junto a los grupos especializados de la OIM, de la OIT y de la Comisión Europea, el tema ha sido objeto de estudio por la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) en el Foro celebrado en Montevideo (Uruguay) con ocasión de la XVI Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno (noviembre 2006) que culminó con el «Compromiso de Montevideo sobre Migraciones y Desarrollo». Disponible en Internet: http://www.xvicumbre.org.uy/pdf/xvi_compromiso.pdf.

¹⁶ *Vid.*, «Quelques réflexions sur l'utilité d'appliquer certaines techniques de coopération internationale développées par la conférence de La Haye de droit international privé aux questions de migration internationale». Note établie par le Bureau permanent. Doc. Prel.6 de mars 2008, disponible en Internet: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd06f2008.pdf

¹⁷ Sobre el desarrollo y modernización de los acuerdos bilaterales, M. LÓ DIATTA, «L'évolution des accords bilatéraux sur les travailleurs migrants», en *Journal du droit international*, Núm. 4, 2007, pp. 101-131.

¹⁸ Un arsenal de acuerdos bilaterales de última generación sobre migración y cooperación al desarrollo han sido concluidos entre 1990 y 2003. Su relación en *Estudios sobre migraciones internacionales*, Núm. 65, OIT, 2004, Anexo I.

En esta línea convendría reflexionar acerca de la viabilidad de aplicar la técnica de cooperación internacional propia de los Convenios la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado a ciertos aspectos de la gestión migratoria circular así como los aspectos concretos susceptibles de ser incluidos bajo esta técnica¹⁹. A su examen dedicamos el último apartado de este trabajo.

V. LA MIGRACIÓN CIRCULAR Y EL MODELO DE «LA HAYA» DE COOPERACIÓN INTERNACIONAL

Desde el año 2006 la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado viene mostrando un extraordinario interés en abrir una reflexión acerca de la posibilidad de aplicar sus técnicas de cooperación internacional a ciertos aspectos de las migraciones internacionales. Una reflexión que, tomando en consideración el papel de las Autoridades Centrales en algunos de los Convenios de La Haya y la experiencia extraída de la práctica, tendría como objetivo contrastar la viabilidad del *sistema de La Haya de cooperación internacional* en la gestión de programas de *migración temporal o circular*, incluida la organización del retorno, la transferencia de fondos y el establecimiento de un sistema de acuerdos y de regulación de autoridades intermediarias²⁰.

La vinculación o relación entre los trabajos de la Conferencia de La Haya y las migraciones internacionales queda patente por el hecho de que muchas cuestiones que surgen como consecuencia de los movimientos transfronterizos de personas pertenecen al Derecho internacional privado²¹. Así, los matrimonios y divorcios internacionales, la protección jurídica de menores (incluido el traslado ilícito o «secuestro internacional») y de adultos vulnerables (entre los que figuran los migrantes mayores, por ejemplo los ascendientes en la reagrupación familiar), los regímenes matrimoniales y de sucesiones o el pago internacional de alimentos. La Conferencia de La Haya ha elaborado un importante *corpus* convencional multilateral sobre estas materias (los Convenios de La Haya²²) y se considera que una más extensa ratificación de los mismos contribuiría a resolver, con orden y certidumbre jurídica, muchos problemas de tráfico externo en un entorno de fuerte presión migratoria internacional.

¹⁹ Doc. Prél. n° 8 de mars 2006 sur les affaires générales et la politique de la Conférence ; Conférence de La Haye de droit international privé, «Recommandations et Conclusions du Conseil sur les affaires générales et la politique», 2-4 avril 2007, Conclusion n° 6.

²⁰ Doc. Prél. n° 8 de mars 2006 sur les affaires générales et la politique de la Conférence. Voir aussi, Conférence de La Haye de droit international privé, «Recommandations et Conclusions du Conseil sur les affaires générales et la politique», 2-4 avril 2007, Conclusion n° 6.

²¹ Note établie par le Bureau Permanent. «Quelques réflexions sur l'utilité d'appliquer certaines techniques de coopération internationale développées par la conférence de La Haye de droit international privé aux questions de migration internationale». Doc. Prél.6 de mars 2008. Disponible en Internet: http://www.hcch.net/upload/wop/genaff_pd06f2008.pdf.

²² Todos los Convenios en: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=conventions.listing.

Por otra parte, el éxito de los Convenios de La Haya radica no sólo en el amplio conjunto de Estados contratantes²³ sino también en el contraste empírico de sus favorables resultados. Ello es debido tanto a la calidad técnica de la obra de La Haya como a la creación, a partir de 1964, de «verdaderos regímenes de cooperación permanente e institucionalizada mediante el establecimiento, en ciertos convenios, de Autoridades Centrales en cada uno de los Estados partes»²⁴. A decir de los profesores Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS y ALEGRÍA BORRÁS²⁵, a partir del nacimiento de este *sistema*, y su progresivo perfeccionamiento, se ha conseguido evitar graves problemas de fondo sobre los que sería muy difícil alcanzar un acuerdo, como se ha observado en el Convenio sobre adopción internacional de 1993. De otra parte, el papel activo de las autoridades nacionales también facilita obtener una pronta solución a importantes problemas humanos sin necesidad de recurrir a los jueces, según muestra por ejemplo el Convenio relativo a los aspectos civiles del secuestro de menores.

A lo que cabe agregar el riguroso procedimiento de negociación sobre el que reposan los Convenios de La Haya, preparado por especialistas de Derecho internacional privado y expertos en sistemas jurídicos comparados y en el que también participan los Estados Parte de la Conferencia así como organizaciones gubernamentales y no gubernamentales especializadas en la materia. Junto a ello, es muy importante la coordinación interna llevada a cabo por la Secretaría Permanente de la Conferencia y el seguimiento continuo del funcionamiento de los Convenios mediante informaciones periódicas, informes explicativos, manuales prácticos y guías de buenas prácticas así como reuniones periódicas para tratar problemas puntuales de cada Convenio²⁶.

Centrándonos en el objetivo de este trabajo, interesa destacar el papel activo que la técnica de cooperación internacional de La Haya atribuye a las Autoridades Centrales y su función tutelar en defensa de los intereses particulares de los solicitantes, considerados como la parte débil de la relación jurídica. Ambos aspectos constituyen las características más destacables del modelo de cooperación internacional de La Haya y que, a juicio de la Secretaría Permanente de la Conferencia, podrían ser aplicadas a la gestión de la *migración temporal circular* en un marco normativo multilateral.

²³ Por ejemplo, el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores o el Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional con 81 y 75 Estados contratantes, respectivamente. En Internet: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=10#family.

²⁴ G.A.L. DROZ, «La Conférence de La Haye et l'entraide judiciaire internationale», *R. des C.*, t. 168, 1980.

²⁵ J.D. GONZÁLEZ CAMPOS/A. BORRÁS RODRÍGUEZ, *Recopilación de convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado (1951-1993)* (traducción al castellano), Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 14.

²⁶ J.H.A. VAN LOON, «The increasing Significance of International Co-operation for the Unification of Private International Law», en: *Forty Years On: The Evolution of Postwar Private International Law in Europe*, Kluwer, Deventer, 1990, pp. 101-122.

Como se ha adelantado, a partir de la creación de la técnica de cooperación internacional de autoridades, el sistema de las Autoridades Centrales se convierte en el modelo adoptado por la Conferencia de La Haya tanto en los convenios sobre cooperación procesal internacional²⁷ como en los Convenios que regulan materias específicas (por ejemplo, la protección internacional de menores y de adultos *in genere*, la sustracción internacional de menores, la adopción internacional o el cobro internacional de alimentos). Sin entrar en el análisis evolutivo del funcionamiento y estructura de las Autoridades Centrales en el sistema convencional de La Haya²⁸, interesa destacar el *carácter bilateral de la intervención* de dichas autoridades y su *función tutelar* como elementos más relevantes del actual modelo (de La Haya).

Antes de examinar el primer elemento (*carácter bilateral de la intervención*), conviene retener que la técnica de cooperación internacional se construye en torno a una Autoridad Central creada en cada Estado contratante con el fin de centralizar y cursar las distintas solicitudes. Con carácter general, los convenios asientan una serie de premisas sobre el régimen jurídico de esta estructura: es competencia de cada Estado contratante designar su Autoridad Central y notificar dicha designación al Ministerio de Asuntos Exteriores de los Países Bajos, bien en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión o bien posteriormente. Los convenios no imponen la obligación a los Estados de crear un organismo *ex novo*, sino que el papel de Autoridad Central puede recaer en cualquiera de las autoridades ya existentes en su derecho interno y su organización es competencia del Estado que la designa²⁹.

La *intervención bilateral* de las Autoridades Centrales designadas por cada Estado contratante se traduce en una doble función, receptora y transmisora. La misma Autoridad Central recibe, de un lado, las solicitudes que le son planteadas en su Estado (por ejemplo, la solicitud de restitución de un menor o la solicitud de reconocimiento de una resolución relativa al derecho de custodia), transmitiéndola a su homónima en el Estado extranjero y, de otro lado, recibe y tramita las solicitudes que provienen de su homónima extranjera solicitando su colaboración (por ejemplo, con objetivo de lograr la localización y retorno del menor o con objeto de obtener el reconocimiento y ejecución de una determinada resolución)³⁰.

²⁷ Convenio de 18 de marzo de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil y Convenio de 25 de octubre de 1980 para facilitar el acceso internacional a la justicia. En Internet: http://www.hcch.net/index_fr.php?act=text.display&tid=10#litigation.

²⁸ G.A.L. DROZ, «Evolution du rôle des autorités administratives dans les Conventions internationales de droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye», *Etudes offertes à Pierre Bellet, Litec*, 1991, pp. 129-147. En la doctrina española: A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «El papel de la autoridad central: los Convenios de La Haya y España», *REDI*, Vol. 45 (1), 1993, pp. 63-80; S. GARCÍA CANO, «Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades en el Derecho internacional privado», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. 112, 2005, pp. 79-109.

²⁹ El sistema toma su inspiración del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero y en concreto en la estructura de la «institución intermediaria»; *vid.*, G.A.L. DROZ, «Evolution du rôle des autorités administratives...», *op. cit.*, p. 136 ss. Texto en Internet: <http://untreaty.un.org/French/sample/FrenchInternetBible/partI/chapterXX/treaty1.htm>.

³⁰ S. GARCÍA CANO, «Evolución de las técnicas de cooperación internacional entre autoridades...», *op. cit.*, p. 100.

Desde una *perspectiva normativa*, los convenios introducen un conjunto de normas materiales que establecen como premisa la obligación general de cooperar entre sí y promover la cooperación entre las autoridades competentes para alcanzar los objetivos convencionales (obligación global de cooperación *ad extra* y *ad intra*). Posteriormente enuncian un conjunto de obligaciones dirigidas a la realización del objetivo convencional en cada caso concreto (obligaciones particulares de cooperación). Mientras que en determinados supuestos estas últimas obligaciones particulares son atribuidas con carácter exclusivo a la Autoridad Central, en otros casos se admite la intervención de otras autoridades públicas e incluso de personas o de organismos privados, aunque la responsabilidad última de ejecución y resultado recae sobre la Autoridad Central designada.

Es importante resaltar que la extensión y amplitud de la *capacidad de tomar decisiones* de las Autoridades Centrales varía de un convenio a otro. Mientras que en el Convenio de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores el interesado puede prescindir de la intervención de la Autoridad Central³¹ y ésta, en el caso de ser requerida, puede admitir o rechazar en determinadas circunstancias la solicitud, en el Convenio de 1993 sobre adopción internacional de niños y cooperación internacional, los solicitantes no pueden prescindir de la intervención de la Autoridad Central y por lo tanto, una decisión de rechazo por parte de la Autoridad Central del Estado de recepción no permitirá activar el Convenio³².

Como se puede apreciar, una *intervención bilateral* de esta naturaleza propicia, de un lado, la colaboración directa y estrecha de las Autoridades Centrales dado que ejercen, en cada Estado contratante, la doble función transmisora y receptora. Al identificarse y reunirse las funciones y competencias en una sola estructura administrativa se pretende simplificar el procedimiento y eliminar la burocracia excesiva a la que lleva la multiplicación de autoridades administrativas competentes (en España, por ejemplo, intervienen tres Ministerios diferentes en la tramitación de las autorizaciones de entrada, residencia y trabajo). Desde el punto de vista de los particulares el sistema proporciona una mayor seguridad jurídica y menores costes.

Habíamos señalado la *función tutelar* de las Autoridades Centrales como segundo elemento característico del modelo de cooperación de La Haya. Al igual que sucede en el ámbito de la intervención, la función tutelar tiene un alcance diferente según sean los objetivos convencionales. Así, mientras que en los Convenios de La Haya relativos al procedimiento civil la función tutelar de la Autoridad Central tiene por objeto agilizar los procedimientos con el fin de garantizar la tutela judicial efec-

³¹ E. PÉREZ VERA, *Rapport Explicativ*, en «La sustracción internacional de menores (aspectos civiles)», II Jornadas de Derecho internacional privado, Universidad de Toledo, 1990.

³² En este Convenio de adopción, la intervención y toma de decisiones por parte de las Autoridades Centrales no se agota en la primera fase del procedimiento sino que continúa a lo largo mismo. Así, la Autoridad Central del Estado de origen decide sobre la adoptabilidad del menor, se asegura de que los consentimientos necesarios han sido otorgados y aprecia si la adopción y colocación en la familia adoptiva prevista obedece al interés superior del menor. En caso afirmativo, la Autoridad Central del Estado de recepción es consultada con objeto de que manifieste su acuerdo para continuar con el procedimiento de adopción internacional y para que apruebe la decisión adoptada por la Autoridad Central del Estado de origen de confiar al menor a los futuros padres adoptivos.

tiva de los particulares, en los Convenios sobre menores o adultos, y en general en los Convenios sobre derecho de familia, dicha función trata de realizar y garantizar bien determinados y concretos valores materiales o bien la protección, ya sea del menor, del adulto o del acreedor de alimentos, en tanto parte débil de la relación jurídica³³.

La plasmación jurídica de esta función tutelar, en el marco de la cooperación internacional, también se traduce de modo distinto en atención a los objetivos convencionales e intereses en presencia³⁴. Por ejemplo, en el Convenio de La Haya de 1993, sobre adopción internacional, la intervención de las Autoridades Centrales responde a la idea de la realización del interés del menor en coherencia con el artículo 21 del Convenio de Nueva York de 1989 sobre los Derechos del Niño³⁵ y con la nueva aproximación de la adopción internacional como un derecho fundamental del niño que ha de ser protegido y no como un derecho de los adoptantes. Por lo tanto, el fundamento de la tutela en la adopción internacional radica en que esta se realice con todas las garantías, salvaguardias y controles necesarios. Las funciones de las Autoridades Centrales no son tanto la asistencia a los futuros adoptantes cuanto que el procedimiento de adopción internacional, en todas y cada una de sus fases, se realice conforme a las pautas, salvaguardias y controles previstos en el texto convencional para garantizar el interés superior del niño. De ahí, precisamente, que las Autoridades Centrales en el marco de este Convenio posean una mayor capacidad de decisión durante el procedimiento, que supera la mera función asistencial³⁶.

Por mencionar otros ejemplos más recientes cabría fijarse en el Convenio relativo a la protección internacional de adultos (Convenio de La Haya de 2000³⁷ que toma inspiración en el Convenios relativo a la protección internacional de menores de 1996³⁸) donde la función tutelar de la intervención aparece mucho más difuminada y es trasladada en última instancia a las autoridades competentes (judiciales o ad-

³³ A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «La protección internacional del niño y del adulto como expresión de la materialización del derecho internacional privado: similitudes y contrastes», en: *Pacis Artes, Obra homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Tomo II, 2005, p. 1287 ss.

³⁴ Sobre las funciones de las Autoridades Centrales ante el bien jurídico protegido en los Convenios de La Haya, *vid.*, M. HERRANZ BALLESTEROS, *El interés del menor en los Convenios de La Haya de Derecho internacional privado*, Lex Nova, Zaragoza, 2004, pp. 205-225.

³⁵ Sobre el sistema convencional general de protección de los derechos del niño y la Conferencia de La Haya, M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, *La protección internacional de los derechos del niño*, Secretaría de Cultura del Gobierno de Jalisco, México, 1999, pp. 25 ss.

³⁶ J.H.A. VAN LOON, «International Co-operation and Protection of Children with Regard to Inter-country Adoption», *R. des C.*, t, 224, 1993, pp. 191-456.

³⁷ A. BUCHER, «La Convention de La Haye sur la protection internationale des adultes»; *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, No 1, p. 37 ss.; E. PÉREZ VERA, *La protección de los mayores de edad en el umbral del siglo XXI (Reflexiones desde la perspectiva del Derecho internacional privado)*, Discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Granada, 20 octubre 2000.

³⁸ U. CALVENTO SOLARI, «Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Convenio sobre protección de niños». Nota explicativa; *Infancia - Boletín del Instituto Interamericano del Niño*, octubre de 1997, pp. 61 ss.

ministrativas) de los Estados implicados. En efecto, estos Convenios de La Haya de carácter general reglamentan la protección internacional de categorías de personas merecedoras de una especial protección jurídica (menores y adultos) y sus objetivos no se construyen en torno a resultados concretos. Esta generalidad obliga a confiar a las autoridades competentes la máxima responsabilidad en cuanto a la concreción del interés del menor (o del adulto) y las funciones de las Autoridades Centrales se orienten principalmente a asistir otras autoridades.

A modo de conclusión provisional consideramos que el modelo de La Haya podría ser adoptado en un marco multilateral de *migración temporal circular*. La aplicación de esta técnica de Autoridades Centrales en el marco de un convenio multilateral sobre *migración temporal circular* de trabajadores es a nuestro entender viable por varias razones. En primer lugar, porque nada impide que los objetivos que inspiran la migración circular en los actuales programas y acuerdos marcos bilaterales puedan ser incorporados en un convenio multilateral. En segundo lugar, porque la intervención de las Autoridades Centrales, con la características que acabamos de apuntar, serviría para organizar la *migración circular*, respetando los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, y para prevenir la inmigración irregular. Y, en tercer lugar, un marco jurídico de cooperación internacional como el que inspira los Convenios multilaterales de La Haya permitiría superar las limitaciones que se observan en los programas y acuerdos bilaterales actualmente existentes. Además de la obligación general de cooperar se podrían unificar los procedimientos de contratación y se podrían fijar las obligaciones concretas de cooperación y de decisión de las Autoridades Centrales de cada Parte contratante, lo que dotaría al modelo de *migración temporal circular* de mayor certidumbre y garantías jurídicas. En el plano de la gestión migratoria, bajo el modelo circular, serían susceptibles de ser gestionados mediante el mecanismo de cooperación internacional del sistema de La Haya, cuando menos tres ámbitos posibles la organización del retorno, la transferencia de fondos y el establecimiento de un sistema de acuerdos y de regulación de autoridades intermediarias.

VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

1. Coincidente con la finalidad práctica de regular y ordenar los movimientos migratorios internacionales, la Unión Europea promueve la «circularidad» como incentivo en las políticas migratorias, perfilando el modelo en atención al marco normativo comunitario actualmente existente y, naturalmente, respetando las competencias de los Estados miembros en materia de extranjería e inmigración.

2. Desde un prisma de política legislativa, sería útil y oportuno promover la *migración circular* dadas las ventajas que aportaría al permitir un cierto grado de movilidad legal entre países de origen y de destino. Supondría, además, una alternativa a las situaciones de irregularidad sobrevenida que la situación económica de crisis conlleva para muchos extranjeros que no pueden renovar sus permisos de residencia.

3. De cara a los nuevos extranjeros-inmigrantes, la migración temporal circular, si se gestiona adecuadamente y con respeto a los derechos fundamentales, podría ayudar a hacer frente a la demanda internacional de empleo, a una asignación más eficaz de los recursos y al crecimiento económico.

4. Conviene insistir en que el modelo de migración circular pone el acento en la *cooperación internacional* respecto de ámbitos claramente delimitados. En concreto, permitiría llevar a cabo programas bilaterales de migración temporal de trabajadores mediante convenios entre los países de origen y los países de destino; garantizaría la organización del retorno y reinstalación de los migrantes en los casos en que así se haya convenido con los países de origen; establecería de un sistema de acuerdos y de regulación de intermediarios que intervengan en el proceso internacional migratorio; y gestionaría de modo seguro la transferencia de fondos (remesas) a los países de origen.

5. Más allá de los instrumentos normativos comunitarios en los que cabría incentivar la circularidad en los términos descritos, no debe caer en el olvido la opción multilateral. El impulso de estos ámbitos de cooperación multilateral debería tener como objetivo construir un marco jurídico (internacional) de referencia para ordenar, canalizar y/o facilitar los flujos migratorios coordinando las políticas estatales, aproximando los diversos regímenes estatales y armonizando en la medida de lo posible la normativa aplicable a la inmigración. Para ello se podrían establecer estándares jurídicos de común aplicación.

6. Con carácter específico, un marco común multilateral basado en la cooperación internacional sería particularmente útil en la puesta en práctica de la *migración circular* pues permitiría la confluencia de las políticas estatales acerca de los elementos que justifican este tipo de migración y tutelaría de modo más eficaz los objetivos e intereses en presencia. El modelo de cooperación de autoridades centrales del *sistema de La Haya* podría ser un buen comienzo si se decide emprender con rigor y respeto a los derechos fundamentales una gestión migratoria como la descrita.

RESUMEN: La migración circular está de moda en los círculos de política internacional. Los responsables políticos, tanto en instituciones nacionales como internacionales, están promoviendo medidas que faciliten el movimiento circular de migrantes entre sus países de origen y destino. Como idea principal se sostiene que los sistemas de migración circular podrían gestionarse de manera que el resultado sea «ganar-ganar-ganar». En la Unión Europea está en marcha un nuevo debate sobre esta gestión migratoria, puesto en marcha a iniciativa de los Ministros de Interior germano-franceses. Su propuesta: que los Estados de la UE trabajen más estrechamente, tanto para combatir la migración irregular como para controlar la inmigración legal, especialmente mediante el fomento de la «migración circular». Esta última idea no está exenta de críticas. Sin embargo, la perspectiva crítica no puede pasar por alto el hecho de que la iniciativa haya inyectado un nuevo impulso a la política europea de migración. Existen aspectos clave que aún deben aclararse si se quiere proporcionar una base sólida para la gestión de este modelo migratorio, aspectos sobre los que se centra este trabajo.

PALABRAS CLAVE. Migración temporal. Transnacionalidad. Migración y cooperación al desarrollo.

ABSTRACT: Circular migration appears to be the *rage in international policy circles*. A variety of policy-makers within national and international institutions are advocating measures to facilitate the movement of migrants to-and-fro between their homelands and foreign places of work. Their main idea is that circular migration systems could be managed in ways that bring proverbial 'win-win-win' results. In the EU, a new discussion on temporary labour migration is underway, set in motion by a German-French initiative. Their proposal: that the EU states work more closely both to combat illegal migration and to control legal migration, especially by fostering 'circular migration'. The latter idea in particular has been met with criticism. Yet this critical perspective overlooks the fact that the initiative has injected new momentum into the halting development of a European migration policy. At the same time, key aspects must still be clarified to provide a foundation for a sustainable immigration policy. This paper outlines several measures that could enable viable, managed circular migration systems.

KEY WORDS: Circular Migration. Transnational Network. Migration and Development.

POLÍTICA DE INMIGRACIÓN Y LA POBLACIÓN INMIGRANTE EN ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA

MAGDALENA DÍAZ GORFINKIEL

Profesora Ayudante Doctora de Sociología.

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Introducción. II. Acercamiento numérico a la realidad social de la migración. III. Aristas principales en el acercamiento a la migración: 1. *Incorporación al mercado de trabajo*. 2. *Más que trabajadores: incorporación a la sociedad de destino*. 3. *La vivencia transnacional*. IV. Consideraciones finales.

I. INTRODUCCIÓN

España comparte en la actualidad numerosas características similares a las existentes en el resto de la Unión Europea, entorno al que pertenece geográfica y socialmente. Entre los procesos sociales más representativos en la actualidad se encuentra el fenómeno migratorio, añadido a los procesos de envejecimiento de la sociedad y al nuevo papel de la mujer en ella. Por movimientos migratorios se entienden todas aquellas corrientes de personas provenientes de diversas partes del mundo que tienen como objetivo instalarse en España o en algún otro Estado de la Unión Europea. La incorporación de esta nueva población implica el surgimiento de nuevos procesos sociales, ya que la respuesta a la interacción de nuevos actores sociales no puede ser otra que la aparición de inéditas relaciones dentro de la estructura social.

El fenómeno migratorio puede ser aproximado desde muy numerosas aristas por ser, como todo fenómeno social, un fenómeno integral. La perspectiva numérica proporciona una idea de la dimensión de la cuestión mientras que un análisis

sociológico da cuenta de los cambios que se producen en diversos ámbitos sociales. No se debe olvidar un acercamiento jurídico-normativo que brinda información respecto a las posibilidades de actuación en un marco social determinado, así como refleja las preocupaciones fundamentales de esa sociedad y las formas prácticas y simbólicas que se están llevando a cabo. En este artículo se analizarán las principales transformaciones sociales que se producen en relación al fenómeno de la migración en la Unión Europea¹, mencionando los elementos clave en estas transformaciones. Se ofrecerá, por ende, un acercamiento cuantitativo al fenómeno en cuestión así como se aludirá a los principales rasgos de incorporación de la migración en las estructuras sociales de este entorno con alusión a las políticas sociales pertinentes.

II. ACERCAMIENTO NUMÉRICO A LA REALIDAD SOCIAL DE LA MIGRACIÓN

El objetivo de presentar datos numéricos es, fundamentalmente, el tener constancia de la dimensión cuantitativa que representa el fenómeno analizado. No se pretende realizar un examen exhaustivo de la evolución de la población inmigrante sino simplemente entender su desarrollo dentro de las transformaciones sociales acaecidas en las sociedades en cuestión. En este caso se dará cuenta de las cifras fundamentales de la población inmigrante en España y la Unión Europea².

España se constituye en un claro ejemplo de las transformaciones acaecidas en los procesos migratorios en base al desarrollo de las nuevas dinámicas globales y a las cambiantes realidades y necesidades sociales que éstas han generado. La posición de España en la ecuación migratoria se ha transformado sobremanera en las últimas décadas y el país se ha convertido en un actor protagonista dentro del tan manido cambio de país de emigración a uno de inmigración. La historia del Estado español se ha caracterizado durante numerosos períodos temporales por una pauta de no recepción de población proveniente de otras zonas o naciones, e incluso por la expulsión de la suya propia. Durante el primer tercio del siglo XX fueron cuantiosas las oleadas migratorias hacia lugares alejados de la península, en particular

¹ El marco geográfico del presente artículo lo constituye la Unión Europea, aunque esto no es óbice para que algunos de los procesos sociales que se mencionan puedan extrapolarse a los procesos migratorios que se desarrollan en otros entornos espaciales.

² Las fuentes utilizadas son el Padrón de habitantes, para el caso de la información referida a la composición de la población, la Encuesta de Población Activa –EPA– y las Afiliaciones a la Seguridad Social para el estudio de la situación de los trabajadores que se analizará en la siguiente sección. El Padrón y la EPA dan cuenta de la población que se encuentra en un territorio independientemente de la situación legal en la que se halle, mientras que la Seguridad Social manifiesta únicamente la situación de las personas con las autorizaciones pertinentes. Para el caso de la Unión Europea se hará uso de las estadísticas proporcionadas por Eurostat.

América Latina, y más adentrado el mismo siglo, desde mediados de la década de los cincuenta hasta principios de la de los setenta, hacia diversos países del continente europeo. Aunque de mucha menor importancia numérica tampoco se puede olvidar las acaecidos tras el fin de la guerra civil española que enviaron población a diferentes países europeos y americanos.

A partir de los años ochenta del pasado siglo, sin embargo, el saldo migratorio español empieza a ser positivo, es decir que comienzan a producirse más entradas de personas en el territorio español que salidas del mismo. Esta situación se ha ido consolidando progresivamente hasta el presente en que España se ha constituido en un foco de atracción de población de otros orígenes nacionales, conformándose en un actor clave de los procesos de toma de decisiones relativas a las migraciones a nivel global así como en uno de los países con mayor tasa de crecimiento de población inmigrante³. Una de las características de esta nueva situación es su constitución como país de destino final deseado, con asentamientos permanentes o a largo plazo, y no ya como mero trampolín hacia otros destinos de la Unión Europea y del mundo. Es importante dejar constancia de que esta descripción alude únicamente a los procesos relacionados con la población inmigrante proveniente de lo que se denomina terceros países, es decir de todos aquellos países no pertenecientes a la Unión Europea o con tratados de migración favorables (en resumidas cuentas, todos aquellos países periféricos del sistema mundial)⁴. España, sin embargo, se ha caracterizado por recibir también importantes cantidades de población de los demás países de la Unión Europea, llegando este grupo a encontrarse en una situación de superioridad numérica con respecto al resto de la población inmigrante hasta bien entrados los años noventa. No obstante, debido a los principios políticos y económicos de las dinámicas de organización mundial esta población no se constituye en un foco de interés primordial para los gobiernos ni de atención de la opinión pública así como no suele darse por incluida dentro de la denominación de inmigrantes y el análisis de su situación. En las siguientes tablas se puede observar la evolución de los datos anteriormente comentados, así como la distribución de la población de inmigrantes por grupos nacionales.

³ M. KOSTOVA señala un crecimiento interanual para 2005 del 38,52%, en base a datos de afiliados extranjeros a la Seguridad Social. KOSTOVA, M., «Los efectos económicos de la inmigración. El sector de la agricultura en España», Documento de Trabajo, Real Instituto Elcano, 2007.

⁴ Existe un consenso en la literatura para definir como países periféricos a todos aquellos que no dominan el sistema económico mundial –lo que se conoce comúnmente como países subdesarrollados o en vías de desarrollo– y como centrales aquellos que sí lo hacen.

Tabla 1: Población por nacionalidad y ámbito de nacimiento (España)

	Total		Mujeres		Varones	
	Nacionalidad extranjera	Nacionalidad española nacido en extranjero	Nacionalidad extranjera	Nacionalidad española nacido en extranjero	Nacionalidad extranjera	Nacionalidad española nacido en extranjero
2008	5.268.762	1.037.663	2.466.089	552.986	2.802.673	484.677
2006	3.955.875	881.747	1.837.608	467.258	2.118.267	414.489
2001	1.370.657	671.136	653.820	354.911	716.837	316.224
1996	542.314	566.500	269.087	300.487	273.227	266.012

FUENTE: *Elaboración propia a partir del Instituto Nacional de Estadística –INE–; INeBase; Explotación estadística del Padrón*

Tabla 2: Evolución de la población extranjera y peso de la población extranjera femenina (porcentajes) (España)

	Población extranjera (sobre total población en España)	Población femenina (sobre total población extranjera)
2008	11,41	46,80
2006	8,84	46,45
2001	3,33	47,70
1996	1,36	49,61

FUENTE: *Elaboración propia a partir del Instituto Nacional de Estadística –INE–; INeBase; Explotación estadística del Padrón*

Las dos tablas reflejan la importante evolución numérica de la población inmigrante en España, tanto en números absolutos como en porcentaje y en relación a su distribución por sexos. El aumento de la población inmigrante en su conjunto se encuentra relacionado con los factores antes mencionados, que pueden resumirse en la mejora de las condiciones económicas en España, la demanda de mano de obra y la creación de redes de inmigrantes⁵. Lo que demuestran las cifras es el importante cambio que se ha producido en la estructura social de España al haber aumentado en diez puntos el peso de la población inmigrante sobre el total de sus

⁵ Este enfoque responde a una perspectiva de análisis de los factores de atracción, por ser España y la Unión Europea el foco de análisis del presente artículo. Para una visión integral de las migraciones éstas también deben ser explicadas en función de los factores de expulsión, es decir los que llevan a la gente a abandonar sus países de origen.

habitantes. La variable de población con nacionalidad española nacida en el extranjero se introdujo para dejar constancia de la importancia de los procesos de adquisición de la nacionalidad de destino que empiezan a tener lugar una vez consolidado el proceso migratorio. Además, se puede ver la importancia relativa de hombres y mujeres en los movimientos migratorios, constatando el importante papel de la mujer en los mismos. Las mujeres representan un poco menos de la mitad de la población extranjera en España aunque con los años se haya reducido progresivamente su importancia numérica. Esto hace pensar que en muchas ocasiones las mujeres han sido las pioneras de los movimientos migratorios, habiendo traído a la familia una vez el proceso se hallaba más afianzado⁶. Otra variable distributiva que debe mencionarse se refiere a la disposición de la población extranjera en el territorio nacional. Los datos del Ministerio de Trabajo e Inmigración referidos a las residencias en vigor⁷ reflejan que Baleares y Murcia son las comunidades con mayor porcentaje de extranjeros, ofreciendo cifras del 17,73% y 13,70% para cada una de ellas. Estas regiones representan dos realidades migratorias muy diferentes, al estar en Baleares contabilizada fundamentalmente población envejecida perteneciente a países de la Unión Europea mientras que en Murcia predomina la población extranjera de terceros países que se instala con un objetivo primordialmente laboral. Galicia y Asturias son, por el contrario, las comunidades que menor peso de población extranjera presentan con un 3,13% la primera y un 3,61 la segunda. La siguiente tabla, por su parte, incluye una variable relevante adicional que es la distribución de la población inmigrante según la nacionalidad de procedencia, la cual moldea la realidad migratoria de los países de destino y sus procesos de interacción social.

En la tabla 3 se refleja la diferente presencia de los grupos nacionales dentro del conjunto de la población inmigrante en España. El distinto peso de cada uno de los colectivos responde a una conjunción de factores como la situación política y económica en los países de origen, las políticas migratorias de los países receptores y, nuevamente, las redes sociales de inmigrantes establecidas en destino. El diferente acceso de los colectivos nacionales presenta vínculos con la percepción simbólica que la sociedad de destino posee respecto de los diferentes grupos, ya que en base a esto se produce una «selección preferente»⁸ de las poblaciones. B. ANDERSON⁹ indica en esta misma línea que en la actualidad se producen jerarquías en la valoración de los grupos de población que a diferencia de épocas anteriores se explican en relación a la nacionalidad —y ya no a la raza—, y sus supuestas características adjuntas.

⁶ Ésta y otras cuestiones pueden verse con mayor detalle en la Encuesta Nacional de Inmigrantes 2007 del INE.

⁷ Sus cifras serán, por tanto, menores que las obtenidas previamente en función de los datos patronales ya que el Ministerio contabiliza exclusivamente los extranjeros con los permisos en vigor mientras que el Padrón lo hace con todos aquellos independientemente de su situación legal.

⁸ PARELLA, S., *Mujer, inmigración y trabajo: la triple discriminación*, Anthropos, Barcelona, 2003.

⁹ ANDERSON, B., *Doing the dirty work. The global politics of domestic labour*, Zed Books, Reino Unido, 2000.

Tabla 3: Población por nacionalidad, país de nacimiento y sexo (España, 2008)

	Total		Mujeres		Hombres	
	Nacionalidad extranjera	Nacionalidad española nacido en extranjero	Nacionalidad extranjera	Nacionalidad española nacido en extranjero	Nacionalidad extranjera	Nacionalidad española nacido en extranjero
Rumania	702.954	3.210	324.563	1.575	378.391	1.635
Marruecos	579.311	103.791	204.208	49.259	375.103	54.537
Ecuador	415.535	42.902	211.532	28.247	204.003	18.707
Reino Unido	335.215	23.072	164.618	13.070	170.597	10.002
Colombia	284.043	46.376	125.731	18.129	158.312	28.247
Bolivia	236.048	4.864	132.421	2.614	103.627	2.250
Francia	94.279	125.967	47.616	59.126	46.664	66.841
Argentina	196.946	93.335	94.794	45.090	102.152	48.245
Alemania	165.974	71.955	82.505	36.839	83.469	36.839
Perú	123.173	39.252	62.395	23.374	60.778	15.878
Bulgaria	149.008	1.734	67.423	817	81.585	917

FUENTE: *Elaboración propia a partir del Instituto Nacional de Estadística –INE–; INeBase; Explotación estadística del Padrón.*

En este sentido se puede observar la preponderancia de población latinoamericana (cinco de los once grupos con mayor presencia), al considerarse que comparte una tradición histórica, social y cultural. La significativa presencia de la población marroquí también debe relacionarse con los antiguos procesos de colonización así como con las cercanas geografías. La más dilatada presencia de esta población puede constatarse en el alto número de población de ese origen con nacionalidad española, lo que ocurre también con los colectivos latinoamericanos más antiguos como el de peruanos. Algunas cifras son reflejo de otros procesos históricos como en el caso de Francia donde sus originarios con nacionalidad española exceden a aquellos que no la tienen, debiendo conectarse este proceso con la migración española de los años sesenta hacia el país galo. La fuerte presencia de nacidos en Argentina con nacionalidad española también es expresión de los entrecruzados lazos históricos, mientras que la importancia numérica de los nacionales rumanos es reflejo de los cambios político-institucionales (proceso de ampliación de la Unión Europea). Además esta tabla permite observar los diferentes grados de feminización de la población extranjera por colectivos, fenómeno relacionado con múltiples variables

como la concepción de familia, el papel de la mujer en sus sociedades de origen o la «selección preferente» de nacionalidades en la demanda laboral. La población marroquí, por ejemplo, presenta un claro índice de masculinidad mientras que la boliviana, reflejo de una migración latinoamericana reciente, una clara preponderancia femenina.

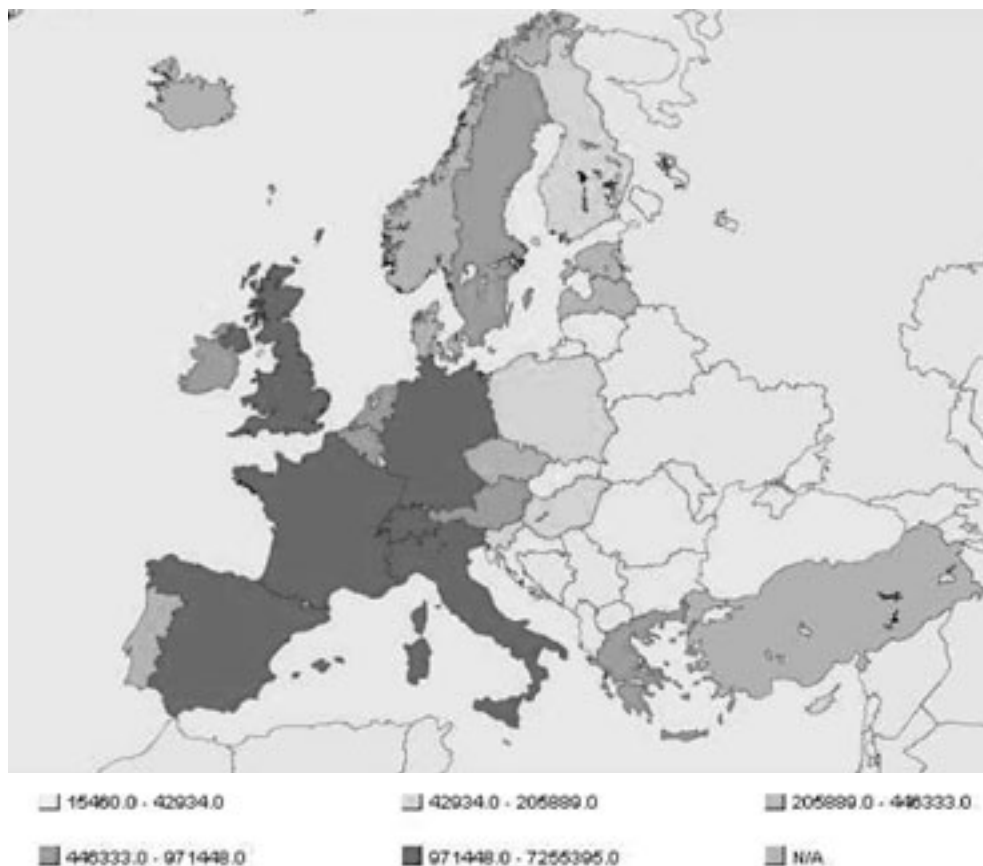
La situación de la población inmigrante en la Unión Europea presenta, como cabe esperar, diferencias y similitudes con el caso español. Esta entidad se encuentra constituida en la actualidad por veintisiete países, ofreciendo en consecuencia una amplia variedad de realidades en su seno. En función de los objetivos de este artículo se la considerará en su conjunto sin aludir a sus excepciones y teniendo en cuenta principalmente el comportamiento de los países que la han conformado de manera histórica y que más relevantes han sido para la conformación de una Europa de la inmigración. Además aquí se señalarán exclusivamente las características más relevantes para entender el comportamiento de los procesos migratorios de forma comparativa con el caso español, cuestiones algunas que ya han sido tangencialmente señaladas en el análisis previo de la situación en España. La primera característica reside en el diferente comportamiento histórico del proceso migratorio, ya que gran parte de los países de la Unión Europea han sido receptores de inmigración desde los años sesenta implantando el conocido modelo de «trabajador invitado». Su contacto con el fenómeno migratorio tiene, por tanto, una base temporal más amplia y consecuentemente se ha producido de manera más gradual. Esto implica que en la actualidad algunas de las cuestiones que están apareciendo como novedosas en España (el envejecimiento de la población inmigrante, el acceso de las segundas generaciones al mercado laboral) llevan presentes ya algún tiempo en el entorno europeo. Al igual que para el caso español se presentarán a continuación algunas tablas que sintetizan la realidad numérica de la población inmigrante en algunos países de la Unión Europea.

Tabla 4: Población extranjera en la Unión Europea (países seleccionados)

	1998	2001	2006	2008
Alemania	7.365.833	7.296.817	7.289.149	7.255.395
Bélgica	903.120	861.682	900.500	971.448
Holanda	678.155	667.802	691.357	688.375
Irlanda	111.100	155.528	314.100	553.690
Italia	991.678	1.464.589	2.670.514	3.432.651
Reino Unido	2.227.505	=	3.425.000	4.020.800

FUENTE: *Elaboración propia en base a Eurostat.*

Mapa 1: población inmigrante en la Unión Europea (cifras absolutas, 2008)



FUENTE: Eurostat

Las tablas y el mapa aquí representado reflejan lo ya expuesto anteriormente. Los países de tradición inmigratoria, como Alemania u Holanda, presentan pocas variaciones en sus cifras relativas a la población inmigrante durante la última década, mientras que los países de más reciente incorporación a este proceso ofrecen un importante crecimiento de las mismas durante el mismo período. Eurostat señala que el mayor crecimiento de población inmigrante en los últimos años ha sido precisamente en España e Irlanda, dos países históricamente relacionados con procesos de emigración. Además, nuevamente se debe señalar la movilidad dentro de la propia Unión Europea, es decir que de los 3 millones de extranjeros contabilizados en la UE 1,8 son ciudadanos de la propia Unión (Eurostat). A continuación se presentan datos relativos al peso de la población de inmigrantes dentro del conjunto del país.

Tabla 5: Peso de la población extranjera en la Unión Europea
(países seleccionados)

	1997	2001	2006	2008
Alemania	8,97	8,87	8,84	8,82
Bélgica	8,86	8,32	8,56	9,10
Holanda	4,33	4,17	4,23	4,19
Irlanda	3,00	4,05	7,46	12,58
Italia	1,74	2,57	4,54	5,75
Reino Unido	3,89	-	5,67	6,57

FUENTE: *Elaboración propia en base a Eurostat*

Los porcentajes ofrecidos consolidan la tendencia ya explicada de la creciente importancia de los países de escasa tradición inmigrante en el proceso de concentración de población extranjera en su territorio. Así Italia y España, previamente analizada, reflejan el significativo crecimiento del peso de esta población frente al estancamiento de los países que ya tradicionalmente presentaban presencia de la misma, como Alemania u Holanda.

III. ARISTAS PRINCIPALES EN EL ACERCAMIENTO A LA MIGRACIÓN

1. Incorporación al mercado de trabajo

En las últimas décadas se ha producido una precarización de la existencia en numerosas partes del mundo, apareciendo la migración como una alternativa en la búsqueda de horizontes más prometedores. La migración se elige, entre otras cosas, en función del diferencial salarial que existe entre los países de destino y origen, lo cual permite hacer frente a las necesidades económicas de la forma más inmediata. Desde esta dimensión económica señala A. R. HOCHSCHILD que «la clase media del tercer mundo gana menos que la pobre del primero»¹⁰.

En la creación de un mercado laboral global, además de la situación del mercado de trabajo en los países de origen, se deben tener en cuenta las formas de organizar el trabajo en las sociedades de destino. En estas sociedades, en función de su desarrollo socio-económico, se originan sectores laborales destinados casi exclusivamente a población no nativa. Estos sectores, entre los que destacan la agricultura, la construcción y el empleo doméstico, demandan mano de obra inmigrante para hacer

¹⁰ HOCHSCHILD A. R. & EHRENREICH, B., *Global women. Nannies, maids and sex workers in the new economy*, Granta Books, 2002, p. 17.

frente a sus necesidades de producción y reproducción. Para entender esta situación es necesario traer a colación el concepto ‘ciudad global’, noción acuñada por S. SASSEN¹¹ para explicar la creación de centros de producción de servicios que requieren trabajadores tanto de muy alta como de muy baja cualificación. En este sentido las ciudades europeas se convierten en grandes centros de producción y servicios que necesitan población capacitada para cubrir ambos extremos de la demanda laboral. A continuación se presentan los datos fundamentales relativos a la composición del mercado de trabajo inmigrante, poniendo de manifiesto la concentración en regímenes y ocupaciones concretas de la estructura laboral¹².

Tabla 6: Trabajadores extranjeros afiliados según regímenes y género
(octubre, 2008)

	Todos	General	Autónomo	Agrario	Mar y carbón	Hogar
Mujeres	820.757	543.209	68.316	57.171	407	151.654
% sobre afiliación extranjeros		66,10	8,32	6,96	0,04	18,47
% sobre afiliados totales		8,56	6,24	15,26	3,6	57,33
Varones	1.185.142	861.488	161.994	139.836	5.343	16.481
% sobre afiliación extranjeros		72,69	13,66	11,79	0,45	1,39
% sobre afiliados totales		10,90	7,19	36,42	8,2	85,11

Incluye únicamente extranjeros no pertenecientes a la UE

FUENTE: *Elaboración propia en base a Seguridad Social-Ministerio de Trabajo e Inmigración*

Tabla 7: Trabajadores extranjeros afiliados al Régimen General según actividad económica (únicamente los cinco más relevantes) (octubre 2008)

Sectores	UE	No UE	Total	% sobre afiliación extranjeros
Agricultura, ganadería, caza, selvicultura y pesca	5.298	6.510	11.808	0,92
Industria manufacturera	46.410	79.991	126.401	9,83
Construcción	76.340	146.967	223.307	17,36
Comercio, reparación de vehículos de motor y bicicletas	63.563	142.375	205.938	16,01
Hostelería	82.312	184.252	266.564	20,73
Actividades administrativas y servicios auxiliares	38.270	103.276	141.546	11,01

FUENTE: *Elaboración propia en base a Seguridad Social-Ministerio de Trabajo e Inmigración*

¹¹ SASSEN, S., *The global city*, Princeton University Press, Princeton, 1991.

¹² Los datos corresponden a la población extranjera afiliada a la Seguridad Social (Ministerio de Trabajo) y, por tanto, no incluyen trabajadores sin los permisos pertinentes.

La distribución del mercado de trabajo que aquí se refleja responde a las normativas existentes en este sentido, que no son más que la trascripción a papel de las demandas de la realidad social. La obtención de una oferta de trabajo permite a un extranjero solicitar una autorización de empleo, que de ser aceptada proporcionará automáticamente el derecho a la residencia. La principal dificultad para conseguir una autorización laboral reside en la existencia de la «cláusula de prioridad nacional», la cual significa que los nacionales de España y la Unión Europea tienen prioridad a la hora de ser contratados para un puesto determinado. En la práctica esto se traduce en que los inmigrantes de los «terceros países» no tienen derecho a optar a un número significativo de profesiones, ya que bajo la sospecha de que existe un nacional desempleado posibilitado de desempeñar ese puesto de trabajo el inmigrante queda automáticamente excluido de la selección. El Instituto Nacional de Empleo (INEM) publica periódicamente un «Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura» que indica precisamente qué ocupaciones podrán ser realizadas por la población inmigrante en cada una de las regiones de España. Este sistema de selección previa de las ocupaciones en función de la nacionalidad lleva a encajonar a los colectivos nacionales en posiciones determinadas dentro de la estructura laboral. Las posibilidades de ubicación y desarrollo de las cualidades profesionales individuales quedan subsumidas a un rígido criterio nacional que determina el proyecto laboral y vital de las personas. Los inmigrantes presentan mayores posibilidades de un proceso migratorio exitoso si asumen los roles laborales que la sociedad de destino les demanda. Esta política de selección de ocupaciones se ve acompañada por otras políticas como la de contingentes anuales, la cual establece la contratación de un número de trabajadores inmigrantes para un sector determinado que queda establecido según las necesidades de la sociedad de destino para cada momento. En síntesis, la política de inmigración se construye en torno a una noción utilitarista en donde la inmigración queda reducida a su papel de suministrador de mano de obra en función de las necesidades del mercado de la sociedad de destino¹³. No se debe olvidar, sin embargo, la presencia de migración cualificada que ha logrado insertarse en profesiones acordes con su nivel formativo. Además se debe mencionar el reciente reconocimiento explícito de la necesidad, y consecuente preocupación, de la Unión Europea por integrar este tipo de trabajadores extranjeros en sus corrientes migratorias.

La Unión Europea presenta unas líneas de preferencia y ordenación migratoria similares a las de España, es decir fundamentadas en la necesidad de mano de obra en sus mercados laborales. Según las características de estos mercados la forma de incorporación de los trabajadores inmigrantes presentará características propias. Los países de la zona Mediterránea, agrupados según la clasificación de ESPING-

¹³ ACTIS, W., «La inserción en un mercado de trabajo fuertemente precarizado. Ecuatorianos en España (IV)», Edición para Internet, *La Insignia*, www.lainsignia.org/2006/marzo/ibe_042.htm, 2006.

Existen otras formas, aunque minoritarias, de obtener los permisos para trabajar como la figura del «arraigo temporal» que permite regularizar la situación a aquellos inmigrantes que puedan demostrar un mínimo de dos años de estancia en España y uno de relación laboral.

ANDERSEN¹⁴ bajo el régimen de bienestar mediterráneo demandan, por ejemplo, mayor cantidad de población inmigrante dedicada a las tareas de la reproducción social por encontrarse menos desarrollados sus servicios sanitarios y de cuidados¹⁵. Además estos países presentan un mayor grado de desarrollo de la economía sumergida que permite a los inmigrantes, y cualquier otro tipo de población inserta en los márgenes de la estructura laboral, acceder a puestos de trabajo con mayor facilidad. De todas formas, todos los países de la Unión Europea establecen una jerarquía de ocupaciones donde la base es ocupada por población no nativa¹⁶. Esta tendencia se ha visto acompañada desde hace un tiempo por una política de captación de personal altamente cualificado (como ya lo hacía Alemania con expertos de tecnología de la información desde el año 2000) que ha plasmado su desarrollo en la Directiva europea sobre «Entrada y residencia de trabajadores altamente cualificados». Esta normativa facilita la entrada de trabajadores de terceros países altamente cualificados, a la vez que armoniza el procedimiento a nivel europeo al ser un permiso válido en la UE en su conjunto¹⁷.

2. Más que trabajadores: incorporación a la sociedad de destino

Aunque la población inmigrante entra en España, y en el resto de Europa, primando su posición como trabajadores, resulta evidente que su cotidianeidad en los países de destino engloba más facetas que las meramente laborales. Una de las cuestiones fundamentales con las que se enfrentan los países receptores de inmigración es la consecución de una convivencia armoniosa entre los nuevos y los antiguos habitantes. Para que esto sea así se debe aceptar la idea de los inmigrantes como ciudadanos de las estructuras sociales en las que se insertan y no únicamente como «aves de paso»¹⁸.

La primera cuestión a tener en cuenta en este sentido se refiere a las posibilidades de llevar a cabo una vida familiar completa, reagrupando los inmigrantes a la familia una vez asentados en destino. España presenta una de las políticas de reunificación familiar más permisiva de la Unión Europea, aunque una mayor rigidez al respecto se está negociando en la actualidad. La normativa actual¹⁹ establece que

¹⁴ ESPING-ANDERSEN, G., *Los tres mundos del estado del bienestar*, Alfons el Magnànim, Valencia, 1993.

¹⁵ Ejemplo de esta necesidad es la reciente propuesta del gobierno italiano de realizar una regularización extraordinaria dirigida exclusivamente a las inmigrantes en situación irregular que trabajen como empleadas domésticas o al cuidado de niños o ancianos.

¹⁶ En países de mayor tradición migratoria esta base en ocasiones también es ocupada por las minorías étnicas, y en este sentido es necesario prestar atención a la incorporación de las segundas generaciones en el mercado laboral español.

¹⁷ Esta política ha traído numerosos e intensos debates en torno a la idea de «fuga de cerebros».

¹⁸ PIRE, Michael J., *Birds of Passage: Migrant Labour and Industrial Societies*. Cambridge University Press, Cambridge, Reino Unido, 1979.

¹⁹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, modificada por las LO 8/2000, 14/2003 y 2/2009.

los extranjeros legalmente residentes en España pueden solicitar el ingreso de sus familiares al país una vez haya transcurrido un año de permanencia en territorio español siempre que se posea como mínimo la autorización para residir un año más. La reagrupación puede solicitarse para el cónyuge, los hijos (biológicos y/o adoptivos) y los ascendientes económicamente dependientes, siempre que pueda demostrarse la posesión de los recursos necesarios para hacerse cargo de las personas reagrupadas. La actual propuesta de reforma de la ley de extranjería propone limitar algunos de estos criterios permitiendo únicamente la reagrupación de hijos y cónyuges, es decir, el «núcleo familiar estricto». La llegada de ascendientes y otros parientes seguirá normas más estrictas como un tiempo prolongado de estancia legal del reagrupante –probablemente cinco años– y una edad de más de 65 años para los reagrupados (aunque con excepciones).

Además de la vida familiar, para la realización de una cotidianeidad en igualdad de condiciones con el resto de habitantes, los extranjeros deben tener un fácil acceso a los servicios de educación y de salud para sus hijos. En la actualidad España es uno de los países de la UE donde este derecho se respeta de forma más completa, al estar ambos servicios basados en el principio de universalidad y, por tanto, de libre acceso a todas aquellas personas empadronadas en su territorio²⁰. Con la propuesta de ley previamente mencionada se propone endurecer los criterios de empadronamiento, y en consecuencia, el acceso a estos servicios. El resultado previsto será la invisibilización de parte de los extranjeros con consecuentes restricciones para acceder a una vida normalizada dentro de la estructura social en la que se encuentran. La ciudadanía, de esta manera, se dualizará creando habitantes de diferentes categorías y posibilitando la creación de una sociedad fuertemente jerarquizada y escasamente cohesionada.

A nivel de la Unión Europea cabe destacar que su Directiva²¹ relativa a la reagrupación familiar establece que los familiares que pueden optar a la reagrupación son el cónyuge y los hijos menores, dejando a discrecionalidad de cada Estado la reunión de los padres y los suegros²². La directiva se aplica a los inmigrantes con un permiso de residencia de un año y una perspectiva fundada de obtener un permiso de residencia permanente. La posibilidad de los miembros de la familia de obtener un permiso de residencia autónomo es posible tras cinco años de residencia. La mayoría de los Estados miembros excluye a los ascendientes de su legislación y algunos de ellos (como Alemania o Francia) exigen a los reagrupados un dominio básico del idioma y/o de los «valores» del país²³. En relación al acceso a los servicios

²⁰ El informe de Médicos del Mundo «Acceso al cuidado médico: Un derecho sin respetar en Europa» (2009) señala, sin embargo, que aproximadamente el 30% de indocumentados se quedan sin acceder a la atención médica debido a diversas trabas administrativas.

²¹ Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003.

²² La Directiva europea establece unas exigencias máximas a cumplir, pero es elección de cada Estado suavizarlas para cada caso en concreto.

²³ En los análisis de las políticas de inmigración de cada Estado miembro también debe tenerse en cuenta el grado de prestaciones que ofrece el Estado a todos los habitantes y, por tanto, las preocupaciones escondidas de los mismos (salario ciudadano, jubilaciones estatales generosas...).

sanitarios se observa que la mayor parte de las leyes nacionales europeas relegan explícitamente a los inmigrantes sin permiso de residencia de acceder a ellos de forma completa. En términos generales al encontrarse estas prestaciones unidas a la situación laboral aquellos que no puedan demostrarla carecen de cobertura, variando los niveles según los países (Suecia, por ejemplo, excluye cualquier tipo de atención gratuita incluso la de emergencia o parto mientras que el Reino Unido incorpora cierta cobertura pero dejando al margen tratamientos esenciales como los relacionados con el parto). En algunos países, como Alemania se ha traspasado parte del control restrictivo a la sociedad civil ya que las instituciones tienen la obligación de denunciar a los inmigrantes indocumentados que acudan a sus centros. Esto también ocurre en algunas regiones alemanas y en Francia en relación a la educación, aunque el cumplimiento real de la norma se debería estudiar para cada caso concreto.

3. La vivencia transnacional

En el análisis de los movimientos migratorios se debe tener en cuenta la relación que establecen los migrantes de manera paralela con el país de origen y de acogida. La aproximación a las migraciones debe ser, por tanto, una aproximación dinámica donde se asuma la continua relación del inmigrante con sus diferentes zonas geográficas y el consecuente establecimiento de lazos a nivel global²⁴. La población inmigrante significa para el país de origen un importante volumen de envío de fondos –remesas– así como la liberación de puestos de trabajo²⁵. Su papel es, por ende, esencial para el mantenimiento de las familias y para el del Estado en su conjunto, ya que sin estas remesas es difícil imaginar la dinámica económica actual de los países periféricos²⁶. Es por esta razón que algunos Estados exportadores no desean intervenir en una limitación de sus flujos migratorios ni en las cuestiones relacionadas con los derechos de sus nacionales fuera de sus fronteras, ya que no se encuentran en condiciones de arriesgar los ingresos que sus inmigrantes suponen. Los beneficios para los Estados de acogida también son palpables ya que esta población colma una necesidad que ni el Estado ni otros agentes sociales están dispuestos a asumir, aportando soluciones a algunas transformaciones sociales de estos países. Además los inmigrantes generan escasas demandas al Estado ya que sus costes de producción (educación, salud) se han realizado en otro lugar y los de reproducción no son incorporados en las obligaciones y preocupa-

²⁴ El término transnacional indica precisamente esta aproximación hacia las migraciones que supera la visión existente hasta el momento donde los migrantes eran actores de un proceso estático que una vez habían cambiado de residencia reconstruían su vida y sus relaciones en el nuevo ámbito (ver VERTOVEC, S. & COHEN, R., FAIST, T., SALIH, R.).

²⁵ ASIS, M. «El “mercado” de las migraciones femeninas en Asia», *Migration Information Source*, <http://www.migrationpolicy.org/>, 2003.

²⁶ En el año 2006 representan para el caso de Bolivia el 8,5% de su PIB, para el de Ecuador el 3,6%, para el de Marruecos 0,91% y para Rumania 0,51% (www.remesas.org).

ciones del mismo²⁷. En este sentido estas personas se convierten en muchos casos en individuos sin Estado en lo concerniente a la protección de sus derechos, lo que los mantiene invisibles y vulnerables ante los abusos²⁸. Como bien señala A. MACKLIN para el caso de las mujeres inmigrantes es fundamental reflexionar sobre las paradojas de su posición dentro de la nación pero fuera de su ciudadanía, es decir combinando su pertenencia simbólica de forma constante y compleja²⁹.

En síntesis éste es un punto sobre el que aún queda mucho trabajo por hacer ya que las políticas sociales en toda Europa aún no han sido capaces de aportar soluciones a la vivencia transnacional y las diferentes políticas que pretenden disociar ambos mundos no han tenido buenos resultados³⁰.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

La cuestión migratoria es uno de los temas clave de la sociedad española y europea actual ya que moldea de manera importante las estructuras sociales de los diferentes países. La forma en que se incorporan los inmigrantes a las sociedades de destino marcará el futuro funcionamiento de las mismas, en su desarrollo tanto económico como social. En este sentido es importante incorporar a los análisis las diferentes facetas del proceso migratorio ya que sólo una visión integral de mismo permitirá proporcionar una evaluación lo más cercana posible a la realidad. Las posibilidades de acceso a una ciudadanía completa, a un trabajo remunerado y a una vida con derechos moldeará la construcción de las sociedades estableciendo sus potencialidades y limitaciones para un funcionamiento cohesionado y armonioso.

España actualmente se encuentra inserta en un contexto socio-político más amplio que es el de la Unión Europea. En relación a esta institución en su conjunto, y a cada uno de sus Estados miembros, evalúa sus políticas y los resultados de las mismas. Existen ciertas tendencias comunes a todos los países de la Unión, que pueden resumirse someramente en la intención de controlar los flujos migratorios de entrada aumentando los requisitos exigidos para esto. Se ha reducido la contratación de trabajadores así como se han restringido las posibilidades de reagrupación familiar y se han incrementado las diferencias entre trabajadores documentados e indocumentados. España, con sus características particulares provenientes entre otras cosas de su estructura socio-económica previa, de los tiempos e intensidad de la incorporación de la población inmigrantes así como de sus lugares de proceden-

²⁷ ANDERSON, B., *Doing the dirty work. The global politics of domestic labour*, Zed Books, Reino Unido, 2000.

²⁸ ANDERSON, B., «Servants and slaves: Europe's domestic workers», *Race & Class* 39, 1997, p. 37-49; STASIULIS, D. & BAKAN, A.B., «Negotiating citizenship: the case of foreign domestic workers in Canada», *Feminist Review* 57, 1997, p. 112-39.

²⁹ MACKLIN, A., «Foreign Domestic Worker: Surrogate Housewife or Mail Order Servant?», *McGill Law Journal* 37:3, 1992, p. 681-760.

³⁰ Ejemplo de esto es el programa de retorno impulsado por el actual gobierno español.

cia, también participa de estas tendencias con constantes debates en la opinión pública y las instituciones políticas. El fenómeno migratorio acompaña, y acompañará a partir de ahora, de forma constante al proceso de desarrollo de las sociedades produciendo retroalimentaciones entre las diversas estructuras sociales a nivel global. Además los fenómenos migratorios plantean reflexiones respecto a la forma de las sociedades de concebirse a sí mismas, ya que la migración posibilita reflexionar sobre lo que ellas representan así como sobre lo que querrían ser.

RESUMEN: La cuestión migratoria es uno de los temas clave de la sociedad española y europea actual ya que moldea de manera importante las estructuras sociales de los diferentes países. La forma en que se incorporan los inmigrantes a las sociedades de destino marca el funcionamiento de las mismas, en su desarrollo tanto económico como social. Las posibilidades de acceso de los inmigrantes a una ciudadanía completa, a un trabajo remunerado y a una vida con derechos repercute en la construcción de las estructuras en las que se integran, estableciendo las potencialidades y limitaciones para un funcionamiento cohesionado y armonioso de las mismas. Se presenta como necesario conocer las características fundamentales del fenómeno migratorio, tanto desde una perspectiva cuantitativa como aludiendo a los principales rasgos de incorporación a las estructuras sociales de las que pasan a formar parte.

PALABRAS CLAVE: inmigración, políticas migratorias, procesos migratorios, espacios sociales de incorporación migratoria.

ABSTRACT: Migration conforms one of the main issues of nowadays Spanish and European societies, as it represents one of the key elements that shapes today's social structures. The options migrants are offered in order to be part of the societies of destination influence the future development of these societies, in their different social and economic spheres. Access of migrant population to full citizenship, to a proper labour market and to a stable everyday life shapes the functioning of the social structure as well as establishes the potentialities and limitations for the society to reach an harmonious and cohesive existence. It is, therefore, necessary to get to know the main characteristics of the migration phenomenon, both from a quantitative and qualitative perspective.

KEY WORDS: immigration, migration policies, migratory processes, social spheres of migratory integration.

